



UNIVERSIDAD DE CHILE  
Facultad de Derecho  
Departamento de Ciencias Penales

**INTERPRETACIÓN RETRIBUCIONISTA DEL ARTÍCULO 494 bis: UNA DOBLE  
INJUSTICIA TRAS LA TIPIFICACIÓN DEL HURTO FALTA**

Memoria de prueba para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales

PAULA ASTUDILLO NAZAL

19.081.135-2

Profesor guía: JAVIER CONTESSE SINGH

SANTIAGO

2021

*“No hay un derecho previo al entendimiento (...) sino que el derecho es simplemente establecido a través del entendimiento”*

(Kindhüaser, 2011, 107)

*“¿No está siendo el Estado parcial con los intereses de los dueños de la propiedad al prohibir el robo?”*

(Atria, Larrain, Benavente, Couso, & Joignant, 2019, 53)

*A mis papás y hermanos.*

## AGRADECIMIENTOS

A mi padre por sus constantes y pacientes correcciones y sugerencias.

A mi familia por las conversaciones de domingo.

A mis amigas, amigos, compañeras y compañeros por su ayuda y consejos constantes.

## ÍNDICE

RESUMEN.....	7
INTRODUCCIÓN.....	8
CAPÍTULO I: Una comprensión estructural de la dogmática jurídico penal .....	11
I.1. Introducción a una comprensión estructural de la tarea dogmática jurídica.....	11
<b>I.1.1. Estructura versus función .....</b>	<b>11</b>
<b>I.1.2. La comprensión estructural: delito y hecho punible, norma de comportamiento y norma de sanción .....</b>	<b>12</b>
<b>I.1.3. Relación entre las normas de comportamiento y las normas de sanción .....</b>	<b>13</b>
<b>I.1.4. El bien jurídico como objeto de protección de las normas de comportamiento.....</b>	<b>15</b>
CAPÍTULO II: El bien jurídico protegido tras la tipificación del hurto falta .....	17
<b>II.1. El bien jurídico en el título IX del Libro Segundo del Código Penal chileno .....</b>	<b>17</b>
<b>II. 1. 1. Bienes jurídicos instrumentales: crímenes y simples delitos contra la propiedad....</b>	<b>17</b>
<b>II.1.2. ¿Propiedad o patrimonio? .....</b>	<b>18</b>
<b>II.1.3. ¿Un único objeto de protección?: teorías dualistas v/s teorías monistas .....</b>	<b>20</b>
<b>II.2. El concepto de propiedad en cuanto objeto de protección del artículo 432 y siguientes del Código Penal chileno.....</b>	<b>23</b>
<b>II.2.1. El estado del problema .....</b>	<b>24</b>
<b>II.2.2. El hurto como un delito de lesión con desplazamiento correlativo .....</b>	<b>24</b>
CAPÍTULO III: Retribucionismo expresivo .....	29
<b>III.1. Fundamentación del <i>ius puniendi</i>.....</b>	<b>29</b>
<b>III.1.1. Teorías absolutas v/s teorías relativas .....</b>	<b>30</b>
<b>III.2. Retribucionismo expresivo: función versus estructura.....</b>	<b>32</b>
<b>III.2.1. La pena como acto estatal expresivo .....</b>	<b>35</b>
<b>III.2.2. El principio de merecimiento: reconocimiento del malhechor como agente racional .....</b>	<b>37</b>

<b>III.2.3. La legitimidad de las normas de comportamiento como exigencia de legitimidad de las normas de sanción</b> .....	41
<b>III.2.4. Criterio de legitimidad norma de comportamiento: autonomía comunicativa</b> .....	42
CAPÍTULO IV: El principio de proporcionalidad.....	47
IV.1. El principio de proporcionalidad como supuesto de la retribución .....	47
<b>IV.2. El principio de proporcionalidad como un principio limitador del <i>ius puniendi</i></b> .....	48
IV.3. Proporcionalidad retrospectiva .....	49
<b>IV.3.1. Propuesta de Andrew Von Hirsch: proporcionalidad cardinal y ordinal</b> .....	51
<b>IV.3.1.1. Proporcionalidad ordinal</b> .....	53
IV.4. Tratamiento, alcance y rendimiento principio proporcionalidad.....	55
<b>IV.4.1. Experiencia en el ordenamiento jurídico chileno: la disputa suscitada en torno al inciso 1° del artículo 450 del Código Penal</b> .....	56
CAPÍTULO V: Análisis legitimidad artículo 494 bis .....	60
<b>V.I. La norma de comportamiento del hurto falta</b> .....	61
<b>V.1.1. La estructura típica del hurto</b> .....	62
<b>V.1.1.1. Aspecto objetivo de la conducta típica del hurto: la acción de apropiación y su modo de concreción</b> .....	62
<b>V.1.1.1.1. Dimensión objetiva y subjetiva de la acción de apropiación</b> .....	63
<b>V.1.1.2. Aspecto subjetivo de la conducta típica del hurto: ánimo de lucro y ánimo de apropiación</b> .....	65
<b>V.1.1.3. El objeto jurídico del hurto y sus sujetos: ajenidad de la cosa mueble</b> .....	67
<b>V.1.2. Análisis sobre la legitimidad de la norma de comportamiento: ¿quién se beneficia de su tipificación?</b> .....	69
<b>V.1.2.1. El hurto como delito de peligro abstracto y su contribución a la protección de la propiedad privada</b> .....	71
<b>V.1.2.2. Consideraciones ulteriores de la Ley 19.950: finalidad perseguida</b> .....	73
V.2. La norma de sanción: examen de proporcionalidad.....	75
<b>V.2.1. La regulación del hurto falta y su relación con la regulación general de las faltas</b> ....	76

<b>V.2.1.1. Regulación de las faltas en el ordenamiento jurídico – penal chileno</b> .....	78
<b>V.2.2. Examen de proporcionalidad</b> .....	79
<b>V.2.2.1. Examen de proporcionalidad ordinal con relación al <i>quantum</i> de la pena</b> .....	79
<b>V.2.2.2. Examen de proporcionalidad con relación al grado de ejecución: punibilidad del hurto falta en grado frustrado</b> .....	85
<b>V.2.2.2.1. Precisiones conceptuales de los títulos de punibilidad dependientes: tentativa y frustración</b> .....	86
<b>V.2.2.2.2. El momento de la consumación en el hurto</b> .....	87
<b>V.2.2.2.3. Examen de proporcionalidad de la modificación legislativa referida a la punibilidad de los grados de ejecución del “hurto–hormiga”</b> .....	89
<b>V.2.2.2.4. Análisis de proporcionalidad</b> .....	91
CONCLUSIONES.....	95
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	98

## RESUMEN

El presente trabajo tiene por objetivo realizar un análisis de legitimidad del artículo 494 bis del Código Penal chileno, que tipifica el denominado hurto falta, para comprobar la hipótesis propuesta, referida a que detrás de la punibilidad del hurto falta se podría vislumbrar una doble injusticia distributiva. Para ello, se utilizará una comprensión estructuralista de la tarea dogmático jurídico penal, que hace suya la distinción realizada por primera vez por Karl Binding entre delito y hecho punible, que, a su vez, se corresponde con la distinción analítica entre normas de comportamiento y normas de sanción.<sup>1</sup>

De tal forma, primeramente, se analizará la legitimidad de las normas de comportamiento para luego revisar la legitimidad de la norma de sanción y poder concluir, que bajo una visión retribucionista expresiva de la justificación del poder punitivo del Estado, dicha falta presenta problemas de legitimidad en ambos niveles. A aquella conclusión se llegará mediante el estudio del bien jurídico protegido por la norma de comportamiento en cuestión y utilizando como marco teórico una teoría de fundamentación de la pena retribucionista comunicativa como la elaborada por Antony Duff, Michael Moore y Juan Pablo Mañalich.

A su vez, para el análisis de la norma de sanción se utilizará el principio de proporcionalidad entendido en clave retribucionista, en particular, se utilizará la metodología propuesta por Andrew Von Hirsch junto a Niels Jareborg respecto a la determinación de la gravedad de un delito y su equivalencia con la severidad de la sanción.

Por último, se pretende demostrar, que debido a la teoría de fundamentación de la pena a la que se adscribe, los problemas de legitimidad de la norma de comportamiento necesariamente tienen consecuencias en la legitimidad de la norma de sanción.

---

<sup>1</sup> Juan Pablo Mañalich R., “El delito como injusto culpable. Sobre la conexión funcional entre el dolo y la consciencia de la antijuricidad en el derecho penal chileno,” *Revista de Derecho (Valdivia)* 24, N° 1 (julio 2011): 90.



## INTRODUCCIÓN

El título IX del Código Penal chileno regula los crímenes y simples delitos contra la propiedad, ubicándose dentro de aquel título el hurto simple. La importancia del hurto simple radica en que este se constituye como el tipo base de los delitos que tienen como conducta típica la apropiación de cosa mueble ajena, sin la voluntad de su dueño, efectuada con ánimo de lucro y sin que concurran las circunstancias que la ley define como fuerza en las cosas o violencia e intimidación en las personas.<sup>2</sup> Sobre este tipo base se edifican diferentes variantes de la figura delictiva del hurto, como lo son por ejemplo la clasificación que hace la dogmática jurídica de los hurtos especiales en razón del objeto material sobre el que recaen o por ejemplo como lo es el hurto falta.<sup>3</sup>

Así el hurto falta, regulado en el artículo 494 bis del Código Penal chileno se presenta como una variante de la figura delictiva del hurto simple delimitada por el valor de la cosa hurtada: que no pase de media unidad tributaria mensual. La pena asignada para el comportamiento delictivo en cuestión, en grado de consumación, es de multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales a prisión en su grado mínimo a medio (de 1 a 40 días). El mismo artículo dispone, que en caso de reincidencia la pena asignada es de prisión en su grado máximo (60 días). A su vez, se sanciona también la falta frustrada con multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales y la reincidencia del hurto falta frustrado, duplicando la sanción asignada a la primera comisión del hurto falta frustrado.

De la simple lectura de aquel precepto saltan a la vista ciertas interrogantes: ¿por qué el artículo 494 bis hace una excepción al artículo 9 del Código Penal y hace punible al hurto falta en grado de frustración? ¿Por qué el artículo 494 bis del Código Penal es una de las únicas faltas que contempla una sanción privativa de libertad?<sup>4</sup> ¿Cuál es el bien jurídico protegido por la norma de comportamiento en cuestión, que requiere para ser garantizado una intensificación de la persecución penal?

En el presente trabajo, se planteará que la base de las respuestas a esas reflexiones se encuentra en la hipótesis de que detrás de la decisión política criminal de intensificar la persecución penal del hurto

---

<sup>2</sup> Sergio Politoff, Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal Chileno: Parte Especial*, 2da ed. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004), 299.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> El 03 de mayo del 2019 se dictó la Ley N° 21153 que sanciona el acoso callejero, modificando el Código Penal e introduciendo, entre otros, una nueva falta que se sanciona con pena de prisión en su grado medio a máximo, consagrada en el artículo 494 ter. Dicha falta junto al hurto falta son las únicas faltas que se sancionan con una pena privativa de libertad.

se esconde una doble injusticia, que sólo es posible vislumbrar, mediante la asunción de una comprensión estructural de la tarea dogmática jurídico penal, la cual se caracteriza por realizar una distinción analítica entre normas de comportamiento y normas de sanción.<sup>5</sup>

De tal manera, adoptando aquella distinción entre normas de comportamiento y normas de sanción, se postulará que, en el primer nivel analítico, el referido al de las normas de comportamiento, es posible vislumbrar una injusticia distributiva tras la decisión de tipificación del hurto falta, por no ser una norma cuyo seguimiento generalizado sea favorable para todos. Mientras que, en el segundo nivel analítico, el referido a las normas de sanción, se defenderá la hipótesis de que la injusticia radica en la desproporcionalidad de la sanción asignada.

Para poder sustentar el primer planteamiento, será necesario adoptar una posición retribucionista de la fundamentación del poder punitivo del Estado; ya que sólo mediante esta será posible advertir la existencia de la injusticia distributiva que se propone. Esto porque, las teorías retribucionistas de fundamentación de la pena se caracterizan por sustentarse en un criterio absoluto de justificación de la pena: el principio de merecimiento, según el cual, la pena sólo ha de imponerse y ejecutarse en tanto merecida por el autor del delito. Y el reproche de culpabilidad sólo será merecido por el autor en cuanto el contenido de la norma de comportamiento (es decir, lo prohibido o mandado) se base en un principio de universalización de una determina acción, cuyo seguimiento, como una máxima, sea favorable para todos los miembros de una comunidad.<sup>6</sup> A partir del estudio y adopción de aquella teoría de fundamentación de la pena, se espera demostrar, que para quien no se beneficia de la existencia de la propiedad privada, la prohibición del hurto representa una imposición heterónoma.<sup>7</sup>

Una vez demostrado aquello, la idea de que la norma de sanción a su vez representa una injusticia, será argumentada a partir del sometimiento a evaluación del artículo 494 bis al examen del principio de proporcionalidad, también en clave retrospectiva, para determinar si es o no proporcional la punibilidad en grado de frustración del hurto falta, y, si es proporcional o no que sea la una de las únicas faltas que se sanciona con una pena privativa de libertad.

---

<sup>5</sup> Juan Pablo Mañalich R., “Norma e imputación como categoría del hecho punible”, *Revista de Estudios de la Justicia* 12 (2010): 171 y ss. Mañalich R., “El delito como injusto culpable”, 89 y 90.

<sup>6</sup> Juan Pablo Mañalich Riffó, “Justicia, propiedad y prevención,” en *La ciencia penal en la Universidad de Chile. Libro en homenaje a los profesores del departamento de ciencias penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*, eds. Carlos Künsemüller y Mario Garrido Montt, coord. Juan Pablo Mañalich R (Chile: Gráfica LOM, 2013), 174.

<sup>7</sup> Ibid.

Habiendo realizado dicho análisis, se pretende demostrar que el hurto falta es una manifestación del verdadero compromiso liberal: la protección a la propiedad privada y no la protección de los distintos espacios de libertad para alcanzar la plena realización.<sup>8</sup> Para poder llegar a aquella conclusión, se seguirá lo planteado por Juan Pablo Mañalich y se entenderá el bien jurídico de la propiedad como el contenido fáctico de poder que es correlativo a la posición formal de propietario. Esto último, siguiendo al autor citado, puede tener como consecuencia que el delito en cuestión pueda entenderse como uno de peligro abstracto.<sup>9</sup>

De tal forma, el trabajo se ordenará de la siguiente manera. En los primeros cuatro capítulos se construirá el marco teórico para poder realizar el análisis pretendido en el último capítulo.

En consecuencia, el primer capítulo comenzará con la introducción de una comprensión estructuralista de la tarea dogmática jurídico penal, presentando la distinción analítica entre las normas de comportamiento y las normas de sanción y la forma en cómo éstas se relacionan para la protección de un bien jurídico. A continuación, en el segundo capítulo, se estudiará cuál es el bien jurídico protegido por la norma de comportamiento del hurto falta. En el tercer capítulo, se hará un estudio de las principales teorías de justificación de la pena que ha habido, para poder tomar posición por una la versión comunicativa del retribucionismo. Luego, en el cuarto capítulo, se presentará el principio de proporcionalidad en clave retribucionista y cuál ha sido su rendimiento como principio limitador del ius puniendi. Por último, en el quinto capítulo se realizará el análisis del artículo 494 bis y se finalizará con las conclusiones que merecen el análisis propuesto.

---

<sup>8</sup> Ibid., 177.

<sup>9</sup> Ibid., 181 – 183.

## CAPÍTULO I: Una comprensión estructural de la dogmática jurídico penal

El trabajo en cuestión comenzará con la revisión de la comprensión estructural de la dogmática jurídico penal para introducir la distinción entre normas de comportamiento y normas de sanción.

### I.1. Introducción a una comprensión estructural de la tarea dogmática jurídica

#### I.1.1. Estructura versus función

La tarea de la dogmática jurídico penal puede ser abarcada desde una comprensión funcional o desde una comprensión estructural de la misma.<sup>10</sup> Lo distintivo de la primera, siguiendo a Juan Pablo Mañalich, es que realiza una reorientación de las categorías que forman parte del aparato conceptual, basada en una descripción sociológica, que, desde la perspectiva de la justificación de la pena, consolida una teoría de la prevención general positiva y una teoría de la imputación objetiva.<sup>11</sup> El principal efecto que produce esta comprensión es la disolución de categorías y distinciones dogmáticas sustanciales para resolver los problemas de atribución de responsabilidad jurídico – penal como lo son, por ejemplo, la diferenciación entre los conceptos de injusto y culpabilidad<sup>12</sup>. Aquello, a su vez, genera como consecuencia la necesidad de ampliar el concepto de delito, debiendo extenderse de modo tal, de abarcar la problemática de la punibilidad, haciendo colapsar la distinción, que formulare por primera vez Karl Binding, entre delito y hecho punible; ampliación a la que se resiste la comprensión estructural.<sup>13</sup>

A *contrario sensu*, siguiendo a Juan Pablo Mañalich, la comprensión estructural se caracteriza “por realizar un trabajo intelectual de clarificación y sistematización de estructuras, que permite esclarecer las condiciones bajo las cuales una decisión pudiese llegar a ser reconocida como una acusación o imputación”.<sup>14</sup> En lo que sigue, se adscribirá a la comprensión estructural de la tarea dogmática jurídico relacionada a los conceptos de delito y hecho punible propios de la teoría general del delito.<sup>15</sup> La razón para seguir el análisis estructural radica en el interés por esclarecer el significado político de la decisión de criminalización del hurto falta desde un punto de vista distributivo, que sólo

---

<sup>10</sup> Por “tarea dogmático jurídico penal” se debe entender una disciplina del derecho penal, que tiene por objeto el estudio del contenido interno del derecho penal, específicamente normativo, que se denomina también con la expresión de “Ciencia del Derecho penal”; a diferencia de las otras disciplinas que se encargan del estudio de la relación de las normas jurídico – penales con los demás fenómenos sociales. Véase Santiago Mir Puig, *Derecho Penal, Parte General*, 7º ed. (Buenos Aires: B de F, 2007), 5.

<sup>11</sup> Mañalich R., “El delito como injusto culpable”, 89.

<sup>12</sup> *Ibid.*, 90.

<sup>13</sup> *Ibid.*, 88. La distinción entre delito y hecho punible véase en Karl Binding, *La culpabilidad en Derecho Penal*, trad. de Manuel Cancio Melá y ed. de Julio Cesar Fiadá (Argentina: B de F, 2009).

<sup>14</sup> Mañalich R., “El delito como injusto culpable,” 89-93.

<sup>15</sup> *Ibid.*

es posible si es que primeramente se diferencia entre norma de comportamiento y norma de sanción.<sup>16</sup> Siguiendo al profesor Contesse: “*la rehabilitación de la vocación estructuralista de la reflexión jurídico – penal representa, en tal medida, (también) un imperativo político*”.<sup>17</sup>

### **I.1.2. La comprensión estructural: delito y hecho punible, norma de comportamiento y norma de sanción**

Así, la comprensión estructuralista distingue entre delito y hecho punible. Para esta, siguiendo lo dicho por Juan Pablo Mañalich en el artículo ya mencionado, por delito cabe entender el quebrantamiento imputable de una norma de comportamiento.<sup>18</sup>

Ahora bien, la norma de comportamiento –aquella que es quebrantada por el autor del hecho– no puede ser la misma norma que además establezca la habilitación para la imposición de una determinada sanción penal, entendiendo por sanción penal la consecuencia jurídica de realizar un supuesto de hecho –el tipo delictivo–.<sup>19</sup> En otras palabras, una misma norma no puede tener por contenido al mismo tiempo la indicación sobre qué comportamiento estaría permitido o prohibido y la sanción que se seguiría en caso de no seguir aquel mandato deóntico.<sup>20</sup> En consecuencia, siguiendo a Juan Pablo Mañalich, el autor de un delito, cuando comete un delito, no está contraviniendo directamente una norma de sanción penal, sino que, más bien está realizando aquello que habilita su imposición. Así, surge la necesidad de distinguir entre el delito y otra categoría que contiene además la norma de sanción penal. Por lo que, consiguientemente, el hecho punible se constituye como el delito que además satisface las condiciones ulteriores de las cuales puede depender el merecimiento de la respectiva sanción penal.<sup>21</sup>

De lo dicho hasta ahora, es posible establecer la siguiente relación: el autor de un hecho delictivo quebranta una norma; aquella norma tiene que ser entendida como un estándar de comportamiento, que es primario frente a la norma de sanción. De la trasgresión de aquella norma de comportamiento depende la antijuricidad y la posterior habilitación de una norma de sanción<sup>22</sup>.

---

<sup>16</sup> Sobre la idea de esclarecer el significado político decisión de criminalizar ciertas conductas véase Javier Contesse Singh, “La omisión impropia como hecho punible. Acerca de la incorporación de una regla general de la punibilidad de los así llamados “delitos de omisión impropia””, en *Reformas Penales. Libro compilatorio de ponencias en el seminario “recientes reformas en Chile en materia penal y las reformas pendientes”*, coords. Kai Ambos, Ezequiel Malarino, Jean Pierre Matus Acuña, Gustavo Urquiza y Jaime Winter Etcheberry (Santiago: DER Ediciones, 2015), 11-15.

<sup>17</sup> Contesse, “La omisión impropia”, 15.

<sup>18</sup> Mañalich, “El delito como injusto culpable,” 90.

<sup>19</sup> Ibid. Idea original en Binding, *La culpabilidad en el derecho penal*, 9

<sup>20</sup> Mañalich, “El delito como injusto culpable,” 90

<sup>21</sup> Ibid.

<sup>22</sup> Ibid.

### I.1.3. Relación entre las normas de comportamiento y las normas de sanción

A su vez, las normas de comportamiento no se encuentran explícitamente formuladas por la ley, sino que deben ser inferidas pragmáticamente a partir de la norma de sanción.<sup>23</sup> Así, siguiendo al profesor Mañalich, las normas de comportamiento y de sanción se distinguen de dos maneras distintas: en cuanto a su estructura y en cuanto a su finalidad.<sup>24</sup> Respecto a la primera diferenciación, las normas de comportamiento tienen la estructura de ser un estándar categórico de conducta jurídicamente correcto, mientras que las normas de sanción tienen la estructura de una regla condicional, que hace que la aplicación de una determinada consecuencia punitiva dependa de la realización de un determinado supuesto de hecho.<sup>25</sup>

Esta idea se encuentra presente en el pensamiento del gran jurista inglés H.L.A. Hart en su icónico libro “El Concepto de Derecho”, en donde intenta elaborar una definición de Derecho, embarcándose en la intrincada tarea de determinar el tipo de reglas de que estaría compuesto un ordenamiento jurídico. De esa forma, realiza la aseveración de que no todas las normas que integran un ordenamiento jurídico tienen la estructura de ordenar hacer o no hacer algo y que es patente la existencia de diferentes tipos de normas.<sup>26</sup> Así, continúa, existen importantes normas (jurídicas), que no se caracterizan por ser “órdenes respaldadas por amenazas”, ya que cumplen una función totalmente distinta.<sup>27</sup> Por lo que, el jurista inglés considera que habría que diferenciar dentro de un ordenamiento jurídico, entre normas que imponen deberes, por un lado, y normas que confieren potestades o que proveen al ejercicio de potestades jurídicas privadas y públicas, por el otro. Ambos tipos de normas estarían relacionadas, ya que las potestades que las segundas confieren son potestades para crear reglas para imponer deberes a particulares.<sup>28</sup> Y tendrían en común que ambas constituyen pautas o criterios de conducta.<sup>29</sup>

De tal forma, mediante el rechazo de la idea de que la normatividad se reduce a la existencia de coercitividad, es decir, mediante el rechazo de la idea de que una obligación es obligación por ir

---

<sup>23</sup> A través de una formulación invertida de la correspondiente norma de comportamiento. *Ibid.*, 91.

<sup>24</sup> Mañalich, “El delito como injusto culpable,” 91.

<sup>25</sup> Mañalich, “El delito como injusto culpable,” 91 y 92.

<sup>26</sup> H.L.A. Hart, *El concepto de Derecho*, trad. de Genaro R. Carrió (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1963), 33.

<sup>27</sup> Hart, *El concepto de Derecho*, 35. En el capítulo inmediatamente anterior, es decir, en el capítulo II, para describir y caracterizar a las normas jurídicas. Hart realiza una analogía con la *orden* que hace el autor de un robo con amenaza al sujeto pasivo. Es así, que termina caracterizando las normas de derecho penal como ordenes respaldadas por amenazas. No obstante, al concluir su obra, demuestra que todo el punto está en que las normas de derecho penal tampoco se caracterizarían por ser órdenes respaldadas por amenazas. *El concepto de Derecho*, 1963.

<sup>28</sup> *Ibid.*, 42.

<sup>29</sup> *Ibid.*

aparejada de sanción, propio de una concepción imperativista como la de Bentham/Austin<sup>30</sup>; Hart plantea la tesis de que detrás de una obligación se esconden reglas sociales que se distinguen por estandarizar determinadas formas de comportamiento y que se diferenciarían de un *hábito social* por contar las primeras como pautas de corrección. Asimismo, plantea que, lo que cualifica una regla social como una regla jurídica es que admite ser identificada bajo determinados criterios de reconocimiento referidos al modo particular de producción.<sup>31</sup>

Es ahí donde introduce su célebre distinción entre normas primarias y secundarias, siendo las primeras reglas que fijan estándares de conducta, a través de la imposición de obligaciones, y las segundas aquellas que instituyen la autoridad legislativa, por referencia de las cuales pueden ser identificadas las obligaciones que imponen las reglas jurídicas para la generalidad de los miembros de un grupo. En palabras del autor:

(...) sin embargo, podemos distinguir claramente la regla que prohíbe cierta conducta, por un lado, y el establecimiento de sanciones a ser aplicadas si la regla es trasgredida, por otro, y suponer que la primera existe sin la segunda. Podemos en cierto sentido, quitar la sanción y dejar una pauta, o criterio de conducta, inteligible que aquella estaba destinada a hacer observar.<sup>32</sup>

En consecuencia, para el autor inglés, un sistema jurídico se distingue por exhibir una estructura reflexiva. Esto es, no estar compuesto solamente por normas que fundamentan obligaciones para los miembros de un respectivo grupo social, sino además por reglas que institucionalizan criterios de identificación de aquellas normas de estándares de comportamiento. Así, existen reglas explícitas (secundarias), que son reconocibles en cuanto existen normas implícitas como razones vinculantes para la acción para los miembros de un determinado grupo, existiendo una vinculación pragmática entre obligación y sanción y no una relación de identificación.<sup>33</sup> Siguiendo a Hart, una regla social es obligante en cuanto de su desobediencia se siga una reacción social crítica y hostil por su quebrantamiento. Así lo menciona de la siguiente manera:

el hecho de que una persona resulte obligada a hacer o dejar de hacer algo por una regla social depende irreductiblemente de la circunstancia de que quienes integran la forma de vida de la cual participa esa

---

<sup>30</sup> Juan Pablo Mañalich R., “Reglas primarias de obligación. Las “reglas del derecho penal” en el concepto de Derecho de H.L.A. Hart”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 11 (2012): 571-572.

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> Hart, *El concepto de Derecho*, 44.

<sup>33</sup> Mañalich R., “Reglas primarias de obligación”, 574.

misma persona en general exhiban una disposición a reaccionar crítica y hostilmente al eventual quebrantamiento de la regla.<sup>34</sup>

En conclusión, una comprensión estructural de la tarea dogmática jurídica diferencia el concepto de delito del concepto de hecho punible. El primero se concibe como el quebrantamiento de una norma entendida como un estándar de comportamiento que es conceptualmente primaria frente a la norma de sanción. Mientras que el segundo, el hecho punible, sólo se corresponde con aquel delito que además satisface condiciones ulteriores de las cuales puede depender el merecimiento y necesidad de la sanción, habilitando la aplicación de la norma de sanción.<sup>35</sup>

#### **I.1.4. El bien jurídico como objeto de protección de las normas de comportamiento**

Luego de introducir la comprensión estructural de la tarea dogmática, parece pertinente profundizar en la relación funcional en la que se encuentran las normas de comportamiento y las normas de sanción: las primeras tienen por objeto evitar el menoscabo de un determinado bien jurídico; mientras que las segundas, tienen por objeto el establecimiento concluyente de determinados derechos y deberes punitivos a consecuencia del quebrantamiento imputable de una norma de comportamiento, que menoscaba el bien jurídico protegido por ésta.<sup>36</sup> Por lo que la protección jurídico – penal del bien jurídico sólo puede ser entendida como una protección indirecta. El derecho penal a través de la creación de normas de sanción asegura la vigencia de normas de comportamiento, cuyo objeto es la protección de bienes jurídicos específicos, actuando las normas de comportamiento como razones vinculantes para la acción.<sup>37</sup>

Siguiendo tal razonamiento y aplicándolo al objeto de estudio, es posible declarar que, mediante la penalización del hurto, el legislador expresa dos decisiones distintas: la decisión de prohibir la apropiación de cosa ajena, como norma de comportamiento, y la decisión de imponer una pena a quien quebranta aquella prohibición, como norma de sanción. En ambas decisiones o niveles, los criterios de legitimación son distintos, no obstante, ambas decisiones están directamente relacionadas: la norma de sanción contemplada en el art. 494 bis, refuerza la prohibición de apropiación de cosa ajena, que a su vez protege un bien jurídico determinado.

---

<sup>34</sup> Mañalich, “Reglas primarias de obligación”, 576.

<sup>35</sup> Mañalich, “El delito como injusto culpable”, 92.

<sup>36</sup> *Ibid.*, 92 y 93.

<sup>37</sup> Mañalich, “Norma e imputación”, 173.



Con el objetivo de analizar la legitimidad de la norma de comportamiento del hurto falta, parece adecuado revisar primero cuál es el bien jurídico protegido por la tipificación del hurto. Así, en el siguiente capítulo se presentará cuál es este bien jurídico además de cuál ha sido su tratamiento en el ordenamiento jurídico chileno. Como lo mencionara Francisco Grisolia, “*la primera tarea que debe encarar quien aborde el estudio de un delito determinado, o categorías esencialmente afines de delitos, es la de establecer su objeto jurídico.*”<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup> Véase Francisco Grisolia, “El objeto jurídico del delito”, *Revista de Ciencias Penales* 3, (1958): 3 -85.

## CAPÍTULO II: El bien jurídico protegido tras la tipificación del hurto falta

Dado que el objetivo de una norma de comportamiento es evitar el menoscabo de determinados bienes jurídicos, es que es necesario estudiar cuál es el específico bien jurídico protegido tras la norma de comportamiento del hurto para llevar a cabo el análisis de su legitimidad. Así, en este capítulo se hará una revisión de cuál es el objeto de protección y cuál ha sido su tratamiento y delimitación por parte de la doctrina. Para ello, se comenzará con la clasificación genérica de los bienes jurídicos para situar el bien jurídico en cuestión dentro de la categoría de bienes jurídicos instrumentales.

### II.1. El bien jurídico en el título IX del Libro Segundo del Código Penal chileno

#### II. 1. 1. Bienes jurídicos instrumentales: crímenes y simples delitos contra la propiedad

De tal forma, en atención a que en el Código Penal chileno se agrupa los delitos con relación al bien jurídico protegido, es que el sistema de la parte especial reconoce dos grandes distinciones referidas al objeto de protección. Una primera distinción es la que se realiza entre delitos contra bienes jurídicos individuales y delitos contra bienes jurídicos colectivos. Así, en los primeros, el bien jurídico en cuestión se caracteriza por tener un titular singularizado o singularizable, mientras que, en los segundos, el bien jurídico se caracteriza por el hecho de tener una titularidad difusa, de modo que no es posible identificar el titular del bien jurídico en cuestión.<sup>39</sup>

Por su parte, la segunda distinción, se hace al interior de los bienes jurídicos individuales, distinguiéndose entre bienes jurídicos personalísimos y bienes jurídicos instrumentales.<sup>40</sup> Los primeros se caracterizan por servir de *presupuesto* para el libre desarrollo de las personas, mientras que los segundos se caracterizan por ser un *medio* para el libre desenvolvimiento y desarrollo de éstas.<sup>41</sup> Lo que caracteriza a los bienes jurídicos personalísimos es la propiedad de ser inenajenables, en el sentido, de que el Derecho no reconoce eficacia a un acto jurídico por medio del cual alguien transfiere a otra persona su titularidad sobre el bien.<sup>42</sup> Aquella característica desaparece cuando un bien jurídico tiene significación instrumental o patrimonial, ya que precisamente su rasgo distintivo es el reconocimiento

---

<sup>39</sup> Alfredo Etcheberry, *Derecho Penal. Tomo Tercero. Parte Especial*, (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1999), 8 y 9.

<sup>40</sup> *Ibid.*

<sup>41</sup> Se rechaza la clasificación, que caracteriza los delitos contra bienes jurídicos personalísimos como delitos contra bienes jurídicos indisponibles para su titular, en tanto que los delitos contra bienes jurídicos instrumentales serían delitos contra bienes jurídicos disponibles para su titular. Esto porque la manera de entender la distinción de esa manera tiene consecuencias erróneas para la comprensión de la Parte Especial. El hecho de que alguien pueda someterse a una intervención quirúrgica por vía de consentimiento significa que está disponiendo de modo jurídicamente eficaz sobre un bien jurídico que tiene significación personalísima como lo es la salud o la integridad corporal. Todo bien jurídico es disponible para su titular, sin perjuicio de que existan restricciones.

<sup>42</sup> Urs Kindhäuser, *Estudio de Derecho Penal Patrimonial*, (Lima: Grigley, 2002), 51.

jurídico de su enajenabilidad.<sup>43</sup> Dentro de esta última categoría, la de los delitos contra bienes jurídicos individuales instrumentales, es posible encontrar los delitos contra la propiedad y el patrimonio, que según Urs Kindhäuser constituyen uno de los tres grupos principales de los delitos de la Parte Especial del Código Penal. No obstante, a pesar de su relevancia, aquel grupo de delitos no está exento de problemas de amplitud y sistematización.<sup>44</sup>

El Código Penal chileno reúne todos los delitos contra bienes jurídicos materiales en un mismo apartado sistemático, en el título IX de su libro segundo, denominado genéricamente “crímenes y simples delitos contra la propiedad”, que contiene cerca de sesenta artículos.<sup>45</sup>

El apartado se inaugura con el artículo 432, artículo que fija los respectivos géneros y diferencias específicas del hurto, el robo con fuerza en las cosas y el robo con violencia e intimidación en las personas.<sup>46</sup> Así, para captar en una primera aproximación el bien jurídico protegido por la prohibición del hurto, la posición del delito del hurto dentro del título en cuestión constituye un antecedente que no puede ser obviado.<sup>47</sup> Ya la denominación del título en cuestión nos da luces sobre una primera dificultad dogmática relacionada con la sistematización y coherencia: el Código Penal chileno no distingue nominativamente entre los conceptos de propiedad y patrimonio.<sup>48</sup>

### II.1.2. ¿Propiedad o patrimonio?

Esto último, la no distinción entre los conceptos de propiedad y patrimonio dentro del Código Penal chileno genera una dificultad toda vez que, de una lectura superficial de las disposiciones respectivas, es posible afirmar que, bajo el mismo título, se encuentran tipificadas formas de comportamiento delictivo diversas: algunas se dejan entender como delitos contra la propiedad mientras que otras se caracterizan de otro modo.<sup>49</sup> A modo de ejemplo, aquello se ve de manifiesto en la existencia del delito de estafa como

---

<sup>43</sup> Urs Kindhäuser lo menciona en su libro *Estudio de Derecho Penal Patrimonial*, de la siguiente manera: “elemento esencial de la propiedad es la posibilidad de una ulterior enajenación”. *Estudio de Derecho Penal Patrimonial*, 51.

<sup>44</sup> *Ibid.*

<sup>45</sup> Antonio Bascuñán Rodríguez, *Introducción General a los Delitos contra la Propiedad (Título IX del Libro Segundo del Código Penal)*, (Santiago: Universidad de Chile, 1998), 2.

<sup>46</sup> Juan Pablo Mañalich, *Estudios sobre la Parte Especial del Derecho Penal Chileno* (Santiago: Thomson Reuters, 2020), 268 y ss

<sup>47</sup> Juan Pablo Mañalich Riffo, *Autotutela del acreedor y protección penal del deudor. La realización arbitraria del propio derecho frente a los delitos contra la libertad, la propiedad y el patrimonio*, (Santiago: Edición Jurídica de Santiago, 2009), 38 y 39.

<sup>48</sup> Véase Sergio Politoff, Juan Bustos y Francisco Grisolia, *Derecho Penal Chileno: Parte Especial. Delitos contra el individuo en sus condiciones física* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1971), 297. Mario Garrido Montt, *Derecho Penal: Parte Especial. Tomo IV* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2008), 149.

<sup>49</sup> “De lo dicho suele deducir la doctrina que, si se aceptara a la propiedad en su acepción jurídico – privada como el bien jurídico del Título XIII al que nos referimos, se daría el supuesto insólito en Derecho Penal de que el titular del bien jurídicamente protegido y el sujeto activo del delito coincidirían en una misma persona: se castigaría, por tanto, como reo de

delito contra el patrimonio, por un lado, y en la existencia del delito de daños como delito contra la propiedad, por el otro lado; ambas figuras tipificadas bajo el mismo título.<sup>50</sup> De tal forma, para Juan Pablo Mañalich, la primera conclusión a la que se puede arribar al embarcarse en el estudio del título en cuestión es que el Código Penal presenta una falta de reconocimiento legislativo de la diferencia entre propiedad y patrimonio.<sup>51</sup> Aquello acarrea una dificultad interpretativa, ya que la definición de la propiedad como objeto de protección penal supone una articulación entre el concepto de propiedad y patrimonio como categorías centrales en la reconstrucción del sistema penal de bienes jurídicos instrumentales.<sup>52</sup>

Por otro lado, y como segunda problemática y directamente relacionada a la anterior, de la misma lectura superficial de las disposiciones respectivas, es posible arribar a la siguiente conclusión: la propiedad, entendida como derecho de dominio protegido por la regulación del derecho civil, no es el bien jurídico protegido en todas esas normas.<sup>53</sup> Esto último se desprende del hecho de que en el mismo título se presentan figuras delictivas, como los delitos de apropiación, en que la lesión de la “propiedad” no puede identificarse con una lesión del derecho de propiedad propiamente tal, *strictu sensu*, ya que frente a una apropiación, el derecho del dueño queda incólume, a tal nivel de que el ordenamiento jurídico le entrega al titular del derecho herramientas para perseguirlo, como lo es la posibilidad de presentar una eventual acción reivindicatoria.<sup>54</sup> Otros ejemplos de aquel fenómeno son el *furtum possessionis* (art. 471 N°1) o la usurpación (arts. 457 – 458), delitos que pueden ser cometidos por el propietario actuando sobre cosa propia.<sup>55</sup> Esto último se relaciona con la conducta típica del hurto, consistente en la apropiación mediante sustracción: de la acción de apropiación no se puede entender que el sujeto activo está haciendo suya la cosa sustraída, ya que los delitos no son fuentes de derecho ni modos de adquirir el dominio, no pudiendo entenderse el concepto de apropiación de la misma forma como se entiende en la regulación civil.<sup>56</sup>

Sobre esta segunda problemática, en el derecho comparado, el penalista español Miguel Bajo Fernández, considera que la doctrina española, absolutamente dominante, ha descartado que el bien

---

un delito contra la propiedad, al propietario mismo.” Antonio Bascañán R., “Delitos contra Intereses Instrumentales, *Revista de Derecho UAI* (2004): 291.

<sup>50</sup> Mañalich, *Autotutela del acreedor y protección penal del deudor*, 36. Garrido Montt, *Derecho Penal: Parte Especial*, 149.

<sup>51</sup> *Ibid.*

<sup>52</sup> Mañalich, *Autotutela del acreedor y protección penal del deudor* 36.

<sup>53</sup> Bascañán Rodríguez, “Delitos contra Intereses Instrumentales”, 291.

<sup>54</sup> Mañalich, *Autotutela del acreedor y protección penal del deudor*, 39.

<sup>55</sup> José Miguel Zugaldía Espinar, “Los delitos contra la propiedad y el patrimonio”, en *Los bienes jurídicos protegidos en el Título XIII del Libro II del Código Penal, Tomo I*, (Madrid: Akal, 1985): 16.

<sup>56</sup> En el apartado referente a la norma de comportamiento del hurto simple se profundizará en dicha implicancia y su relación con el bien jurídico protegido.

jurídicamente protegido en el título XIII (“De los delitos contra la propiedad”) sea el derecho de propiedad entendido en su sentido estricto jurídico – privado, ya que no acierta a comprender toda la gama de relaciones que se encuentran bajo el mencionado título.<sup>57</sup> De tal misma forma lo considera José Miguel Zugaldía, para quien efectivamente la rúbrica “delitos contra la propiedad” es inadecuada porque la gran mayoría de las infracciones contenidas bajo la misma no requieren precisamente la violación del derecho de propiedad *strictu sensu*, sino que pueden ser igualmente imaginables contra la posesión hasta en su forma más rudimentaria de mera tenencia de las cosas y contra otros derechos reales y obligaciones.<sup>58</sup>

No obstante, para José Miguel Zugaldía, la redefinición de la propiedad desde un punto de vista penal distinto al concepto de propiedad en su sentido estricto jurídico – privado ha tenido poca aceptación, lo que ha llevado a un importante sector de la doctrina española a utilizar un concepto distinto – más amplio – para englobar ese conjunto de relaciones que se protegen en el título en cuestión: ese concepto es el de patrimonio.<sup>59</sup>

Norberto J. De La Mata, en su texto “Tutela Penal de la Propiedad y Delitos de Apropiación”, al tratar el bien jurídico protegido en los delitos de hurto y apropiación indebida en la regulación española, menciona que la doctrina española dominante entiende que en dicho título se protege el patrimonio, concepto más amplio y genérico que la propiedad. No obstante, para éste, aquel planteamiento no solucionaría completamente la problemática, ya que también han existido variadas definiciones del término patrimonio, por lo que, al igual que la propiedad, no sería un concepto unívoco.<sup>60</sup>

En consecuencia, no siempre es el derecho de propiedad lo que resulta lesionado en los delitos regulados bajo el Título IX del Código Penal.

### **II.1.3. ¿Un único objeto de protección?: teorías dualistas v/s teorías monistas**

Por lo que, la cuestión fundamental es si todos los delitos regulados en dicho título constituyen atentados contra un único objeto de protección, común a todos los delitos de esta clase sistemática, el patrimonio,

---

<sup>57</sup> Miguel Bajo Fernández, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial (Delitos patrimoniales y económicos)* (Madrid: Editorial Ceura – Madrid, 1987): 4.

<sup>58</sup> Zugaldía Espinar, “Los delitos contra la propiedad y el patrimonio”, 15 y 16.

<sup>59</sup> *Ibid.*

<sup>60</sup> Norberto J. De La Mata, *Tutela Penal de la Propiedad y Delitos de Apropiación: El dinero como objeto material de los delitos de hurto y apropiación indebida*, (Barcelona PPU S.A.: 1994): 55

o si bien, debe distinguirse entre delitos contra el patrimonio y delitos contra otra clase de bienes jurídicos instrumentales.

La postura dominante en la doctrina chilena es la de mantener el uso del término “propiedad” como designación del bien jurídico protegido, pero asignándole un sentido amplísimo, completamente indiferenciado. Así lo creen los profesores Etcheberry; Matus y Ramírez y Garrido Montt; quienes en sus respectivos manuales sobre la materia postulan que no es exacto afirmar que el bien jurídico protegido en el título en cuestión sea la propiedad entendida como sinónimo del derecho de dominio definido y regulado en el artículo 582 del Código Civil, ya que aquel término sería uno insuficiente para abarcar todos los comportamientos descritos en la norma penal.<sup>61</sup>

Frente a aquella dificultad, Matus y Ramírez plantean que la voz propiedad utilizada por el Código Penal debe entenderse con la misma amplitud que la que establece la Constitución Política de la República al regular la propiedad en su artículo 19 N° 24.<sup>62</sup> Algo similar postula Alfredo Etcheberry, al afirmar que “*el Código Penal emplea propiedad en un sentido amplio, que incluye la propiedad dominical del artículo 582 del Código Civil, extendiéndose hasta la propiedad entendida como el vínculo que une al sujeto con todos los derechos de que es titular*”.<sup>63</sup>

Ante dicha problemática, desde una perspectiva dogmática, han existido dos lecturas: una lectura monista, mayoritaria en Chile, que plantea que el concepto de patrimonio es suficiente para dar cuenta del objeto de protección de las normas ahí involucradas<sup>64</sup>. Y una lectura dualista o pluralista, mayoritaria en la doctrina alemana, la cual distingue al interior del ámbito de los delitos contra objetos de significación patrimonial, a los delitos contra el patrimonio en su conjunto y los delitos contra bienes patrimoniales concretos absolutos, siendo en esta última categoría donde la propiedad aparece como un objeto de protección diferenciado.<sup>65</sup>

Las consecuencias de la adopción de una teoría dualista se manifiestan en dos diferencias estructurales de los respectivos tipos de injusto: en cuanto al objeto de la acción y en cuanto al resultado de la lesión. En cuanto al objeto de la acción, en los delitos contra la propiedad sólo pueden ser objetos

---

<sup>61</sup> Etcheberry, *Derecho Penal: Parte Especial*, 287. Garrido Montt, *Derecho Penal: Parte Especial*, 149. Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez Guzman, *Manual de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, 3ra ed, (Santiago: Editorial Tiran Lo Blanch, 2019): 270 y ss.

<sup>62</sup> Matus y Ramírez, *Manual de Derecho Penal Chileno*, 270 y ss.

<sup>63</sup> Etcheberry, *Derecho Penal*, 287.

<sup>64</sup> Mañalich, *Autotutela del acreedor y protección penal del deudor*, 34 – 36

<sup>65</sup> Mañalich, *Autotutela del acreedor y protección penal del deudor*, 34 – 36. Zugaldía Espinar, “Los delitos contra la propiedad y el patrimonio”, 521 y ss. Bascuñán R., “Delitos contra Intereses Instrumentales”, 294.

de ataque “*componentes concretos y especificados, jurídicamente formalizados, del conjunto de intereses sobre cosas que tiene una persona*”.<sup>66</sup> En cambio, en los delitos contra el patrimonio, el objeto del ataque es el patrimonio en general, es decir, la universalidad de bienes de que es titular una persona, siendo afectado en cada atentado uno o más bienes concretos.<sup>67</sup>

Por su lado, en cuanto al resultado de lesión del bien jurídico protegido, en los delitos contra la propiedad, la lesión se corresponde con la pérdida o perturbación de algún contenido del derecho de propiedad; mientras que, en los delitos contra el patrimonio, la lesión se corresponde con cualquier forma de perjuicio patrimonial.<sup>68</sup>

Siguiendo al profesor Mañalich, la teoría dualista pareciera ser preferible en atención al mayor rendimiento que supone el manejo de criterios diferenciados, sobre todo en lo relativo a la determinación del resultado lesivo para el objeto de protección correspondiente. Para éste, la lectura monista se presentaría como una deficitaria, toda vez que sobrecarga el concepto de propiedad y podría terminar coincidiendo con el concepto de propiedad constitucional, es decir, cualquier posición jurídica de significación patrimonial que esté jurídicamente reconocida a una persona.<sup>69</sup> Así, para Juan Pablo Mañalich, parece importante tomarse en serio la fisonomía del régimen jurídico civil de la propiedad para poder entender qué se entiende por propiedad en términos estrictos, ya que aquello nos permite arribar a la conclusión de que se debe disponer de otro concepto, de mayor alcance, que haga posible hacer referencia a posiciones que una persona puede ostentar en el dominio de las cosas transferibles en el tráfico jurídico.<sup>70</sup>

Los siguientes ejemplos, reproducidos del icónico texto de José Miguel Zugaldía, “Los delitos contra la propiedad y el patrimonio”, permite ilustrar la relevancia de adoptar una posición dualista y las consecuencias que de ello se sigue: X sustrae a Z una vieja fotografía de un antepasado común.<sup>71</sup> Si se adopta una teoría monista, que entiende que el objeto material de un delito contra el patrimonio no pueden ser aquellos bienes que estén dotados sólo de valor afectivo o sentimental, y se sostiene que el hurto es un delito contra el patrimonio, habría que concluir que X no comete delito alguno, dejando un espacio de impunidad en ese caso. En cambio, si se adopta una teoría pluralista, que distingue entre los delitos contra el patrimonio en su conjunto y los delitos contra bienes patrimoniales concretos absolutos,

---

<sup>66</sup> Bascañán R., *Introducción General a los Delitos contra la Propiedad*, 15.

<sup>67</sup> Véase Mañalich R., *Autotutela del acreedor y protección penal del deudor*, 37.

<sup>68</sup> Bascañán R., “Delitos contra Intereses Instrumentales”, 295 y 296.

<sup>69</sup> Matus y Ramírez, *Manual de Derecho Penal Chileno*, 269.

<sup>70</sup> Véase Mañalich R., *Autotutela del acreedor y protección penal del deudor*, 37 y ss.

<sup>71</sup> Zugaldía, “Los delitos contra la propiedad y el patrimonio”, 25.

aquel caso tendría una resolución radicalmente distinta: habría que afirmar que X cometió un delito contra un bien patrimonial concreto absoluto, afirmando que existió una lesión a la propiedad por la expropiación de la cosa siendo, indiferente si recae sobre una cosa carente de valor económico. Y obsérvese el siguiente ejemplo: X sustrae a Z un libro, dejando en su lugar otro de equivalente valor. Si se afirma que en este caso no puede entenderse causado un perjuicio patrimonial, ya que no hay pérdida económica, la calificación de hurto quedaría descartada.

Estos ejemplos muestran un vacío de protección del derecho de propiedad, en cuanto se subordina dicha protección a que la cosa propiedad de alguien tenga valor económico. Para subsanar dicho problema, la doctrina alemana ha considerado que el concepto de delitos contra el patrimonio puede usarse en un sentido amplio y en un sentido más estricto. En el primero, el concepto incluye actos punibles dirigidos hacia la apropiación, con la correlativa expropiación, de bienes ajenos.<sup>72</sup> En el sentido más estricto, es imprescindible un perjuicio patrimonial. Así, los primeros se corresponderían con la categoría de delitos contra derechos absolutos, los cuales requieren solamente una reducción de la posibilidad de disponer, no condicionando ningún perjuicio al patrimonio, careciendo de importancia si el bien carece de valor o si el propietario tuvo pérdidas en su patrimonio. Y los segundos, los delitos contra el patrimonio, se dirigen contra éste en su conjunto y aunque ataquen posiciones jurídicas particulares de la víctima, sólo tiene importancia en el hecho de que se reduzca el valor global de su patrimonio.<sup>73</sup>

Por lo tanto, debido al rendimiento dogmático que presenta la teoría dualista, es que en el presente trabajo se adhiere a la tesis de que el Título IX del Libro II del Código Penal tipifica delitos contra bienes jurídicos patrimoniales, siendo una especie dentro de ese género, los delitos contra la propiedad. No obstante, en el caso del Código Penal chileno, la postulación de una teoría dualista se ve enfrentada a una posible objeción: en la regulación del hurto se diferencian distintas hipótesis típicas más y menos graves según el valor pecuniario del objeto del ataque y aparece como elemento subjetivo del tipo la exigencia de ánimo de lucro, lo que demostraría la relevancia de un perjuicio patrimonial a delitos que bajo una teoría dualista tendrían que ser considerados como delitos contra la propiedad.<sup>74</sup>

## **II.2. El concepto de propiedad en cuanto objeto de protección del artículo 432 y siguientes del Código Penal chileno**

---

<sup>72</sup> Ibid., 26.

<sup>73</sup> Ibid.

<sup>74</sup> Véase Mañalich R., *Autotutela del acreedor y protección penal del deudor*, 37



### **II.2.1. El estado del problema**

Con todo, luego de haber ilustrado el problema en torno al objeto de protección de las normas expresadas en el respectivo título y de haber tomado posición por una concepción dualista sobre los atentados típicos a bienes jurídicos instrumentales, aún se debe indagar respecto al específico contenido de la propiedad. Y la dificultad de aquella tarea radica en que, la pregunta por cuál es el bien jurídico protegido en el delito del hurto es un tema sumamente discutido en la doctrina penal.<sup>75</sup>

En consecuencia, vista la propiedad en su sentido jurídico estricto, es decir, como el derecho real que se tiene sobre cosas corporales para usar y gozar arbitrariamente de ellas, no siendo contra ley o contra derecho ajeno (art. 582 C.C.), la propiedad puede ser entendida de dos modos: como posición jurídica formal (derecho subjetivo) o como contenido fáctico de poder que es correlativo a esa posición. Percibida de la primera forma, muchos delitos contra la propiedad resultarían ser delitos de peligro, ya que, por ejemplo, en el caso del hurto, no se lesiona la propiedad del dueño sobre la cosa. La víctima del hurto, precisamente por seguir siendo dueño, dispone de las acciones reivindicatorias o restitutorias. Por lo que, el ordenamiento jurídico le sigue reconociendo validez a su posición de dueño, concediéndole acciones de protección sobre su propiedad. Concebida de la segunda manera, los delitos contra la propiedad resultan ser delitos de lesión, pues con ellos se pierde el contenido fáctico de poder sobre la cosa.<sup>76</sup> No obstante, esta última idea será revisado y puesta en duda en los capítulos siguientes, ya que aún si se entiende el hurto como un delito que atenta contra una relación material de dominio fáctico sobre la cosa, hay ciertos casos en que debe ser entendido como un delito de peligro abstracto.

### **II.2.2. El hurto como un delito de lesión con desplazamiento correlativo**

Ahora bien, frente a aquel panorama, parece pertinente introducir una distinción ulterior, una que es sistemáticamente fundamental en los delitos contra intereses instrumentales individuales que reconoce tanto una concepción monista como una concepción dualista y que tiene importantes consecuencias prácticas: la distinción entre delitos de mera lesión y de lesión con desplazamiento correlativo. Con todo, dada la naturaleza distintiva de la concepción dualista, aquella distinción se concreta de modo diverso en los delitos contra la propiedad y en los delitos contra el patrimonio.<sup>77</sup>

---

<sup>75</sup> Zugaldía, “Los delitos contra la propiedad y el patrimonio”, 33.

<sup>76</sup> Bascuñán R., *Introducción General a los Delitos contra la Propiedad*, 5 y 6.

<sup>77</sup> Bascuñán R., “Delitos contra Intereses Instrumentales”, 295. Para ahondar más en las clasificaciones, consultar José Zugaldía, “Los delitos contra la propiedad y el patrimonio”, 21 y ss.

De tal forma, al interior de los delitos contra la propiedad, la distinción entre delitos de mera lesión y delitos con desplazamiento correlativo se concreta –en términos dogmáticos– en la distinción entre delitos de expropiación y los delitos de apropiación. Y tratándose de los delitos contra el patrimonio, la clasificación se concreta en la contraposición de los delitos de perjuicio patrimonial y los delitos de aprovechamiento patrimonial. Al interior de cada una de estas subcategorías se presenta un paralelismo, es decir, tanto los delitos de expropiación como los delitos de perjuicio patrimonial poseen una identidad estructural como delitos de mera lesión; mientras que los delitos de apropiación y los delitos de aprovechamiento patrimonial o de enriquecimiento poseen una identidad estructural como delitos de lesión con desplazamiento correlativo.<sup>78</sup>

Dentro de la categoría de los delitos de lesión con desplazamiento correlativo, los delitos de apropiación se distinguen por el hecho de que el menoscabo que resulta del hecho delictivo para la posición del propietario es correlativa a la obtención, por parte del autor del delito, de la posibilidad de disposición que el propietario ha perdido.<sup>79</sup> Por su lado, los delitos de aprovechamiento patrimonial o de enriquecimiento, se distinguen por ser figuras delictivas cuyo contenido de injusto hace reconocible una correlatividad entre la merma patrimonial que experimenta la víctima y un cierto beneficio o ventaja patrimonial de la que se hace el autor. En consecuencia, podría afirmarse que lo que tienen en común los delitos de apropiación y los delitos de enriquecimiento, es que aquello que la víctima pierde como sustancia o posibilidad de disposición o valor patrimonial, es algo que correlativamente obtiene el autor.<sup>80</sup> Ejemplos de delitos de apropiación son: el hurto, regulado en los artículos 432, 446 y 447 del Código Penal; el robo con fuerza en las cosas, regulados en los artículos 432, 440 al 443 del Código Penal; y el robo con violencia o intimidación en las personas, regulado en los artículos 432, 433 y 436 inciso primero del Código Penal. Y el ejemplo paradigmático de delitos de enriquecimiento es la estafa, tipificado en los artículos 467, 468, 469 N° 1 – 5, 470 N°4, 6 – 8, 473 del Código Penal.<sup>81</sup>

Con todo, si bien ambas categorías comparten la identidad estructural de delitos de lesión con desplazamiento correlativo, existen diferencias importantes entre los delitos de apropiación y los delitos de enriquecimiento: los delitos de apropiación descansan sobre el hecho bruto de la existencia de una relación fáctica presente entre el cuerpo de una persona y el cuerpo de una cosa.<sup>82</sup> Esto no significa, que lo que define el atentado de un delito de apropiación sea únicamente la cercanía espacial, sino más bien, implica que los criterios normativos de reconocimiento son criterios de atribución de una pretensión de

---

<sup>78</sup> Bascañán R., “Delitos contra Intereses Instrumentales”, 296.

<sup>79</sup> Ibid.

<sup>80</sup> Ibid.

<sup>81</sup> Ibid., 295.

<sup>82</sup> Mañalich, “Justicia, Propiedad y Prevención”, 179.

exclusividad. Mientras que en los delitos de enriquecimiento el criterio normativo de reconocimiento está determinado por consideraciones de hecho institucional.<sup>83</sup>

Ya con esto último es posible acercarse a definir el contenido del concepto de propiedad, en particular, *aquello* que es objeto de protección de la prohibición del hurto, situando al hurto dentro de la clasificación dogmática de los delitos de apropiación, es decir, un delito de lesión con desplazamiento correlativo.

De tal forma, Johann Michael Franz Birnbaum, al estudiar cuál es *el objeto de protección* del derecho penal, refiere que no siempre cuando se está ante la presencia de un comportamiento delictivo, se da una lesión de derechos. Para demostrar aquello, utiliza el ejemplo de la apropiación de la siguiente manera:

“Que perdamos algo o se nos prive de una cosa que es objeto de nuestro derechos, que se nos sustraiga o merme algún bien que nos compete jurídicamente, eso, sin duda, no disminuye ni suprime nuestro derecho.”<sup>84</sup>

Así, de la misma forma que el ejemplo utilizado por Birnbaum en el estudio de los objetos de protección del derecho penal, los delitos de robo o de hurto, como delitos de lesión con desplazamiento correlativo, específicamente de apropiación, al ser cometidos no suprimen el derecho de propiedad. Es decir, no son delitos aptos para dañar el derecho de propiedad, pues aquel derecho le sigue correspondiendo al titular original. Norberto De La Mata, lo refiere de la siguiente manera, en el contexto del estudio de los delitos de apropiación

la lesión a la propiedad no puede identificarse con una lesión al derecho mismo de propiedad, constituido como tal por las reglas del derecho privado, ya que, frente a una apropiación el derecho de dueño sobre la cosa sigue estando intacto, inclusive aquel derecho queda protegido frente a un tercer adquirente de buena fe.<sup>85</sup>

De manera que, si no es el derecho de propiedad quiritario lo que se ve afectado por un delito de apropiación, cabe preguntarse entonces cuál es, en definitiva, el objeto de protección. Y pareciera que lo que se lesiona es algo que dice relación con el hecho de que los delitos de apropiación sólo pueden realizarse contra cosas corporales muebles, dejando fuera los bienes inmuebles y teniendo especial

---

<sup>83</sup> Bascuñán R., “Delitos contra Intereses Instrumentales”, 296.

<sup>84</sup> Johan Michael Franz Birnbaum, *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*, (Buenos Aires: B de F, 2010): 53 y 54.

<sup>85</sup> De La Mata, *Tutela Penal de la Propiedad y Delitos de Apropiación*, 72.

relevancia la posibilidad fáctica de disposición del objeto en cuestión o como ya se mencionara anteriormente, teniendo especial relevancia los criterios normativos que permiten reconocer una aspiración de exclusividad a quien posee la custodia del objeto.<sup>86</sup> En otras palabras, Norberto De La Mata lo menciona de la siguiente manera:

(...) pero en realidad parece que el concepto de apropiación se convierte en una mera referencia que alude a la pretensión del sujeto de conseguir una visible posición pseudo-jurídica de dominio, que compensa la falta de título formal.<sup>87</sup>

Por lo que, según una parte de la doctrina, lo que se quiere proteger, al designar como delito la apropiación, estaría constituido por el contenido fáctico de poder de disposición sobre la cosa que es correlativo a la posición jurídico formal de propietario.<sup>88</sup> Es decir, por el poder de disposición de la cosa que formalmente le corresponde a quien es propietario de esa misma cosa.

En consecuencia, los delitos de apropiación han sido considerados por la doctrina mayoritaria como delitos contra la propiedad, no obstante, se ha demostrado que no es la propiedad entendida como dominio en un sentido quirritario lo que se lesiona mediante un delito de hurto, ya que aquella queda intacta, protegida por un cúmulo de acciones que el derecho privado le otorga al dueño para restaurar la lesión de su derecho de dominio.<sup>89</sup> Por lo que, si no es la propiedad como sinónimo de dominio lo que se lesiona, algún otro elemento de la propiedad como bien jurídico debe verse afectado para que tenga sentido a la tipificación del hurto.

A su vez, el delito del hurto es clasificado por la doctrina como un delito de lesión con desplazamiento correlativo. De tal forma, sólo puede realizarse contra cosas corporales muebles, teniendo especial relevancia la aspiración de exclusividad ejercida sobre ésta. Cuando el autor de un hurto comete el delito, lo que se afecta no es la propiedad *stricto sensu*, sino que posición fáctico-objetiva del propietario que tiene esencial significado para la defensa formal de su condición de propietario.<sup>90</sup> Esto es, a través de los delitos de apropiación se estaría privando al propietario del ejercicio de su derecho de propiedad como consecuencia de la sustracción de la esfera de custodia del sujeto pasivo de la cosa sobre la cual recae el derecho de propiedad. Lo que se lesiona o menoscaba es el poder de señorío inherente a

---

<sup>86</sup> Mañalich, “Justicia, Propiedad y Prevención”, 70. Mañalich, *Autotutela del Acreedor y Protección Penal del Deudor*, 40.

<sup>87</sup> De La Mata, *Tutela Penal de la Propiedad y Delitos de Apropiación*, 72.

<sup>88</sup> Véase Mañalich, “Justicia, Propiedad y Prevención”, 182. Mañalich, *Autotutela del Acreedor y Protección Penal del Deudor*, 35 y ss. Bascuñán R., “Delitos contra Intereses Instrumentales”, 296. De La Mata, *Tutela Penal de la Propiedad y Delitos de Apropiación*, 72.

<sup>89</sup> Bajo Fernández, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 6.

<sup>90</sup> De La Mata, *Tutela Penal de la Propiedad y Delitos de Apropiación*, 71.

la propiedad.<sup>91</sup> O, dicho de otra manera: el poder fáctico de disposición sobre la cosa que es correlativo a la posición jurídico formal de la propiedad.<sup>92</sup>

En suma, en este capítulo se intentó demostrar que el concepto de propiedad que aparece en la rúbrica del Título IX, Libro II del Código Penal chileno, es uno que se identifica con una concepción jurídico-económica del patrimonio<sup>93</sup>, que permite asumir una posición dualista del concepto de propiedad. Gracias a aquello, es que es posible establecer la diferenciación entre delitos contra la propiedad y delitos contra el patrimonio en sentido estricto, englobados ambos en lo que la doctrina alemana denomina “delitos contra valores patrimoniales”. Así, los delitos contra el patrimonio en sentido estricto requieren la causación de un perjuicio económico, experimentando la víctima una pérdida patrimonial, establecida en función de criterios de valoración económico – materiales. Mientras que, en los delitos contra la propiedad, la lesión típica del bien jurídico se produciría con la mera afección o menoscabo del derecho de propiedad sobre una cosa, no requiriéndose que el sujeto activo pretenda enriquecerse con su conducta, sino que basta que se aspire a conseguir una posición similar a la del propietario.

Por lo que, a modo de conclusión de este capítulo, el bien jurídico de los delitos contra la propiedad, en particular, del delito del hurto, se identifica con el poder fáctico que corresponde a su propietario a causa de su posición formal de dominio sobre la cosa.<sup>94</sup>

---

<sup>91</sup> Bajo Fernández, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 15.

<sup>92</sup> Mañalich, “Justicia, Propiedad y Prevención”, 178.

<sup>93</sup>

<sup>94</sup> De La Mata, *Tutela Penal de la Propiedad y Delitos de Apropiación*, 61 y 62.

### CAPÍTULO III: Retribucionismo expresivo

Una vez identificado el bien jurídico objeto de protección del delito del hurto, a continuación, se presentará la corriente de justificación de la pena retribucionista expresiva para utilizarla como marco teórico en la comprobación de la hipótesis planteada al inicio del trabajo: detrás de la decisión de tipificación del hurto falta se puede vislumbrar una doble injusticia distributiva. Para lograr dicho objetivo, el capítulo comenzará introduciendo la problemática de las teorías de justificación de la pena para luego presentar un panorama general antes de entrar de lleno a revisar la corriente mencionada.

#### III.1. Fundamentación del *ius puniendi*

De tal forma, como lo cree Juan Pablo Mañalich, el contorno de la discusión sobre la justificación de la pena se ha ido desdibujando con el pasar del tiempo, puesto que pareciera que ya se ha dicho todo respecto al problema sobre la legitimidad del poder punitivo del Estado y sobre la interrogante acerca de qué distingue la irrogación de un mal del castigo estatal.<sup>95</sup> O, si bien no se ha dicho todo, se suele denunciar aquella disputa como una que no tiene asidero en la práctica por mantenerse en un nivel meta ético.<sup>96</sup>

De esta manera, en la discusión propiamente jurídico-penal, quienes practican la profesión no se detienen a considerar el hecho de que, si se siguiera una teoría de la prevención pura, mirada únicamente en clave utilitarista, habría que enfrentar la objeción de que desde esa teoría se puede llegar a aceptar el castigo a un inocente<sup>97</sup>. O, por ejemplo, tampoco se detienen a considerar, que, si se siguiera una teoría de absoluta de la expiación, habría que abandonar la idea de un Estado laico.<sup>98</sup>

Con todo, ya con el sólo ejercicio de denunciar aquella problemática, que pareciera ser fútil, queda al descubierto la importancia de seguir ahondando en aquellas discusiones, que permiten entender, en un primer nivel, qué diferencia el castigo de la irrogación de un maly, en un siguiente nivel permite entender la estructura social en la que se aplica el castigo<sup>99</sup>. Como lo menciona Günther Jakobs en su manual de Derecho Penal, Parte General, el contenido y “*la función de la pena no se puede configurar*

---

<sup>95</sup> Juan Pablo Mañalich Riffo, “La pena como retribución”, *Estudios Públicos* 108, (primavera 2007): 118.

<sup>96</sup> Ibid.

<sup>97</sup> Günther Jakobs, *Derecho Penal, Parte General*, (Madrid: Marical Pons, 1997), 8 y 9.

<sup>98</sup> Véase Mañalich, “La pena como retribución”, *Estudios Públicos* 108, (primavera 2007): 148 y ss.

<sup>99</sup> Traducción libre de la autora de extracto de artículo Rocío Lorca Ferrecio, “Punishing the por and the limits of legality”, *Law, Culture and Humanities*,(2018): 3.

con independencia de la existencia del orden en el que se pune, ni de la comprensión de su sentido”.<sup>100</sup>

A su vez, la profesora Rocío Lorca al iniciar su artículo “Punishing the poor and the limits of legality”, declara que

(...) la importancia de la legitimidad (authority) del castigo no es sólo una cuestión moral con respecto a los derechos del estado y los deberes del ciudadano, sino más bien la autoridad del castigo es necesaria para distinguirse de la violencia brutal.<sup>101</sup>

El capítulo en cuestión será un intento de reconstrucción de los principales lineamientos de una teoría expresivo-retribucionista de la justificación de la pena, para ser utilizada a lo largo del trabajo como marco teórico a efectos de realizar el análisis sobre la figura delictiva regulada en el artículo 494 bis del Código Penal. No obstante, antes de entrar de lleno a hablar sobre la retribución, se hará una breve presentación sobre las teorías de la prevención para poder afirmar con propiedad que se tiene preferencia por una teoría retribucionista, por considerar, que sólo mediante esta es posible advertir la existencia de una injusticia distributiva tras tipificación del hurto simple.

### III.1.1. Teorías absolutas v/s teorías relativas

Suele ser común en la dogmática penal, que cuando se trata el problema de la justificación de la pena se parta de la clasificación entre teorías absolutas y relativas, agrupando las primeras a la teoría de la retribución y de la expiación, y las segundas comprendiendo las distintas versiones sobre la teoría de la prevención.<sup>102</sup> La distinción puede ser reducida a dos ideas centrales respectivamente: *punitur, quia peccatum est*, esto es, se castiga porque se ha pecado, y *punitur, ne peccetur*, es decir, se castiga para que no se incurra de nuevo en pecado.<sup>103</sup> Por lo que, el criterio de distinción entre ambas categorías radica en que, en las teorías absolutas, la justificación de la punición no sería relativa a la obtención de finalidad alguna que esté más allá de la propia punición, mientras que en las relativas sí. En ese orden de ideas, varios autores, como lo hace el penalista chileno Juan Bustos, han designado como

---

<sup>100</sup> Günther Jakobs, *Derecho Penal, Parte General*, (Madrid: Marical Pons, 1997), 8 y 9.

<sup>101</sup> Rocío Lorca Ferrecio, “Punishing the poor and the limits of legality”, *Law, Culture and Humanities*, (2018): 3.

<sup>102</sup> El elemento diferenciador entre ambas versiones de las teorías absolutas es que para la teoría de la retribución la pena debe fundarse en un principio de merecimiento y para la teoría de la expiación, la pena se entiende como un mecanismo de “limpieza normativa”, es decir, la pena representaría la forma con la cual se limpia el pecado secular que es el delito. Esta última vertiente de las teorías absolutas de justificación de la pena no será considerada en el trabajo en cuestión por identificarse con la teología moral cristiana. Véase Juan Pablo Mañalich Riffo, “Retribucionismo expresivo. Acerca de la función comunicativa de la pena”, en *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, coords. Urs Kindhäuser y Juan Pablo Mañalich Riffo (San Antonio: B de F, 2011): p.11.

<sup>103</sup> Sergio Politoff L., Jean Pierre Matus A. y María Cecilia Ramírez G., *Lecciones de derecho penal chileno. Parte general*, (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004), 55. Günther Jakobs, *Derecho Penal, Parte General*, (Madrid: Marical Pons, 1997), 20.

característica distintiva de las teorías absolutas, entender la pena como un simple mal o retribución, no jugando ésta ningún rol, más allá de constituir un mal retributivo.<sup>104</sup> O como lo menciona Günther Jakobs en “Manual de Derecho Penal, Parte General”, lo absoluto de una teoría de la pena absoluta radicaría en que el contenido de la pena surge sin consideración a la contribución que puede tener la norma de sanción en la mantención del orden social.<sup>105</sup> Justamente aquello es lo que diferenciaría a las teorías absolutas de las teorías relativas, cuya justificación sería, a *contrario sensu*, relativa a la obtención de una finalidad ulterior, a saber: garantizar la seguridad de las expectativas en los contactos sociales, posibilitando la existencia de la propia sociedad.<sup>106</sup>

En ese sentido, y siguiendo a Sergio Politoff, Jean Pierre Matus y Ramírez, en las teorías relativas la pena se impondría para prevenir nuevos hechos delictivos, encontrando ahí su justificación.<sup>107</sup> Estas teorías se identifican con las teorías prevencionistas y al interior de éstas es posible encontrar dos subcategorías: la prevención general y la prevención especial. La primera subcategoría, se caracteriza por justificar la imposición de la pena en el efecto intimidatorio que generaría la aplicación de la sanción sobre los demás. Así, la aplicación de la sanción en un ciudadano impediría la comisión de delitos futuros en los otros por temor a sufrir iguales o peores consecuencias a las que sufren aquellos que cometen algún injusto. De tal forma, el castigo funcionaría como lección de lo que ocurre si es que se comete alguna acción prohibida. Mientras que, la segunda subcategoría, la prevención especial, justifica la aplicación del castigo en la obtención de un efecto persuasivo, educativo o de neutralización sobre el hechor mismo.<sup>108</sup>

De tal forma, las versiones de teorías prevencionistas se asocian con un principio prospectivo, que atiende a la evitación de la comisión de delitos futuros (prevención) y que, citando a Juan Pablo Mañalich, define como moralmente correctas a aquellas acciones cuyas consecuencias producen un incremento neto de utilidad: “*en cualquier versión de la prevención, la imposición de la pena se justifica en la medida en que –si y sólo si– el mal constituido por la imposición de la pena es sobrepasado por el bien de la prevención de la comisión de delitos futuros, ya sea sobre el individuo que ha delinquido o sobre la sociedad en su conjunto*”.<sup>109</sup> Con todo, la ineludible consecuencia que esto último acarrea, es que bajo el principio de utilidad se justifique la decisión de imponer una sanción a un sujeto no culpable,

---

<sup>104</sup> Juan Bustos, *Manual de Derecho Penal. Parte General, 4º ed.*, (Barcelona: PPU, 1994), 74.

<sup>105</sup> Günther Jakobs, *Derecho Penal, Parte General*, (Madrid: Marical Pons, 1997), 20.

<sup>106</sup> *Ibid.*

<sup>107</sup> Francisco Grisolia, Juan Bustos y Sergio Politoff Liftschitz, *Derecho Penal Chileno: Parte Especial. Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas*, (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1971), 55. Günther Jakobs, *Derecho Penal, Parte General*, (Madrid: Marical Pons, 1997), 59.

<sup>108</sup> *Ibid.*, 59 – 62.

<sup>109</sup> Juan Pablo Mañalich Riffo, “La pena como retribución”, *Estudios Públicos* 108, (primavera 2007): 127.



bajo la consideración de que el costo individual que paga el sujeto inocente, erróneamente castigado, es compensado por la obtención del mayor bienestar que genera el efecto intimidatorio. Juan Pablo Mañalich lo expresa de la siguiente manera: “*en principio, bajo la sola consideración del principio de utilidad, la imposición de la pena a un sujeto inocente puede considerarse una externalidad negativa de la decisión punitiva preventivamente justificada.*”<sup>110</sup>

En adelante se intentará introducir elementos distintivos de una teoría retribucionista para poder declarar con propiedad que se prefiere aquella teoría a una vertiente prevencionista de justificación del castigo. En particular, se introducirán elementos distintivos de la versión comunicativa de la retribución en los términos presentados por Juan Pablo Mañalich, principalmente en su texto “La pena como retribución”, en donde adhiere a la idea de que una teoría de justificación de la pena que efectivamente se haga cargo de la objeción sobre el castigo a un inocente debe ser una en la cual la culpabilidad desempeña una función bilateral, en el sentido de ser una condición necesaria y suficiente para la imposición de la pena, que construye sus cimientos sobre el reconocimiento de los ciudadanos como *alter egos*, es decir, como personas.<sup>111</sup>

### **III.2. Retribucionismo expresivo: función versus estructura**

Juan Pablo Mañalich comienza su teoría postulando que lo concerniente a la pena y su justificación puede mirarse como una cuestión de estructura o como una cuestión de función.<sup>112</sup> Aquella distinción la adopta del planteamiento de Michael Moore, quien postula que hay tres tipos de clases de cosas: clases naturales, clases nominales y clases funcionales.<sup>113</sup>

Así, las cosas de la primera clase se caracterizan por compartir, las instancias de esa clase, una naturaleza estructural que determinan lo que son. Las cosas de la segunda clase se caracterizan por tener en común, las instancias de esa clase, el nombre usado para hacer referencia a ellas, por lo que, es convencionalmente constituida. Por último, las cosas de la tercera clase se caracterizan por tener en común, las instancias de esa clase, una naturaleza compartida por el desempeño de una función.<sup>114</sup>

---

<sup>110</sup> Juan Pablo Mañalich Riffo, *Terror, pena y amnistía*, (Santiago: Flandes Indiano, 2010): 8.

<sup>111</sup> Mañalich, “La pena como retribución”, 130.

<sup>112</sup> *Ibid.*, 108.

<sup>113</sup> *Ibid.*, 125 y 126.

<sup>114</sup> *Ibid.*

De tal forma, continúa Mañalich, según Michel Moore, el derecho penal pudiese ser identificado con cualquiera de las tres clases dependiendo de la interpretación que se haga de él. Por ejemplo, pudiese identificarse como una clase nominal, ya que las “cosas” de la “clase” derecho tienen en común una nominación creada convencionalmente. A mayor abundamiento, para éste, la forma más generalizada de entender el derecho penal es como una clase (cuasi-) natural, es decir, como una clase definida por una cierta propiedad estructural, la cuál sería la disponibilidad de la imposición de una sanción como consecuencia a una acción no permitida.<sup>115</sup> Mas, Juan Pablo Mañalich, siguiendo a Michael Moore discrepan de esa forma generalizada de entender al derecho penal y postulan que el derecho penal es sobre todo y primeramente una clase funcional, es decir, una clase cuyas instancias de esa clase tienen en común una naturaleza común que comparte el desempeño de una función; luego, una vez determinada esa función, su desempeño permite establecer qué cuenta estructuralmente como parte de derecho penal.<sup>116</sup>

A continuación, y adoptada una visión funcional del derecho penal, el académico en cuestión introduce en su razonamiento la definición “estipulativa” de pena de Kindhäuser para poder determinar, mediante el análisis de aquella definición, cuál sería la función que desempeña el derecho penal. Así, para Kindhäuser por “pena” habría que entender “*la irrogación de un mal como expresión de desaprobación por un comportamiento previo defectuoso*”. Ahora bien, de la primera lectura de aquella definición, el profesor Mañalich concluye que el autor parece concebir al derecho penal como una clase nominal. Es decir, como una clase cuyos elementos tienen en común una denominación construida convencionalmente y caracterizada por el hecho de que si un elemento de la pena –una cosa de aquella clase– no satisfacen lo que aquella denominación designa, entonces no podría formar parte del derecho penal – no podría formar parte de aquella clase–. Esto porque de aquella definición se desprende que de la norma penal debe derivarse una consecuencia jurídica fijada en una norma de sanción y si no ocurre aquello, entonces no podría entenderse que hay una pena, independientemente de la función que se le pueda atribuir. Aquello, continúa el académico mencionado, constituiría un *definitional stop*: se parte de una definición de pena que necesariamente excluye una o más teorías por dejar fuera todos aquellos entendimientos de pena que no necesariamente se definen a partir de las consecuencias que se siguen de la institución de la pena, es decir, que no se definen estructuralmente.<sup>117</sup>

---

<sup>115</sup> Ibid, 127.

<sup>116</sup> Michel Moore, Justifying retributivism, *Israel Law Review* 27, (Winter – spring, 1993): 30.

<sup>117</sup> Mañalich “La pena como retribución”, 122 y Juan Pablo Mañalich Riffo, *Terror, pena y amnistía* (Santiago: Flandes Indiano, 2010), 55.

Por lo que, para evitar tal *definitional stop*, Juan Pablo Mañalich ofrece una lectura distinta de aquella definición, comenzando por descomponer la definición propuesta por Kindhäuser en tres elementos para analizar cada uno y poder determinar si se trata de una clase nominal o una clase funcional. Los elementos de la definición de Kindhäuser serían los siguientes: la pena sería (i) la irrogación coercitiva de un mal (ii) que expresa desaprobación (iii) por una conducta previa defectuosa. Así, para Mañalich, el primer elemento de la definición en cuestión es compatible con cualquier justificación de la pena, ya que, para cualquier teoría, la pena presenta la propiedad de significar la irrogación de un mal para quien sufre su imposición. Según éste, el acuerdo en aquel elemento se da por el hecho de que designa una propiedad estructural y no funcional. Sin embargo, afirma el académico, tanto respecto al segundo elemento como al tercero, surgirían los desencuentros, por contener aquellos elementos referencias a propiedades que restringen el abanico de funciones susceptibles de atribuirse a la pena.<sup>118</sup>

De esta manera, *expresar desaprobación por un comportamiento (previo) defectuoso* parece incompatible con una teoría de la pena puramente prevencionista por contener en ella elementos antagónicos con el fin de la prevención: expresar desaprobación por un comportamiento defectuoso exige anteriormente identificar al sujeto que es culpable de aquel comportamiento defectuoso y no persigue necesariamente generar un beneficio social. Es decir, el segundo y tercer elemento, de la definición estipulativa, son elementos que van de la mano con la exigencia de culpabilidad como una condición que es necesaria para imponer el castigo: antes de imponer la pena, es necesario estar seguros de que el sujeto autor del comportamiento prohibido fue culpable sin importar si la exigencia de culpabilidad genera consecuencias ulteriores favorables.<sup>119</sup> Y por culpable, siguiendo a Urs Kindhäuser, cabe entender un contenido de reproche, que reza de la siguiente manera: “*si el autor se hubiese formado el motivo para el seguimiento de la norma como dominante, entonces él habría podido evitar su comportamiento antijurídico*”, sumado a que no haya razones para que el autor no se haya formado el motivo dominante para el seguimiento de la norma.<sup>120</sup>

Esta última idea, sobre la exigencia de culpabilidad, también es posible de atribuírsela a Michael Moore, quien en su trabajo “Justifying Retributivism”, sostiene que en su entendimiento de la teoría retribucionista de justificación de la pena, el merecimiento es una condición no sólo necesaria, sino que también suficiente.<sup>121</sup> En otras palabras, para poder expresar desaprobación, se debe haber determinado

---

<sup>118</sup> Mañalich “La pena como retribución”, 122.

<sup>119</sup> Ibid.

<sup>120</sup> Urs Kindhäuser, “La fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad”, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, 2ª ed., coords. Urs Kindhäuser y Juan Pablo Mañalich Riffo, (Buenos Aires: B de F, 2011): 77 y 78.

<sup>121</sup> Michel Moore, Justifying retributivism, *Israel Law Review* 27, (Winter – spring, 1993): 16.

que alguien es merecedor de aquella desaprobación y esto último se logra únicamente con el principio de culpabilidad. Una teoría que se sustente en principios prevencionista, incluso mixta, no entiende ni puede entender la exigencia de culpabilidad como una condición necesaria y suficiente, ya que el principio de culpabilidad podría entorpecer la utilidad neta que se sigue de la irrogación del castigo.<sup>122</sup> Es por eso, que el derecho penal se correspondería mejor con una clase funcional, ya que las cosas que pertenecen a la clase derecho penal tienen en común tender a la función de expresar desaprobación a partir de un criterio de culpabilidad.

### III.2.1. La pena como acto estatal expresivo

Posteriormente a haber arribado a aquella conclusión, el citado penalista, vuelve sobre el elemento de la definición estipulativa de pena de *expresar desaprobación* y considera que la clarificación de aquel elemento resulta crucial para la defensa de una teoría retribucionista expresiva. De tal modo, continúa el profesor Mañalich, es Joel Feinberg, quien en el contexto de la filosofía penal angloamericana ha sostenido aquella tesis, afirmando que considerar, como lo han hecho las definiciones tradicionales del castigo, que el énfasis de la pena está en la irrogación de un mal, vuelve imposible diferenciar la pena de otras instancias de irrogación de un mal. Por lo que, más bien, es otro el elemento idóneo de diferenciación: la dimensión expresiva de la pena.<sup>123</sup>

En consecuencia, para Feinberg, es la referencia a una propiedad funcional, y no así a una estructural, aquello que permite diferenciar la pena de un hecho meramente bruto. Lo distintivo de las sanciones punitivas es una determinada propiedad funcional, que se identifica con una dimensión expresiva. Juan Pablo Mañalich, siguiendo a Feinberg, agrega entonces que, en virtud de la identificación del elemento funcional como elemento diferenciador de la pena, la pena sería un dispositivo convencional cuya función sería expresar resentimiento e indignación, así como juicios de reprobación. Y esto último, significaría una subordinación de la estructura de la pena a su función: la pena es pena no por ser la irrogación de un mal, sino que por expresar un juicio de reprobación<sup>124</sup>.

Por su lado, Gustavo Beade, quien también adscribe a una teoría comunicativa de la pena, plantea en su trabajo *“Las razones del castigo retributivo. Comunicación y castigo”*, que ser víctima de un delito, genera en el ser humano ciertas emociones reactivas, tales como resentimiento e indignación,

---

<sup>122</sup> Mañalich, “La pena como retribución”, 133 y 134.

<sup>123</sup> Mañalich, “La pena como retribución”, 135.

<sup>124</sup> Ibid.

que, de algún modo, y siguiendo éste a Peter Strawson, explican la existencia de la inculpación a otros. Para el penalista argentino, culpar a otros, así como también reconocer y premiar a quienes llevan a cabo conductas destacadas, caracteriza la manera en que se organizan las comunidades.<sup>125</sup>

La idea de que la pena es principalmente un acto expresivo es posible de atribuir y reconducir a W.G. Hegel, quien arranca su visión de la pena afirmando que ésta necesita experimentar un giro semántico, justamente debiendo entenderse más bien como un acto estatal expresivo, es decir, como una declaración que se emite como respuesta a otra declaración previa, a saber: el hecho punible.<sup>126</sup> Para Hegel, existiría una relación de equivalencia entre el hecho punible y su respectiva sanción, relación de equivalencia que se caracterizaría por darse en un nivel en que se reconoce a ambos hechos como acciones portadoras de significado, o, en otras palabras, como declaraciones objetivadas de voluntad.<sup>127</sup> De tal forma, para el filósofo alemán el hecho punible podría ser entendido como la expresión de la falta de reconocimiento de la norma respectiva como razón vinculante para el propio comportamiento, o, dicho de otra forma, lo que el autor del respectivo hecho punible está haciendo a través de la perpetración del delito es declarar que éste no reconoce la norma como una premisa vinculante para su deliberación. Frente a esa primera declaración de no reconocimiento del derecho o negación del derecho, la pena viene a expresar como respuesta a esa declaración, a su vez, en forma de declaración, desaprobación por el comportamiento constitutivo del hecho punible.<sup>128</sup>

Como consiguiente, Hegel caracteriza el hecho punible como primera coacción, ya que, en cuanto declaración de voluntad, lo que está expresando el autor del hecho punible es que “el derecho no es”, es decir, que el derecho no exhibe fuerza vinculante, intentando doblegar la voluntad general mediante su voluntad particular, constituyendo aquello una coacción. Esta última idea es posible de encontrar en la frase del parágrafo 93 de su célebre libro *Filosofía del Derecho* y en el parágrafo 95, a saber (Hegel 1968, 104 y 105):

La violación de un contrato con la fallida prestación de lo estipulado o de las obligaciones jurídicas acerca de la familia, el Estado, por acción u omisión, es una primera violencia. La primera violencia como poder ejercitado por el ser libre y que viola la existencia de la libertad en su significado concreto, el Derecho en

---

<sup>125</sup> Gustavo Beade, “Las razones del castigo retributivo. Retribución y comunicación, en *Inculpación y castigo: ensayos sobre la filosofía del Derecho Penal* (Palermo: UP, 2017), 20.

<sup>126</sup> Antonio Bascañán Rodríguez, “Derecho y pena en la filosofía del derecho de Hegel”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* 15, ed. Agustín Squella, (Valparaíso: Edeval, 1997): 297.

<sup>127</sup> *Ibid.* pp. 295 y 296.

<sup>128</sup> *Ibid.*

cuanto Derecho, constituye Delito; el juicio negativamente infinito en su pleno significado, por lo cual se niega (...) lo universal.<sup>129</sup>

A continuación, para el filósofo alemán, aquella primera coacción debiese ser anulable para que la validez del derecho permanezca intacta: se debe anular aquello que pretende anular el derecho. Por lo que, para Hegel la auténtica realización de la pretensión de validez del derecho no es concebible si el derecho no se muestra capaz de refutar aquello que pretende ponerlo en cuestión; la auténtica realización de la validez del derecho depende de la existencia del crimen. En el párrafo 97 de la Filosofía del Derecho aquella idea queda plasmada, al afirmar el autor, que (Hegel 1968, 106 y 107):

La vulneración del Derecho como tal es, ciertamente una existencia positiva, exterior, que es en sí nula. La manifestación de su nulidad es el anulamiento de la existencia de aquella vulneración; es la realidad del Derecho como su necesidad que se concilia consigo misma mediante la negación de su vulneración.<sup>130</sup>

De ese modo, el derecho, mediante la pena como acto expresivo, pone en evidencia la invalidez del delito como movimiento nulo de la voluntad y autoafirma su validez como la realización de la voluntad universal. La lesión al delincuente es la pena como segunda coacción.<sup>131</sup> Y la legitimidad de la pena entonces radica en que la auténtica realización del derecho requiere para su satisfacción una reacción necesariamente justa, la cual sólo se alcanzará con la superación de la oposición entre la voluntad singular del delincuente y la voluntad universal del derecho.<sup>132</sup>

### **III.2.2. El principio de merecimiento: reconocimiento del malhechor como agente racional**

Hasta aquí, se ha dicho que la cuestión sobre la pena y su justificación es un problema de clase funcional y que, por lo tanto, –la función de la pena– estaría determinada por su dimensión expresiva de desaprobación. Sin embargo, aquello aún no permite afirmar con propiedad, que se debe asumir una posición retribucionista de la pena.<sup>133</sup>

Por lo que, aún falta introducir elementos que distingan una teoría retribucionista expresiva de ciertas versiones pluralistas de la justificación de la pena. Siguiendo con aquel cometido, Juan Pablo Mañalich estima que lo definitorio de una teoría retribucionista expresiva sería concebir el hecho punible

---

<sup>129</sup> G.W.F. Hegel, *La filosofía del Derecho*, (Buenos Aires: Editorial Clarisas S.A., 1821), párrafo 200.

<sup>130</sup> *Ibid.*, 106, párrafo 98.

<sup>131</sup> *Ibid.*

<sup>132</sup> Bascañán R., “Derecho y pena en la filosofía del derecho de Hegel”, 293.

<sup>133</sup> Günther Jakobs, “La Punición Estatal”, en *Derecho Penal. Parte General*, (Madrid: Marcial Pons, 1997), 9, Parágrafo 3.

–como instancia de quebrantamiento de una norma de comportamiento– como un hecho que estaría expresando una falta de reconocimiento del carácter vinculante que la norma quebrantada debiese exhibir.<sup>134</sup> Es decir, para el académico en cuestión, el autor de un hecho punible estaría tomando posición en contra de que la norma en cuestión sea una razón vinculante para su acción. De manera que, la función de la pena sería expresar desaprobación por el desconocimiento por parte del malhechor de la norma de comportamiento, que asegura para toda la coordinación social.<sup>135</sup>

Por lo que, bajo aquel entendido, frente a la expresión de desconocimiento de la norma de comportamiento que representa el hecho punible y siguiendo los planteamientos de Hegel, para Juan Pablo Mañalich la pena retributiva expresiva sería la materialización de un reproche que expresa la desaprobación por el hecho punible, que a su vez expresaría que el autor del delito se estaría aprovechando injustamente de las ventajas de coordinación social aseguradas por las normas, o en otras palabras, que las normas que permiten la coordinación social no valen para él.<sup>136</sup> Y que, por lo tanto, el hecho de que el autor del hecho punible mediante su conducta se aproveche injusta y unilateralmente del seguimiento de las normas por parte de los otros ciudadanos, justificaría un reproche de culpabilidad.

Así, a partir de tal conclusión, Juan Pablo Mañalich, siguiendo a Michael Moore, postula que el principio de retribución se apoyaría en un principio más general: el de merecimiento, que aparecería como una condición necesaria y suficiente para legitimar la imposición de la pena.<sup>137</sup> Y que sea condición suficiente habría de entenderse en el sentido de que, entre las condiciones que pueden ser vistas como posibles razones para la punición, el principio general de merecimiento sería suficiente para justificarla; lo que no implicaría que no haya otras clases de razones posibles para la punición.<sup>138</sup>

Ahora bien, frente al principio de merecimiento como principio habilitador de la pena, se ha levantado una objeción o crítica, referida a que detrás de la idea de retribución –como reproche por merecimiento– más bien habría un deseo de venganza que se querría satisfacer con la imposición de la pena.<sup>139</sup> Por lo que, según dicha objeción, las teorías retribucionista se cimentarían sobre bases emocionales.

---

<sup>134</sup> Mañalich “La pena como retribución”, 140.

<sup>135</sup> Ibid.

<sup>136</sup> Ibid.

<sup>137</sup> Michael Moore menciona esta idea en “Justifying Retributivism”: “*The retributive principle – that offenders should be punished because and only because they have culpably done wrong – is an instance of this more general principle of desert.*”, 33.

<sup>138</sup> Mañalich, “La pena como retribución”, 152.

<sup>139</sup> Ibid.

Con todo, la respuesta a dicha objeción permite fortalecer la legitimidad de la versión expresiva de la corriente retribucionista de justificación de la pena. De tal forma, dicha objeción es sorteada introduciendo la clasificación de Strawson entre acciones reactivas y acciones objetivantes. Para éste, adoptar una actitud objetivante hacia otra persona sería verle como un objeto de táctica social. Mientras que adoptar una actitud reactiva hacia otra persona sería incluir la gama de actitudes y sentimientos que son propios del compromiso y la participación en relaciones humanas interpersonales con otros.<sup>140</sup> Así, el reproche como actitud reactiva sería una clase de respuesta emocional a algo que otro hace, una respuesta de indignación; lo que sería congruente con el reconocimiento de ese alguien como un sujeto que forma parte en la comunicación entre personas, es decir, como un agente moral.<sup>141</sup> La indignación sólo se percibe si se ve en el otro a alguien importante, cuyas acciones causan impacto, por lo que, lo que ese alguien haga o deje de hacer, no es indiferente.

En ese mismo sentido, para Michael Moore, reprochar a alguien sería incompatible con una actitud objetivante, que supone ver a alguien como una táctica para lograr una finalidad ulterior; para éste, la acción de reprochar necesariamente involucraría expresar una emoción que sólo puede expresarse respecto a alguien a quien se le reconoce agencia.<sup>142</sup>

En consecuencia, para los autores mencionados, el principio de merecimiento se erigiría como un principio de respeto hacia otros, según el cual, las personas han de ser tratadas por su capacidad de reconocer y llevar a cabo elecciones morales libres como lo son no reconocer una norma de comportamiento como una razón vinculante para la acción y merecer, por lo tanto, reproche.<sup>143</sup> Y la diferencia entre venganza e indignación radicaría en que la indignación se apoya en razones moralmente pertinentes, ya que sería la expresión de una voluntad que quiere lo general, que trasciende lo particular; mientras que, la venganza pretendería alcanzar una satisfacción particular.<sup>144</sup>

En suma, el principio de retribución sería congruente con el reconocimiento *del otro* como un agente moral.<sup>145</sup> Immanuel Kant es uno de los principales fundadores de aquella idea expresada a través

---

<sup>140</sup> Peter Frederick Strawson, *Libertad y resentimiento. Y otros ensayos*, (Barcelona: Ediciones Paidós, 1962): 46 y 47. (Strawson, 1962, pág. 46 y 47).

<sup>141</sup> Michael Moore retrata aquella idea con el siguiente ejemplo: *Just as a belief that Jones is a thief is a belief about Jones, so an emotion of anger at Jones is an emotion about Jones.* “Justifying retributivism”, 35.

<sup>142</sup> Moore, “Justifying retributivism”, 35 y ss.

<sup>143</sup> Ibid.

<sup>144</sup> Mañalich, “La pena como retribución”, 154.

<sup>145</sup> Ibid. pág. 155.



de la conocida “objección kantiana”, objeción esgrimida en contra de las teorías prevencionistas, por considerar que éstas convertían al condenado en un instrumento para fines ulteriores, utilizándolo como medio y sustrayéndolo con ello del reino de los fines. Para el filósofo alemán, la justicia exige que un ser humano sea castigado sólo en la medida en que se lo merezca, de ahí que para éste el principio de merecimiento se presentara como un criterio categórico de legitimación de la pena, que dependía de la culpa por el hecho cometido. De tal forma, para Immanuel Kant, la culpa amerita y es condición suficiente para la imposición del castigo. A continuación, se introduce el célebre pasaje, que retrata lo dicho:

*La pena judicial (poena forensis), distinta de la natural (poena naturalis), por la que el vicio se castiga a sí mismo y que el legislador no tiene en cuenta en absoluto, no puede nunca servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele sólo porque ha delinquido, porque el hombre nunca puede ser manejado como medio para los propósitos de otro ni confundido entre los objetos del derecho real. (...) Antes de que se piense en sacar de esta pena algún provecho para él mismo o para sus conciudadanos tiene que haber sido juzgado digno de castigo. La ley penal es un imperativo categórico.*<sup>146</sup>

Unida a la última idea, Immanuel Kant continúa su planteamiento, intentando justificar la idea de que la culpa por un hecho habilita el merecimiento de castigo mediante la reciprocidad. Así, para Kant, si la ley ha de permanecer justa, es importante garantizar que aquellos que la desobedezcan no saquen ventajas de aquellos que la obedecen voluntariamente.<sup>147</sup> Por lo que, para éste, el sentido del castigo criminal se encontraría en la restauración de un equilibrio adecuado entre beneficio y obediencia. Y aquello sólo cobra sentido bajo la idea de que esas mismas reglas que ha violado el infractor operan para su propia ventaja como ciudadano si y sólo si son obedecidas por los individuos del cuerpo social y si y sólo si él las hubiese escogido en la posición original de elección de su actuar.<sup>148</sup> Para ello, según éste, el contrato social deja de interpretarse como un hecho y debe entenderse como una idea originada en la razón, que tiene una indudable realidad práctica: obliga a cada legislador a dictar leyes tales como si hubiesen sido originadas por la voluntad general y a considerar a cada sujeto como si hubiese consentido a tal expresión de la voluntad general.<sup>149</sup> En consecuencia, las únicas instituciones coercitivas que resultan moralmente justificadas son las que un grupo de seres racionales habrían acordado en la posición de tener que elegir las instituciones sociales que gobiernen sus relaciones y, por consiguiente, la coerción sólo estará justificada en la medida en que sea un vehículo para prevenir invasiones a la

---

<sup>146</sup> Immanuel Kant, *La Metafísica de las Costumbres*, (Madrid: Editorial Tecnos, 1785): 166.

<sup>147</sup> Mañalich, “La pena como retribución”, 165.

<sup>148</sup> Mañalich, “La pena como retribución”, 189

<sup>149</sup> Véase Jeffrie G. Murphy, “Marxism and Retribution”, *Philosophy & Public Affairs* 2 (Spring, 1973).

libertad de otros individuos.<sup>150</sup> De ahí que para Immanuel Kant el criminal haya consentido su propio castigo.

La idea de que el principio de la retribución reconoce al sujeto como un agente moral y racional que merece el castigo también se puede encontrar en los planteamientos ya presentados de Hegel, para quien la pena retributiva produce un restablecimiento del derecho. Según el filósofo alemán, la pena retribuye el mal causado para encontrar ahí su validez, constituyendo aquello el principio objetivo de la justificación de la pena: objetivamente el derecho tiene que restablecerse a sí mismo. No obstante, su justificación no se agota en el principio objetivo. Utilizando la formulación kantiana de los imperativos categóricos, Hegel combina el principio de justificación objetivo con uno subjetivo. Para éste, en el accionar humano siempre es reconocible una pretensión de corrección, el criminal no puede sino esperar que él mismo sea sometido a un trato equivalente al trato que él ha mostrado estar dispuesto a dar a otro. Por eso, la lección que se impone al criminal no es justa en sí, sino que es una lesión a la cual el propio criminal tiene derecho.<sup>151</sup> La pena reconoce la agencia racional del criminal porque lo trata bajo una ley que el propio criminal pone sobre sí mismo.<sup>152</sup>

Hasta aquí, se ha dicho que el derecho penal retributivo tiene como presupuesto que el individuo infractor es un agente racional y autónomo, que merece el castigo por un comportamiento incorrecto y culpable. Y para determinar cuándo un comportamiento es incorrecto, debe existir una norma social legítima que prohíba ese comportamiento.

### **III.2.3. La legitimidad de las normas de comportamiento como exigencia de legitimidad de las normas de sanción**

La idea de que la legitimidad de la norma de sanción es dependiente de la legitimidad de la norma de comportamiento es, según Juan Pablo Mañalich, una de las implicancias más significativas de una teoría retribucionista.<sup>153</sup> No se debe olvidar la distinción analítica introducida al inicio del trabajo entre normas de comportamiento y normas de sanción y la relación entre ellas: es el quebrantamiento culpable a la norma de comportamiento lo que habilita la procedencia de la norma de sanción. Por lo que, si la norma de comportamiento no es una norma legítima, entonces su quebrantamiento no puede justificar reproche

---

<sup>150</sup> Ibid.

<sup>151</sup> Hegel, *La filosofía del Derecho*, parágrafo 200.,

<sup>152</sup> Véase Bascuñán R., “Derecho y pena en la filosofía del derecho de Hegel”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* 15, ed. Agustín Squella, (Valparaíso: Edeval, 1997).

<sup>153</sup> Mañalich, “La pena como retribución”, 141. Juan Pablo Mañalich Riffo, *Terror, pena y amnistía*, 75.

alguno ni conllevar una punición legítima alguna, ya que el juicio de merecimiento de pena no puede estar disociado de aquellos estándares que definen cuándo un comportamiento es justo o injusto.<sup>154</sup>

Que una norma de comportamiento sea legítima implica que prohíba formas de conductas que son incorrectas. En consecuencia, se debe encontrar una razón – legítima – por la cual ciertas conductas estarían prohibidas. Y, en principio, según Juan Pablo Mañalich, la única razón por la cual una norma que prohíbe o obliga a actuar, puede ser considerada justa, es que su seguimiento acarree ventajas para cada uno de los destinatarios de la comunidad en la cual se estatuye. Es decir, el criterio de legitimidad de una norma podría resumirse en la siguiente idea: una norma es justa en tanto su observancia es ventajosa para todos.<sup>155</sup>

Aquello, según Mañalich y siguiendo éste a Kindhäuser, tiene como necesaria implicancia un criterio de estricta universalización, según el cual, cuando un sujeto no reconoce como vinculante una norma de comportamiento, que es beneficioso para todos, se aprovecha de la confianza que le es depositada antes como persona moral perteneciente a una comunidad.<sup>156</sup> Por lo que, aquel comportamiento estaría expresando una falta de sentido de la justicia, erigiéndose la pena como el reproche de culpabilidad por *ese* comportamiento, o, en otras palabras, erigiéndose como un reproche por un abuso unilateral de confianza cuya reciprocidad es “*necesaria para la estabilidad de las normas de comportamiento y cuyo seguimiento posibilita que iguales espacios de libertad puedan coexistir*”.<sup>157</sup>

#### **III.2.4. Criterio de legitimidad de la norma de comportamiento: autonomía comunicativa**

A mayor abundamiento, una norma se entenderá como legítima sólo si puede ser concebida como una norma *del sujeto* a quien se reprocha su quebrantamiento. Es decir, la legitimidad de las normas jurídicas de comportamiento depende de que el sujeto que deba seguirla, pueda entenderla como *suya*, aun cuando de hecho éstas no las acepten.<sup>158</sup> Y, siguiendo al profesor Mañalich, aquella vinculación entre norma y

---

<sup>154</sup> Aquella idea también es posible de atribuírsele a Michael Moore en la respuesta a las críticas que le hace Dolinko a su visión retribucionista. Michel Moore, *Justifying retributivism*, *Israel Law Review* 27, (Winter – spring, 1993): 28 y ss. Mañalich, “La pena como retribución”, 142.

<sup>155</sup> *Ibid.*

<sup>156</sup> *Ibid.*

<sup>157</sup> Urs Kindhäuser, “La fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad”, en *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, 2ª ed., coords. Urs Kindhäuser y Juan Pablo Mañalich Riffo, (Buenos Aires: B de F, 2011): 96 y 97.

<sup>158</sup> Antony Duff, *Sobre el castigo*, (Buenos Aires: Siglo XXI, 2015), 147.

sujeto sólo se puede alcanzar si se les atribuye a los sujetos *autonomía comunicativa*, concepto que sustrae de la teoría de la acción comunicativa de Jürgen Habermas.<sup>159</sup>

De la misma forma, Urs Kindhäuser, en un intento por definir la culpabilidad material, considera que la integración social se funda en un entendimiento comunicativo discursivo, que depende de la autonomía comunicativa. Así, el autor entiende por autonomía comunicativa “*la capacidad y autorización recíprocamente atribuidas para tomar posición frente a pretensiones de validez como un participante libre e igual en la comunicación orientada al entendimiento.*”<sup>160</sup> En otras palabras, la autonomía comunicativa designaría la coexistencia entre una dimensión de autonomía pública y una dimensión de autonomía privada, que permite que el sujeto se constituya en co - autor de la norma, pero también en destinatario de ésta. Por lo que, cada participante de un grupo social desempeñaría un doble papel: por un lado, es autor de la norma y, por otro, se constituye, al mismo tiempo, en destinatario de ésta, la cual le asigna un espacio de “juego para la acción”.<sup>161</sup> Así, gracias a que se le reconoce capacidad para tomar posicionamiento crítico y participar en el procedimiento democrático de establecimiento de normas, por ejemplo, mediante la elección de representantes políticos llamados a redactar leyes, es que es posible reconducir éstas a la autonomía privada del ciudadano. Como lo menciona Fernando Atria en el libro “El Otro Modelo”,

Quando el ciudadano vota, asume su responsabilidad de contribuir, junto con sus demás conciudadanos, a formar una voluntad que contará como la voluntad de todos. Cuando me presento ante otros en tanto ciudadanos, entonces me manifiesto como una persona que tiene responsabilidades (como en el voto) y por la que todos tienen responsabilidades.<sup>162</sup>

Y también como lo menciona en el siguiente pasaje:

Por consiguiente, mi derecho a votar no es un derecho que va en mi solo beneficio, sino que nos favorece a todos que todos podamos votar, y que todos votemos. Y, por consiguiente, el que no vota es un *free – rider*, o sea un aprovechador que quiere recibir los beneficios de una práctica sin estar dispuesta a hacer su contribución para mantenerla.<sup>163</sup>

---

<sup>159</sup> Mañalich, “La pena como retribución”, 168 y ss.

<sup>160</sup> Kindhäuser, “La fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad”, 96 y 97.

<sup>161</sup> Ibid.

<sup>162</sup> Fernando Atria, Guillermo Larrain, José Miguel Benavente, Javier Couso y Alfredo Joignant, *El otro modelo. Del orden neoliberal al régimen de lo público*, (Santiago: Editorial Debate, 2019), 35.

<sup>163</sup> Atria, Larrain, Benavente, Couso y Joignant, *El otro modelo*, 49. Mañalich, “La pena como retribución”, 153 y 155.

Así, detrás de la idea de autonomía comunicativa está el reconocimiento de los ciudadanos como personas deliberativas; siendo fundamental en una teoría retribucionista advertir la relación entre la atribución de una persona como persona deliberativa y la obligación de seguir la norma. A mayor abundamiento, la producción democrática de la norma, a través de un sistema de representación, le confiere universalidad en el siguiente sentido: al ser una norma respecto a la cual, en teoría, todos los ciudadanos tuvieron la oportunidad de participar, directa o indirectamente, en su creación, es que se erige como una norma de todos y de cada uno de los que forman parte de esa comunidad política incluso rige respecto de un sujeto que de facto no hace uso de su capacidad de autonomía pública para tomar parte en discursos públicos, siempre y cuando sea dentro de un Estado democrático.<sup>164</sup> De tal modo, la universalidad se sigue del hecho de que una sociedad democrática pone a disposición mecanismos institucionales que hacen posible la participación de todos, permitiendo la creación de normas válidas que vinculan a todos aquellos que pudieron tomar parte en ese procedimiento público, aun cuando de hecho no hayan querido hacerlo.

Para esto último, el derecho penal debe presentarse como un derecho que los ciudadanos o miembros de una comunidad política se imponen a ellos mismos, los unos con los otros, como miembros en pie de igualdad del sistema político.<sup>165</sup> Es decir, y siguiendo a Antony Duff, la ciudadanía aparece como una cuestión de inclusión: los ciudadanos son miembros plenos de la comunidad política pudiendo acceder a todos los aspectos de la vida cívica, como lo son la participación política en la gobernanza del sistema, acceso a los recursos, beneficios y oportunidades provistas por la comunidad.<sup>166</sup>

En consecuencia, para que un sujeto esté obligado a seguir una norma jurídica, esa norma ha de poder ser vista como suya en particular, lo que a su vez exige, siguiendo a Antony Duff, como precondition para entender configurada la responsabilidad penal, que pertenezca a la comunidad política. Para Duff, esto no quiere decir que el acusado deba aceptar el derecho bajo el cual se lo juzga, más bien quiere decir, *que el derecho debe ser accesible para el acusado, en cuanto encarnación de valores y exigencias que él podría aceptar.*<sup>167</sup> A partir de la idea base de que un juicio penal es un juicio por medio del cual se determina formalmente la responsabilidad penal, es que Antony Duff llega a la conclusión de que deben existir precondiciones de la responsabilidad penal, es decir, condiciones que deben satisfacerse para que el juicio sea siquiera posible o legítimo. No son condiciones que tengan relación con la determinación de responsabilidad o criterios de imputación para determinar la condena

---

<sup>164</sup> Mañalich, “La pena como retribución”, 153 y 155

<sup>165</sup> Antony Duff, *Sobre el castigo*, (Buenos Aires: Siglo XXI, 2015): 30.

<sup>166</sup> *Ibid.*, 36.

<sup>167</sup> Mañalich, “La pena como retribución”, 148.

o absolución, sino, condiciones sin las cuales éste no podría siquiera ser juzgado. De tal forma, siguiendo a Duff, las precondiciones de la responsabilidad penal son condiciones de la legitimidad del juicio penal.<sup>168</sup> Así, el penalista escocés, considera que ser responsable es estar obligado a responder ante alguien o algo. Ahora bien, se está obligado a responder ante alguna persona o cuerpo institucional siempre y cuando aquellos tenga el derecho o la legitimidad para pedirle cuentas al sujeto en cuestión y aquello ocurriría, en el caso del derecho penal, solamente cuando el llamado a responder sea un llamado realizado por sus conciudadanos por una presunta violación de las leyes de estos, que también son las suyas propias.<sup>169</sup>

Por lo que, en suma, el principio de culpabilidad presupone la participación de los ciudadanos en los discursos políticos en cuyo marco se definen las normas que imponen exigencias de conducta. El ejercicio de la potestad punitiva del Estado exige que las normas cuyo quebrantamiento pueda ser objeto de reproche penal sean normas legítimas, es decir, aceptables para todos y vistas como normas de cada ciudadano, que acarreen beneficios o ventajas para cada uno de los conciudadanos obligados por éstas.<sup>170</sup>

En este capítulo se ha intentado presentar las principales teorías de justificación de la pena para poder tomar postura por una de ellas. En particular, se ha tomado postura por una teoría retribucionista expresiva de la pena, que se caracteriza, a grandes rasgos, por hacer depender la justificación de la pena de un reproche de culpabilidad merecido por un comportamiento que pone de manifiesto una falta de reconocimiento de una norma como una razón eficaz para la acción. Aquella norma, que ha sido desconocida, es a su vez una norma que debe ser ventajosa para todos los conciudadanos. Y el reproche, a su vez, depende de que el sujeto vinculado por la norma haya podido participar, como ciudadano, en el procedimiento de creación de la norma. En el fondo de aquello, se encuentra la idea del reproche como expresión de disconformidad o indignación por un aprovechamiento unilateral por parte del infractor de las ventajas que conlleva el seguimiento de las normas de comportamiento por parte de los demás miembros de la comunidad.

De tal modo, aquella teoría podría caracterizarse como una que hace suya los siguientes supuestos: exige que las normas, cuyo quebrantamiento pueda ser objeto de reproche penal, sean normas legítimas. Es decir, hace depender la legitimidad del reproche de la legitimidad de la norma de comportamiento. A su vez, plantea que la legitimidad de las normas de comportamiento depende de que

---

<sup>168</sup> Ibid. pág. 138 y 139.

<sup>169</sup> Ibid. pág. 144.

<sup>170</sup> Ibid.

éstas sean aceptables y beneficiosas para todos, en tanto permitan la coexistencia de iguales espacios de libertad. Y postula que sólo serán aceptables y beneficiosas para todos en cuanto sean creadas en un contexto social en que cada miembro de la comunidad pudo acceder a tener autonomía comunicativa, es decir, pueda hacer coexistir su autonomía pública con su autonomía privada y participar en el proceso democrático de creación de aquellas normas y, como consiguiente, las entienda como *suyas*. Por lo tanto, es una teoría que reconoce al infractor como un agente moral y en su acción, la expresión de desconocimiento de la norma en cuestión.

## CAPÍTULO IV: El principio de proporcionalidad

Hasta aquí, se ha estudiado el bien jurídico protegido tras la tipificación del hurto y se ha introducido la teoría de la justificación de la pena retribucionista expresiva como marcos teóricos para poder realizar, en el último capítulo, el análisis referido a la norma de comportamiento del hurto falta. A continuación, se presentará el principio de proporcionalidad como marco teórico para poder realizar, también en el capítulo final, posterior al análisis de la norma de comportamiento, el análisis de la norma de sanción del hurto falta.

### IV.1. El principio de proporcionalidad como supuesto de la retribución

De tal forma y recapitulando, según la teoría retribucionista expresiva de justificación de la pena, la pena sólo sería justa si se impone en atención al merecimiento por parte de una persona, que se reconoce como un sujeto racional y autónomo constituido en dignidad. De ahí que serían injustas aquellas penas que degradan al sujeto castigado de su condición de sujeto. Por lo que, según aquel postulado, la pena sólo sería justa en tanto ella es proporcionalmente adecuada al reproche merecido.<sup>171</sup> Así, la retribución, al reconocer al infractor como un agente moral constituido en dignidad limita el *quantum* de la reacción penal por el principio de humanidad, que se expresa en el principio de proporcionalidad de la pena.<sup>172</sup> En consecuencia, según una teoría retribucionista como la aquí defendida, no se podría imponer penas denigratorias, sino que sólo penas proporcionales a la desaprobación por la falta de reconocimiento de la norma como razón vinculante para la acción.<sup>173</sup>

Dicho aquello, en el presente capítulo se pretenderá avanzar de la revisión de la interrogante de *por qué castigar* –respondida en el capítulo precedente con la asunción de una visión retribucionista comunicativa de la fundamentación de la pena– a la revisión de la interrogante de *cuánto castigar*. Esto último se realizará mediante el estudio del alcance del principio de proporcionalidad y de la revisión de la propuesta formulada por Andrew von Hirsch junto a Nils Jorenberg.<sup>174</sup>

No obstante, antes de entrar de lleno a estudiar el principio en cuestión, se hará una advertencia preliminar: bajo la óptica de una teoría de la prevención, la proporcionalidad del castigo es determinada en virtud de la resolución de una ecuación de costos y beneficios. Así, la pena sólo será proporcional allí

---

<sup>171</sup> Mañalich, “La pena como retribución”, 180.

<sup>172</sup> *Ibid.*, 168.

<sup>173</sup> *Ibid.*

<sup>174</sup> Véase Andrew von Hirsch, *Censurar y Castigar*, trad. de Elena Larrauri (Madrid: Trotta, 1998).



donde el costo de irrogar un mal a un ciudadano infractor es compensado con el beneficio preventivo que acarrea.<sup>175</sup> Mientras que, bajo la óptica de una teoría retribucionista de la pena o una teoría de la censura, como la defendida por Andrew von Hirsch, una pena sólo será proporcional allí donde se vea satisfecha la exigencia de equivalencia entre la severidad de la sanción y la gravedad del hecho.<sup>176</sup> Ese decir, la decisión de adoptar una u otra vertiente también tiene consecuencias para determinar la extensión de la severidad de la pena: ya sea el principio de proporcionalidad requiere que la severidad se determine en referencia a la capacidad que tenga la pena de disminuir la comisión de delitos en la ciudadanía gracias a su presunto efecto disuasivo, ya sea el principio de proporcionalidad requiere que la severidad de las penas se determine con referencia a la gravedad de los delitos teniendo a la vista una exigencia de merecimiento.

De tal forma, la principal desventaja que acarrea asumir una visión prospectiva prevencionista de la proporcionalidad son los múltiples problemas de cálculo y comparación de los males que entran en consideración, ya que, difícilmente se puede calcular la capacidad que tiene la irrogación de un castigo para disuadir futuras comisiones de delitos. A su vez, aquel esquema puede llevar a justificar intervenciones drásticas contra la minoría, si los beneficios sociales son suficientemente grandes. Así lo cree Andrew von Hirsch, al declarar que “*castigos draconianos devienen en permisibles, siempre y cuando sean optimizadores*”.<sup>177</sup> Mientras que, por su lado, la asunción de una proporcionalidad retrospectiva trae aparejada la ventaja de satisfacer una intuición de justicia: quien realiza un comportamiento demeritorio, debiese recibir un trato reprobatorio que expresase cuán demeritorio es su castigo.

#### **IV.2. El principio de proporcionalidad como un principio limitador del *ius puniendi***

Para varios dogmáticos del derecho penal, el principio de proporcionalidad forma parte de los principios limitadores del *ius puniendi* que conforman el ordenamiento jurídico en un Estado democrático de Derecho. De esta manera, Mir Puig postula que el principio de proporcionalidad, junto al principio de culpabilidad, al principio de humanidad de las penas y al principio de resocialización, es uno de los principios que limitan el aparato punitivo del Estado y lo define como aquel que proscribe que respecto a la punibilidad, no sólo debe satisfacerse la exigencia de castigar al autor de aquello que motiva la pena,

---

<sup>175</sup> Von Hirsch, *Censurar y castigar*, 23 y ss.

<sup>176</sup> *Ibid.*

<sup>177</sup> *Ibid.*, 50.

es decir, a quién es culpable, sino que también se debe satisfacer la exigencia de que la gravedad de la pena resulte proporcionada a la gravedad del hecho cometido.<sup>178</sup>

En el mismo sentido, para Ulfrid Neumann, el principio de proporcionalidad se presenta como una referencia muy prometedor a la hora de buscar principios limitadores del derecho penal.<sup>179</sup> De la misma forma lo creen María Cecilia Ramírez, Sergio Politoff y Jean Pierre Mattus, quienes sostienen que el principio de proporcionalidad es uno que debe encontrar expresión en el sistema penal por ser un principio que limita el aparato punitivo del Estado. Para éstos, “*el principio en cuestión importa que deba existir una proporcionalidad entre la amenaza penal y la dañosidad social del hecho, concepto vinculado a la índole de bien jurídico, y que la pena afligida en concreto esté a la medida de la culpabilidad del hechor*”.<sup>180</sup>

Asimismo, Antonio Bascuñán, al referirse a la disputa suscitada en sede jurisdiccional sobre la aplicación del inciso 1º del artículo 450 del Código Penal, que otorga un trato diferenciado a la penalidad de la tentativa en ciertos delitos contra la propiedad; refiere que el principio de proporcionalidad se presenta como una exigencia propia de un Estado de Derecho, que se caracteriza por la primacía de derechos fundamentales, indicando que aquella tesis se origina en la praxis judicial del Tribunal Constitucional alemán.<sup>181</sup>

En consecuencia, el principio de proporcionalidad como estándar general de control de la actividad regulativa coercitiva del estado, exige, que el estado justifique la afectación de un derecho fundamental –aquel que se ve vulnerado mediante la aplicación del castigo– a través de la comprobación de ciertas condiciones.<sup>182</sup> Para Andrew von Hirsch dichas condiciones pueden dar lugar a la clasificación de dos tipos de proporcionalidad: ordinal y cardinal. A continuación, se presentará su teoría.

### IV.3. Proporcionalidad retrospectiva

---

<sup>178</sup> Santiago Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General*, 7º ed. (Buenos Aires: B de F, 2007), 136.

<sup>179</sup> Ulfrid Neumann, “El principio de proporcionalidad como principio limitador de la pena”, en *Estudios de derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, coords. Jesús María Silva Sánchez, Joan J. Queralt Jiménez, Mirentxu Corcoy Bidasolo, María Teresa Castiñeira Palou, (Uruguay: B de F, 2012), 201 – 202.

<sup>180</sup> Sergio Politoff L., Jean Pierre Matus A. y María Cecilia Ramírez G., *Lecciones de derecho penal chileno. Parte general*, (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003), 76. En el mismo sentido Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho Penal. Parte General*, 8º ed. (Valencia: Tirant Blanch, 2010), 84 y ss.

<sup>181</sup> Bascuñán R., “Delitos contra intereses instrumentales”, 323, (véase cap. II, n. 49).

<sup>182</sup> *Ibid.*

Como ya se adelantara, aquellas condiciones que deben verse satisfechas, para entender que una decisión de castigo es proporcional, se manifiestan de forma distinta si estamos ante una teoría de justificación de la pena retribucionista o prevencionistas. De tal forma, desde una óptica retribucionista expresiva, la máxima expresión de proporcionalidad radica en la idea de que, si el castigo expresa reproche, su cantidad debiera reflejar el grado de reprochabilidad de la conducta. El origen de aquella idea puede encontrarse primeramente en la justificación de la pena ofrecida por Immanuel Kant, para quien el principio de merecimiento no sólo ofrece una pregunta por el sí o no de la punición, sino que también ofrece una respuesta a la pregunta acerca de la forma y la magnitud de la pena que ha de ser impuesta.<sup>183</sup> Ya entonces, para éste la pena debía ser congruente con la medida de la responsabilidad personal por el hecho en virtud de una consideración de igualdad.<sup>184</sup>

Esto último muestra como un mismo principio, el de culpabilidad, se despliega tanto como estándar de fundamentación de la pena como estándar de determinación de la pena.<sup>185</sup> Y el fundamento de que el principio de culpabilidad tenga rendimiento también como estándar de determinación de la pena proviene de la creencia en que el delito se constituye como la contradicción a una norma de comportamiento, norma cuyo seguimiento generalizado favorece a todos los miembros de una comunidad y del cual el autor se aprovecha injustamente. Por lo que, dado que el delito se erige como contradicción a una norma, la medida del reproche ha de corresponderse con la medida del quebrantamiento de aquella norma, lo cual a su vez depende de qué norma se trate y de la forma de responsabilidad del sujeto al realizar el comportamiento.<sup>186</sup> Por ejemplo, según dicho planteamiento, la magnitud de la pena debiere ser distinta si se trata del quebrantamiento de la prohibición del hurto versus si se trata de la prohibición de la violación y si el autor cometió el injusto de manera imprudente o de manera dolosa.<sup>187</sup>

Sin embargo, respecto al *quantum* de la pena, Kant mostraba un compromiso con una comprensión más bien fenoménica de la relación de equivalencia entre pena y hecho punible, materializado por la noción del *ius talionis*.<sup>188</sup> Así, según la lectura generalizada de los planteamientos del filósofo alemán, la pena actuaría como una cierta compensación de un mal con otro mal equivalente, siendo el mal de cuya compensación se trata el daño causado por el autor del delito. Lo problemático de

---

<sup>183</sup> Juan Pablo Mañalich Riffo, “La pena como retribución”, *Estudios Públicos* 108, (primavera 2007): 174.

<sup>184</sup> *Ibid.*

<sup>185</sup> *Ibid.*, 192.

<sup>186</sup> *Ibid.*, 164.

<sup>187</sup> *Ibid.*, 168 y 175.

<sup>188</sup> *Ibid.*, 175.

comulgar con una comprensión fenoménica como la propuesta por Kant es que aquello llevaría a la consecuencia de asumir, por ejemplo, que la pena merecida para un asesino sería la muerte. De la simple lectura de aquella afirmación es posible rechazar el principio del talión.<sup>189</sup>

Ahora bien, gracias al giro semántico que experimenta la pena con W.G. F. Hegel, es que es posible entender la equivalencia entre pena y hecho punible ya no de una manera fenoménica, sino que más bien de una manera semántica: tanto la pena como el hecho punible serían actos expresivos que manifiestan un determinado significado.<sup>190</sup> Por lo tanto, la medida de la pena debiese ser determinada en relación con la medida del reproche como un hecho institucional y no como un hecho bruto fenoménico. Dado que tanto la pena como el hecho punible son declaraciones objetivadas de voluntad que portan un significado y, que, por lo tanto, guardan cierta equivalencia, es que deben guardar proporcionalidad en su objetivación.<sup>191</sup> Con todo, el descubrimiento de que la pena y el hecho punible son equivalentes en un nivel semántico nada dice sobre cuál es la configuración específica que debe tener el castigo.

#### **IV.3.1. Propuesta de Andrew Von Hirsch: proporcionalidad cardinal y ordinal**

Es Andrew von Hirsch, quien, en su toma de posición por una proporcionalidad según merecimiento, intenta responder a aquella pregunta, proponiendo una fórmula para cuantificar y medir la severidad de las sanciones y el grado de dañosidad de los hechos punibles. Así, éste comienza su propuesta presentando tres pasos que se deben seguir para la defensa del principio de proporcionalidad, a saber: lo primero es asumir que las sanciones estatales deben adoptar una forma punitiva, es decir, deben consistir en privaciones que expresen censura y reproche; como segundo, asumir como postulado que la severidad de las sanciones debe expresar la gravedad del reproche; por tanto y como tercero, colegir que las sanciones debieran ser ordenadas de acuerdo con el grado de reproche de la conducta.<sup>192</sup>

De tal forma, sobre el primer paso, para von Hirsch éste diría relación con la teoría de fundamentación de la pena a la cual se adscriba. Por lo que, con la mirada puesta en una fundamentación retribucionista de la pena, el primer paso dice relación con la creencia en que la respuesta a la conducta lesiva debiese expresar censura. Una sanción moralmente neutra sería objetable de acuerdo con el

---

<sup>189</sup> Ibid., 164.

<sup>190</sup> Juan Pablo Mañalich Riffo, “Retribucionismo expresivo. Acerca de la función comunicativa de la pena”, en *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, coords. Urs Kindhäuser y Juan Pablo Mañalich Riffo (San Antonio: B de F, 2011), 66.

<sup>191</sup> Mañalich, “Justicia, propiedad y prevención”, 174. (véase Introducción, n. 6).

<sup>192</sup> Véase Andrew von Hirsch, *Censurar y castigar*, 50 – 51.

argumento ético de que no estaría reconociendo agencia en el sujeto infractor ni capacidad de responder por su conducta.<sup>193</sup>

El segundo paso, diría relación con la idea de que la privación o sufrimiento es el medio a través del cual se expresa la condena y, por tanto, cuando a un determinado tipo de comportamiento se le impone comparativamente un mayor sufrimiento, entonces aquello significaría un mayor grado de desaprobación.<sup>194</sup>

Por último, el tercer paso sería, para von Hirsch, la conclusión a la cual se llegaría luego de transcurrir los dos primeros pasos y se correspondería con una exigencia de justicia: cuando se trata a los ciudadanos de forma tal que se le expresa un demérito, ese trato debiera reflejar cuán demeritoria puede afirmarse razonablemente que ha sido su conducta. En ese sentido, al castigar una determinada conducta de forma más severa que otra, el castigo más severo está expresando que es peor en comparación al castigo menos severo. En consecuencia, concluye Andrew von Hirsch, cualquier incremento o reducción de la severidad de los castigos altera la censura que éstos expresan. Por ello, deben –los incrementos o reducciones– ser justificadas en virtud de la gravedad del comportamiento delictivo.<sup>195</sup>

De ese modo, el penalista inglés introduce la distinción entre proporcionalidad cardinal y proporcionalidad ordinal proponiendo diferenciar dos preguntas: ¿cuáles debieran ser los puntos inferior y superior de una escala general de sanciones penales de un ordenamiento jurídico? Y ¿cómo debiera ser ordenado el catálogo de formas de hecho punible para que el que está en la parte inferior exprese menos reproche en contraposición al hecho punible que está ubicado en la parte superior?<sup>196</sup>

La primera pregunta se corresponde con la categoría de proporcionalidad cardinal y expresa cómo una comunidad entiende qué es aceptable irrogar sufrimiento a modo de sanción penal. En ese sentido, se trataría de cuál sería el punto de arranque y el punto de llegada. No obstante, para von Hirsch no existe una única pena apropiada para el delito con el cual se inicia la escala de penas puesto que el grado de desaprobación que se expresa a través del castigo es una convención, por lo que, el límite superior e inferior de su escala depende de definiciones que son irreductiblemente políticas<sup>197</sup>.

---

<sup>193</sup> Ibid., 35.

<sup>194</sup> Ibid., 36.

<sup>195</sup> Ibid., 42.

<sup>196</sup> Ibid., 45.

<sup>197</sup> Ibid., 72 y ss.

Por su lado, la segunda pregunta se corresponde con la categoría de proporcionalidad ordinal y se refiere a la comparación entre las penas dentro de una escala de penas.<sup>198</sup> Ésta se construye sobre la base de que las personas condenadas por delitos de gravedad semejante deberían recibir castigos de severidad también semejante. Por cuanto, personas condenadas por delitos de distinta gravedad debiesen recibir castigos graduados de acuerdo con su severidad.<sup>199</sup>

#### **IV.3.1.1. Proporcionalidad ordinal**

De tal forma, el autor inglés considera que para lograr que las personas condenadas por delitos de gravedad semejante reciban castigos de severidad semejante, la exigencia de proporcionalidad ordinal comportaría la comprobación de tres sub-exigencias. La primera de ellas sería la sub-exigencia de paridad, la cual se traduce en la idea de que dos infractores condenados por delitos de gravedad semejante merecen castigos de severidad similar.<sup>200</sup> Aquello no se traduciría necesariamente en que se imponga el mismo castigo para todos los delitos dentro de una misma categoría, sino que, dentro de esa categoría, las penas resultantes sean de la misma severidad.

La segunda sub-exigencia se referiría a que los castigos debiesen ser ordenados en la escala de penas según un orden creciente de gravedad, comenzando por el menos grave.

Por último, la tercera sub-exigencia trataría sobre la idea de espaciar las penas en orden de gravedad. Así, a modo de ejemplo, si los delitos X, Y y Z son de gravedad ascendente, Y es considerablemente más grave que X pero sólo significativamente menos grave que Z, para reflejar la gravedad de las conductas, debiera haber un mayor espacio entre las penas de X e Y que entre las Y y Z.<sup>201</sup>

No obstante, para completar su teoría aún falta un requerimiento: calibrar cuán graves son los delitos y cuán severas son las sanciones.<sup>202</sup> Para sortear aquella dificultad, Andrew von Hirsch, junto a Nils Jareborg, diseñaron una teoría del daño cuyo foco estaba puesto en el índice de calidad de vida. Así, la gravedad de los daños se mediría en función de cuánto afectarían el estándar de vida de una persona.

---

<sup>198</sup> Ibid., 61.

<sup>199</sup> Ibid.

<sup>200</sup> Ibid., 45.

<sup>201</sup> Ibid., 46.

<sup>202</sup> Ibid., 61.

Y por estándar de vida habría que entender la disponibilidad de los medios o de las capacidades para conseguir una determinada calidad de vida. Algunos de aquellos medios serían materiales, como la vivienda o medios económicos, mientras que otros harían referencia a la salud y la intimidad. De tal forma, los autores consideraron que la mayoría de los delitos afectarían alguno de los siguientes intereses: integridad física, medios materiales y comodidades, integridad personal y privacidad. Y utilizan un ejemplo para ilustrar la escala: un simple robo afectaría medios materiales y la intimidad.

Para valorar el daño de la conducta, el criterio de estándar de vida debiese ser aplicado en cada dimensión. En el ejemplo en cuestión, los autores consideraron que el impacto en el estándar de vida sería en la dimensión material como en la dimensión de privacidad. Así, el impacto referido a los medios materiales sería relativamente menor, ya que, a su juicio, no se perdería mucho en el “típico robo”, viéndose escasamente afectado el bienestar material de la persona; mientras que, en la dimensión de privacidad, el estándar de vida sería más valorado, debido a la importancia que tiene la intimidad en una buena calidad de vida.<sup>203</sup>

En consecuencia, según la propuesta de Andrew Von Hirsch y Nils Jareborg, para poder graduar la dañosidad de los delitos, se debería parcelar los diversos intereses que suelen ser afectados por un delito y una vez identificados, habría que valorar su importancia, tomando en cuenta el significado normal que tienen para el estándar de vida de una persona. Y en miras de evitar discrecionalidad y subjetividad, los autores en cuestión sugerían graduar el estándar de vida, distinguiendo cuatro niveles: subsistencia, bienestar mínimo, bienestar adecuado y bienestar intenso. El primero sería el nivel con mayor relevancia, ya que haría referencia a la sobrevivencia con las capacidades básicas para funcionar. Los siguientes tres niveles, entonces, se configurarían como los diversos grados de calidad de vida por sobre la mera subsistencia.<sup>204</sup>

Por su parte, en cuanto a la determinación de la severidad de la sanción, los autores mencionados también desarrollaron una teoría, partiendo de la base de que lo que hace que un castigo sea más o menos grave no es una sensación identificable, sino más bien el grado en el cual las sanciones interfieren con intereses que la gente valora.<sup>205</sup> Por lo que, la determinación de la severidad de las sanciones, al igual que la determinación de la gravedad del delito, debería basarse en un análisis que incluya ciertos intereses que suelen ser afectados con la irrogación de un castigo y midiendo cómo mediante la afectación de

---

<sup>203</sup> Ibid., 65.

<sup>204</sup> Ibid.

<sup>205</sup> Ibid., 66 y 67.

aquellos intereses, se altera el estándar de vida. Cuánto más importantes sean los intereses afectados por una determinada pena, más severa será aquella. En consecuencia, las penas podrían ser graduadas de acuerdo con el grado en que típicamente afectarían a la libertad de movimiento, capacidad económica y demás.

El rendimiento de esta propuesta radicaría, para los autores, en que la valoración de la severidad no se haría sobre la base de las preferencias individuales de personas particulares, sino que más bien, el estándar de vida se haría referencia a los medios y capacidades que normalmente ayudan a la gente a conseguir una buena calidad de vida. La severidad no sería simplemente una variable de molestia subjetiva.<sup>206</sup>

En consecuencia, desde una mirada retribucionista de la pena el castigo será proporcional ahí donde expresa cuán demeritorio es el comportamiento realizado. Y para poder determinar aquello, Andrew von Hirsch y Niels Jareborg elaboraron una teoría cuyo criterio para establecer la severidad de las penas y la dañosidad del comportamiento está centrado en la calidad de vida. Para éstos, el rendimiento de dicha escala de graduación de la dañosidad del delito y la gravedad de la sanción tendría como atractivo que se utilizaría un criterio común: el impacto en el estándar de vida. Así, un robo podría compararse con una agresión, en cuanto el primero afecta a los medios materiales y el segundo a la integridad física y a la dignidad de una persona.<sup>207</sup>

#### **IV.4. Tratamiento, alcance y rendimiento principio proporcionalidad**

Con todo, no obstante existir propuestas de determinación de los elementos que se deben tener presentes para aplicar el principio de proporcionalidad como la presentada por Andrew von Hirsch y Nils Jareborg, ha surgido escepticismo respecto a la capacidad efectiva que tiene el principio de proporcionalidad para limitar el Derecho Penal debido a su estructura altamente compleja. Las variables que entran en juego son variables no determinadas o difícilmente determinables. Así lo cree Neumann para quien el principio de proporcionalidad se caracteriza más como un deseo dirigido al legislador racional que una garantía jurídicamente vinculable para el caso singular.<sup>208</sup> Según éste la dificultad estaría en que el principio de proporcionalidad se ocupa de encontrar, según una escala de medición no determinada (proporcionalidad cardinal), la relevancia de una magnitud que tampoco está determinada (severidad de la sanción), en comparación con otra magnitud, no determinada (gravedad del delito).

---

<sup>206</sup> Ibid., 68 y 69.

<sup>207</sup> Ibid., 65.

<sup>208</sup> Neumann, “El principio de proporcionalidad como principio limitador de la pena”, 203.



Presentado de esa manera y siguiendo a Neumann, pareciera que el principio de proporcionalidad es un principio débil por exigir una pluralidad de valoraciones que no pueden llegar a apreciarse en virtud de dicho principio.<sup>209</sup>

#### **IV.4.1. Experiencia en el ordenamiento jurídico chileno: la disputa suscitada en torno al inciso 1° del artículo 450 del Código Penal**

En cuanto al rendimiento del principio de proporcionalidad, en el caso del ordenamiento jurídico chileno, la Constitución Política de la República no consagra explícitamente este principio. Sin embargo, según Antonio Bascuñán, aquello no sería un obstáculo para su admisión. Para éste, el principio de proporcionalidad se ha ido elaborando a partir de una construcción dogmática y jurisprudencial, sumado a que dentro de las innovaciones que introdujo la Constitución creada en 1980 fue erigir al principio de proporcionalidad como un imperativo de justicia de limitación del ius puniendi en clave retribucionista.<sup>210</sup> Así, para el académico penalista, en el sistema jurídico chileno es posible impugnar la constitucionalidad de una norma que establece una pena excesiva en relación con la magnitud de la culpa por el hecho e incluso éste considera, categóricamente, que quien niega la admisibilidad del examen de constitucionalidad de una norma punitiva por el principio de proporcionalidad, niega el Estado de Derecho.<sup>211</sup>

Al respecto, parece pertinente introducir un ejemplo de disputa constitucional en base al principio de proporcionalidad en el ordenamiento jurídico chileno: la discusión respecto a la inconstitucionalidad de la regla consagrada en el artículo 450 del Código Penal por presentar, entre otras razones, un déficit de proporcionalidad. El artículo 450 en su inciso primero contiene una regla que equipara la penalidad asociada a ciertos delitos contra la propiedad –robo con violencia e intimidación en las personas, robo por sorpresa, piratería, extorsión y robo con fuerza en las cosas cometido en lugar habitado o destinado a la habitación– constitutivos de tentativa y delito frustrado, a la penalidad prevista para ese mismo ámbito de delitos cuando el hecho se ha visto consumado. El inciso 1° del artículo 450 del Código Penal ordena “castigar como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa”. Así, siguiendo a Antonio Bascuñán, el efecto práctico de la regla anterior en la mayor parte de los casos

---

<sup>209</sup> Neumann, “El principio de proporcionalidad como principio limitador de la pena”, 203.

<sup>210</sup> Bascuñán R., “Delitos contra intereses instrumentales”, 325.

<sup>211</sup> Ibid.

es que deberá aplicarse una pena de crimen a casos de tentativa.<sup>212</sup> Y para éste “*para una política criminal razonable, ésta es una reacción excesiva*”.<sup>213</sup>

Lo que hace entonces la regla del artículo 450 es alterar el régimen general previsto por el Código Penal consagrado en su artículo 7º, según la cual, para el delito en grado de frustración y el delito en grado tentado operaría una rebaja de grados de penalidad. Aquella regla se fundamenta en que el delito cometido en grado de frustración o tentativa es una forma de hecho punible que se caracterizan por su imperfección. El legislador al consagrar una regla general de determinación atenuada de la penalidad de la tentativa en relación con la de la consumación expresa una valoración de la tentativa como un supuesto portador de menor merecimiento o necesidad de pena que la consumación.<sup>214</sup> Por lo que, frente a esa valoración, el establecimiento de una regla especial exige un fundamento especial en orden a justificar su mayor merecimiento o necesidad de pena.<sup>215</sup>

En consecuencia, hubo intentos de impugnación de la validez de la norma antedicha por considerarla inconstitucional. De aquellos intentos, a juicio de Antonio Bascuñán, quien pudo presentar el mejor argumento de impugnación de la norma fue la Defensoría Penal Pública con un solo fundamento: la disposición legal antedicha infringiría el principio de proporcionalidad, en particular, la prohibición de exceso. Así, la infracción se produciría respecto a la exigencia de proporcionalidad retrospectiva, conforme a la cual, la magnitud de la culpa por el hecho impone un límite a la magnitud de la pena. En palabras de los defensores penales públicos:

“A su vez afecta la racionalidad y justicia del proceso pues se altera la culpabilidad del sujeto inculcado y desaparece la proporcionalidad que debe existir entre la acción ejecutada por aquel y la pena que se le debe aplicar pues se turba la realidad de las cosas con el solo objeto de imponer una sanción mayor distorsionando el sistema de determinación normativo de la pena, modificando factores esenciales como la culpabilidad, la racionalidad y justicia del proceso.”<sup>216</sup>

Frente a aquella alegación, la Corte Suprema centró el quid del asunto en la pregunta sobre si se podía entender vinculado al legislador a un test de proporcionalidad tan fuerte como para que cualquier desviación convirtiera en inconstitucional la regulación así configurada.<sup>217</sup> Por lo que, la principal

---

<sup>212</sup> Ibid., 314.

<sup>213</sup> Ibid.

<sup>214</sup> Ibid., 319.

<sup>215</sup> Ibid., 320.

<sup>216</sup> División de Estudios de Ministerio Público, *Boletín del Ministerio Público N° 15* (Santiago: Ministerio Público, 2003): 128.

<sup>217</sup> Departamento de Estudios Defensoría Nacional, *Minuta: Críticas al artículo 450 C.P.* (Santiago: Defensoría Penal Pública, 2009): 4.

dificultad que enfrentó la Defensoría Penal Pública, al fundar sus argumentos en la exigencia de proporcionalidad retrospectiva, fue poder identificar la regla constitucional que le serviría de fundamento en el derecho vigente.<sup>218</sup> Así, en un primer momento, la parte requirente fundó su pretensión en que, al homologar la pena fijada para un delito tentado con la pena fijada para un delito consumado, se estaría vulnerando la exigencia de la garantía de una racional y justo procedimiento por no haber proporcionalidad. No obstante, aquella maniobra no fue suficiente y la Corte interpretó que bajo la garantía de un racional y justo procedimiento sólo podría impugnarse una sentencia y no así una norma penal por ella aplicada.<sup>219</sup> Luego, el requirente utilizó como estrategia fundar la impugnación en la trasgresión a la prohibición de presunción de derecho de la responsabilidad penal. Para el requirente, aquella prohibición sería un fundamento constitucional del principio de proporcionalidad, ya que al imponer una pena a un delito tentado valorado como si fuese consumado se estaría presumiendo una proporcionalidad entre ambas cosas, que es inexistente. Y, que en último término tanto el principio de proporcionalidad como la prohibición de presunción de responsabilidad penal serían concreciones del principio de culpabilidad como límite al *ius puniendi* consagrado en artículo 19 N° 3 inciso 6° de la C.P.R.<sup>220</sup>

En el mismo sentido lo cree Antonio Bascuñán, para quien dicho precepto supralegal trata sobre la relación binaria entre culpabilidad y punibilidad, sólo en la medida en que la culpabilidad es asumida como condición necesaria para la punibilidad. Así, dicha norma serviría como apoyo institucional para fundar la proporcionalidad retrospectiva, es decir, la prohibición de exceso por la culpa por el hecho.

Es decir, tanto para la Defensoría Penal Pública como para Antonio Bascuñán, el principio de culpabilidad como límite al *ius puniendi* consagrado en el artículo 19 N° 3 inciso 6° de la C.P.R. se configuraría como un apoyo institucional para fundamentar la existencia de la exigencia de proporcionalidad retrospectiva<sup>221</sup>. Con todo, la Corte estimó que no parecía correcto sostener que la sanción de la tentativa y la consumación con una misma pena fuese desproporcional.

En consecuencia, en este capítulo se introdujo el principio de proporcionalidad para poder ser utilizado en el análisis de la legitimidad de la norma de sanción del hurto falta. No obstante, según lo revisado, su rendimiento como principio se reduce a controlar desviaciones manifiestas, que rara vez tiene lugar y más bien las discusiones que pueden suscitarse a propósito de la proporcionalidad de las

---

<sup>218</sup> Ibid., 320.

<sup>219</sup> Ibid.

<sup>220</sup> Ibid., 321.

<sup>221</sup> Ibid., 322.

normas se dejan en mano de la prerrogativa legítima que tiene el legislador para decidir aquellas disputas, prerrogativa propia de un Estado democrático de Derecho, atendido el carácter del legislador de órgano representativo de la pluralidad política del pueblo.<sup>222</sup>

Con todo, el ordenamiento jurídico se ha entregado estándares de justicia críticos de la decisión legislativa cuyo sentido es poder impugnar decisiones legislativas, de otro modo, no tendría sentido que existiesen. Así, el principio de proporcionalidad genera posibilidades de argumentación que sin él no serían alcanzables.<sup>223</sup> Por lo que, el rendimiento del principio de proporcionalidad tiene efectos ahí donde hay desviaciones manifiestas del legítimo margen de discrepancia sobre cuestiones de política criminal y como sostiene Ulfried Neumann “*si estamos de acuerdo con que determinada pena resulta desproporcionada para cierta conducta, entonces contamos con un punto de partida para seguir discutiendo.*”<sup>224</sup>

---

<sup>222</sup> Ibid., 326.

<sup>223</sup> Neumann, “El principio de proporcionalidad como principio limitador de la pena”, 211.

<sup>224</sup> Ibid.

## CAPÍTULO V: Análisis legitimidad artículo 494 bis

En los capítulos precedentes, se ha intentado construir un marco teórico apto para poder realizar el análisis de la figura delictiva del hurto falta y poder corroborar, tras la realización de aquel análisis, la hipótesis propuesta, referida a la existencia de una doble injusticia distributiva en la intensificación de la respuesta penal del hurto simple a través de la creación de la figura del hurto falta.

De tal modo, el punto de partida del trabajo en cuestión fue comenzar presentando la distinción entre una comprensión funcional y una comprensión estructuralista sobre cómo abordar la tarea dogmática jurídico penal, tomando postura por la última para poder utilizar, como base del análisis en cuestión, la distinción analítica entre normas de comportamiento y normas de sanción. Esto último, por el rendimiento que genera la distinción entre hecho punible y delito, formulada por primera vez por Karl Binding, para la labor de esclarecer el significado político de la decisión de criminalización del hurto falta. Posterior a aquello, se examinó el bien jurídico protegido tras la norma de comportamiento que prohíbe la conducta descrita en el tipo del hurto falta y cuál es dicha norma de comportamiento. Luego, se presentaron las distintas posiciones doctrinales respecto a la discusión en torno al fundamento del poder punitivo del Estado, tomando postura por una teoría retribucionista de la pena, para utilizarla en la revisión de la legitimidad de la norma de comportamiento. Por último, se expuso el principio de proporcionalidad, su contenido y su rendimiento como principio limitador del poder punitivo del Estado para ser utilizado en la revisión de la legitimidad de la norma de sanción.

Por lo que, en virtud de lo anteriormente revisado, en este capítulo, se llevará a cabo el análisis de la figura delictiva del hurto falta, utilizando para ello la distinción analítica que hace la comprensión estructuralista. De tal forma, el capítulo comenzará por analizar, en un primer momento, la legitimidad de la norma de comportamiento del hurto falta y su bien jurídico para luego, en un segundo momento, pasar al análisis de la norma de sanción y a la comprobación de si satisface o no las exigencias de proporcionalidad propia de un Estado democrático de Derecho.

Con todo, antes de comenzar parece pertinente hacer la siguiente prevención: dada la relación de dependencia de la legitimidad de la norma de sanción de la legitimidad de la norma de comportamiento, es que lo que se concluya en la revisión de la legitimidad de la norma de comportamiento necesariamente influirá en la legitimidad de la norma de sanción.

## V.I. La norma de comportamiento del hurto falta

En el presente apartado se revisará la norma de comportamiento del hurto falta. Para ello, se comenzará por estudiar cuáles son sus elementos del tipo para luego revisar su legitimidad.

Como se dijera al introducir el presente trabajo, el hurto falta se presenta como una variante de la figura delictiva del hurto simple –figura base o genérica y, al mismo tiempo, subsidiaria en los delitos de apoderamiento por medios materiales– delimitado por el valor de la cosa hurtada: que no pase de media unidad tributaria mensual.<sup>225</sup> Por lo que, la norma de comportamiento tras la penalización del hurto falta es la misma norma de comportamiento existente tras la penalización del hurto simple.

Al respecto, siguiendo a Juan Pablo Mañalich, el artículo 432 del Código Penal, que inaugura el Título IX del Libro Segundo de dicho código, fija los respectivos géneros y diferencias específicas entre el hurto, el robo con fuerza en las cosas y el robo con violencia o intimidación en las personas. De tal forma, la letra expresa de la disposición legal delimita la conducta típica del hurto simple (en adelante “hurto”) como la apropiación de cosa mueble ajena sin la voluntad de su dueño y efectuada con ánimo de lucrarse, sin que concurren las circunstancias que la ley define como fuerza en las cosas o violencia e intimidación en las personas.<sup>226</sup> Por lo que, de la lectura de la disposición legal y de la idea de que las normas de comportamiento se deben extraer por vía de la formulación contradictoria del supuesto de hecho que contiene la norma de sanción, es que es posible concluir que la norma de comportamiento reforzada a través de la penalización del hurto es la *prohibición de la apropiación mediante sustracción de una cosa corporal, mueble y ajena*.<sup>227</sup>

Una vez determinada la norma de comportamiento, obtenida a través de la formulación contradictoria de la norma de sanción, parece necesario definir qué se entiende por la acción de apropiación y qué se entiende por la acción de sustracción, además de la conexión que deben exhibir para entender que se está en presencia de una conducta cuya acción es idónea para ejemplificar el delito de hurto, y de entrar de lleno a estudiar los elementos del tipo.<sup>228</sup> Esto último permitirá además conectar

---

<sup>225</sup> Alfredo Etcheberry, *Derecho Penal, Parte Especial, Tomo Tercero* (Santiago: Editorial Jurídica, 1999), 294 y ss. Mario Garrido Montt, *Derecho Penal: Parte Especial, Tomo IV* (Santiago: Editorial Jurídica, 2008), 149 y ss.

<sup>226</sup> Etcheberry, *Derecho Penal, Parte Especial*, 295.

<sup>227</sup> Véase Juan Pablo Mañalich, *Estudios sobre la Parte Especial del Derecho Penal Chileno* (Santiago: Thomson Reuters, 2020), 268 y ss. Etcheberry, *Derecho Penal, Parte Especial*, 295. Garrido Montt, *Derecho Penal: Parte Especial*, 159.

<sup>228</sup> Mañalich, *Estudios sobre la Parte Especial*, 269.

la norma de comportamiento con el bien jurídico ya estudiado. Así, en el apartado siguiente será revisada la estructura típica del hurto simple.

### **V.1.1. La estructura típica del hurto**

En lo que viene se hará una revisión de aquellos elementos del tipo del hurto que se consideran relevantes para profundizar el alcance del concepto de propiedad protegido tras la tipificación de dicho delito y que sirvan para la realización del análisis de la legitimidad de la norma de comportamiento. Para aquel cometido, se partirá de la base de que todo tipo penal exhibe una determinada estructura, compuesta por tres elementos principales: la conducta típica, sus sujetos y sus objetos.<sup>229</sup>

En el caso en particular, respecto a la conducta típica, ésta se entenderá compuesta por dos acciones distintas entre sí, sosteniendo de tal manera, que la norma de comportamiento debe satisfacer dos descripciones distintas para ejemplificar la conducta prohibida: la acción de apropiación y la acción de sustracción.<sup>230</sup> Por lo que, se definirá qué se entiende por cada una y se mostrará la específica conexión en la que deben encontrarse para poder entender que se está realizado el delito del hurto.

Por otro lado, respecto a la parte subjetiva de la conducta típica, se hará mención al ánimo de lucro y cómo se ha entendido aquella exigencia subjetiva en relación al ánimo propio de la acción de apropiación.

Por último, respecto al objeto del tipo, se partirá de la distinción entre el objeto material y objeto jurídico del tipo, especificando especialmente respecto al objeto material la característica de ajenidad que debe exhibir la cosa sobre la cual recae el hurto y cómo ello configura quién puede ser sujeto pasivo, y sobre el segundo.

#### **V.1.1.1. Aspecto objetivo de la conducta típica del hurto: la acción de apropiación y su modo de concreción**

El aspecto objetivo del hurto se corresponde con la conducta típica que se identifica con la acción de apropiación. Al respecto, primeramente, se debe aclarar que, si bien la expresión apropiarse indica la idea de hacer propia una cosa, aquel concepto es jurídicamente rechazable en los mismos términos en

---

<sup>229</sup> Mir Puig, *Derecho Penal, Parte General*, 222 – 225. (véase cap. I, n. 10).

<sup>230</sup> Mañalich, *Estudios sobre la Parte Especial*, 268 y ss.

los que se entiende en la regulación civil, ya que el sujeto activo del delito nunca adquiere el derecho de propiedad de la cosa por la acción de tomarla o llevársela.<sup>231</sup> Esto último se debe al simple hecho de que los delitos no son fuentes de derecho para quien los comete, es decir, el hurto no constituye un modo de adquirir el dominio.<sup>232</sup>

Así mismo lo creen Alfredo Etcheberry y Mario Garrido Montt, para quienes a pesar de que el hurto conlleve una acción de apropiación, el dueño del bien conservará la titularidad del derecho, sucediendo más bien, que, de hecho –no jurídicamente– el delincuente se arroga las facultades de uso, goce y disposiciones inherentes al dominio.<sup>233</sup> En consecuencia, para Alfredo Etcheberry, la acción de apropiación puede ser definida como “*sustraer una cosa de la esfera de resguardo de una persona, con ánimo de comportarse de hecho como propietario de ella*”<sup>234</sup>, mientras que, para Garrido Montt, “*la acción de apropiación debe consistir en una acción dirigida a desplazar el bien desde el ámbito de la protección material del dueño a la del agente, acción que corrientemente se denomina sustracción*”.<sup>235</sup> Asimismo, para Urs Kindhäuser, dado que, por principio, el ladrón no puede adquirir la propiedad de la cosa que ha sustraído, la acción de apropiarse exigida por el delito de hurto sólo puede interpretarse como la voluntad de detentar la posición de propietario sin reconocimiento jurídico.<sup>236</sup> Alejandra Olave lo menciona de la siguiente manera:

(...) el concepto de apropiación es que éste, a pesar de no ser independiente a la regulación de la propiedad en materia civil, no puede depender de lo que civilmente se entienda por apropiación (título traslativo de dominio, unido a un modo de adquirirlo). Mientras que la posición del dueño es una reconocida y protegida por el ordenamiento jurídico, quien se apropia de un bien mueble ajeno, cometiendo un delito contra la propiedad, no se encuentra en semejante posición (de ahí que la posibilidad del dueño de reivindicar los objetos que le pertenecen permanezca intacta).<sup>237</sup>

Por lo que, no se debe entender por apropiación un modo de adquirir el dominio de la cosa sustraída sino más bien la acción típica del hurto, que no convierte en dueño al sujeto activo.

#### **V.1.1.1.1. Dimensión objetiva y subjetiva de la acción de apropiación**

---

<sup>231</sup> Etcheberry, *Derecho Penal, Parte Especial*, 295 y 296.

<sup>232</sup> Alejandra Olave, “El delito de hurto como tipo de delito de resultado”, *Política Criminal* 13, n° 25 (julio 2018): 117.

<sup>233</sup> Etcheberry, *Derecho Penal, Parte Especial*, 296. Garrido Montt, *Derecho Penal: Parte Especial*, 159.

<sup>234</sup> Olave, “El delito de hurto”, 117.

<sup>235</sup> *Ibid.*

<sup>236</sup> Urs Kindhäuser, *Estudios de Derecho Penal Patrimonial* (Lima: Editorial Jurídica Grijley, 2002), 45.

<sup>237</sup> Olave, “El delito de hurto”, 117.



Como segunda cuestión, parece pertinente considerar que la acción de apropiación, a su vez, contiene una dimensión subjetiva y una objetiva.<sup>238</sup> La dimensión subjetiva consiste en la manifestación de una pretensión de hacerse de la cosa como si fuere propia. Mientras que la dimensión objetiva consiste en la forma en cómo se lleva a cabo dicha pretensión: la sustracción.<sup>239</sup>

A mayor abundamiento, respecto a la dimensión objetiva, cierto sector de la doctrina considera que es mediante la acción de sustracción que se concreta la apropiación. En ese sentido lo cree Guillermo Oliver Calderón, quien en su texto “Estructura típica común de los delitos de hurto y robo”, menciona que, a pesar de que el legislador no lo dispone, en base a una interpretación sistemática de las disposiciones relativas al hurto, se puede concluir que ésta debe verificarse a través de la sustracción de la cosa objeto material del delito.<sup>240</sup> Asimismo lo cree Juan Pablo Mañalich, quien afirma que la sustracción es el modo mediante el cual la apropiación tiene lugar, llegando a la conclusión de que si bien sólo se ve reforzada una única norma de comportamiento, la forma de comportamiento sometida a prohibición se identifica con la combinación de dos tipos de acción, consistentes en la apropiación de cosa ajena y que esa apropiación tenga lugar mediante una sustracción, lo que determina que el hurto cuente como un hecho punible complejo.<sup>241</sup>

En consecuencia, y siguiendo a Juan Pablo Mañalich, la específica conexión en la que deben encontrarse la acción de apropiación y la acción de sustracción para que su combinación resulte constitutiva de hurto, es que la sustracción debe entenderse como el modo mediante el cual el potencial autor comete el delito.<sup>242</sup> A su vez, para el referido profesor, por sustracción se debe entender la ruptura de custodia ajena acompañada de una nueva custodia sobre la cosa. Para éste la acción de sustracción se caracteriza como “*la obtención del poder fáctico de disposición sobre la cosa a través de uno de los modos de vencimiento de algún mecanismo de reforzamiento de su custodia previstos en la respectiva norma de sanción*”.<sup>243</sup> Ese es el modo por el cual el potencial autor ha de arrogarse el poder de disposición jurídicamente atribuido a su propietario, siendo aquella arrogación la constitutiva de la apropiación de la cosa sustraída.<sup>244</sup> En un sentido similar lo postula el penalista alemán Urs Kindhäuser,

---

<sup>238</sup> Juan Pablo Mañalich Riffo, “El “Hurto-Robo” frente a la Autotutela y la legítima defensa de la posesión”, *Revista de Estudios de la Justicia* 7 (2006): 65 y 89.

<sup>239</sup> *Ibid.*

<sup>240</sup> Guillermo Oliver Calderón, “Estructura típica común de los delitos de hurto y robo”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXXVI (1º Semestre 2011): 363 y 364.

<sup>241</sup> Mañalich, *Estudios sobre la Parte Especial*, 267 y ss.

<sup>242</sup> *Ibid.*

<sup>243</sup> *Ibid.*

<sup>244</sup> *Ibid.*

para quien lo definitorio de la conducta típica del hurto es que el autor se apropia de una cosa con el objetivo de establecer sobre la misma, a través de la sustracción, la posesión en nombre propio.<sup>245</sup>

Ahora bien, el concepto de custodia –que debe verse quebrantado para entender que tiene lugar la sustracción– es un concepto cuya extensión y límites no son en ningún caso evidente, sino que más bien, siguiendo lo postulado por Alejandra Olave, es un concepto que posee un contenido abstracto y su significación concreta varía de caso a caso.<sup>246</sup> Por su parte, Alfredo Etcheberry estima que es un concepto complejo, que se puede precisar en relación con la posibilidad de disposición de la cosa por parte del dueño.<sup>247</sup>

En ese sentido, según Alejandra Olave, en Chile el concepto de custodia se suele definir erróneamente a partir de una metáfora espacial, según la cual, la esfera de custodia estaría delimitada por cierto espacio en el que el sujeto ejerce su custodia sobre diversos bienes. Sin embargo, para la citada autora, la custodia no debiese corresponderse con un espacio que se pueda precisar como un campo de fuerza que rodea al sujeto y al o los bienes, sino que más bien, se debe definir por una relación fáctica entre el sujeto y el objeto. Aquella relación fáctica se puede reconocer gracias a indicios, como lo serían la cercanía espacial, la presencia de elementos de seguridad, entre otros.<sup>248</sup> En suma, el concepto de custodia específica más bien una relación de control o dominación entre una persona y la cosa que en tal medida está en su poder, lo que sería coherente con el concepto de propiedad aquí defendida.

#### **V.1.1.2. Aspecto subjetivo de la conducta típica del hurto: ánimo de lucro y ánimo de apropiación**

En cuanto a la dimensión subjetiva, la exigencia de la regulación de que la acción de apropiación esté acompañada de ánimo de señor y dueño (*animus rem sibi habendi, animus domini*) se ha entendido por algunos como el deseo o ánimo de tomar la cosa para ejercer sobre ellas facultades propias del dueño”.<sup>249</sup> Es decir, aquello que cabe reconocerse como apropiación, en último término, supone una exteriorización de una pretensión de arrogación de la posición de señor y dueño sobre la cosa, que implica el desconocimiento de la posición de propietario del sujeto pasivo.<sup>250</sup> Esto último permite diferenciar un

---

<sup>245</sup> Urs Kindhäuser, “Concepto de patrimonio y perjuicio patrimonial. Los defectos congénitos de la doctrina económica del perjuicio patrimonial en el Derecho Penal, *ADPE* 1 (2011): 55.

<sup>246</sup> Olave, “El delito de hurto”, 179.

<sup>247</sup> Etcheberry, *Derecho Penal, Parte Especial*, 297.

<sup>248</sup> Olave, “El delito de hurto”, 179.

<sup>249</sup> Garrido Montt, *Derecho Penal: Parte Especial*, 170 y ss.

<sup>250</sup> Mañalich, *Estudios sobre la Parte Especial*, 267.

delito de apropiación como el hurto de un delito de expropiación como el delito de daños. Ambas figuras delictivas pueden llevarse a cabo mediante una acción de sustracción. Empero, lo definitorio de un delito de daño es que, aquella sustracción no puede estar acompañada de ánimo de señor y dueño, es decir, de la acción de apropiación; el autor no reclama a través de su comportamiento la pretensión de comportarse respecto de la cosa como si fuera señor y dueño.<sup>251</sup> En un delito de daños, el autor sigue reconociendo dominio ajeno.

En suma, para que haya apropiación es necesario que el autor del hurto se arrogue la posición de propietario, desafiando al propietario en su pretensión de ejercer el poder de disposición sobre la cosa. Aquella dimensión de la apropiación es una referida al aprovechamiento correlativo a la pérdida que experimenta el propietario.<sup>252</sup>

Sin embargo, a su vez, el texto legal exige como elemento del tipo subjetivo, que el autor, al realizar la apropiación mediante sustracción de una cosa corporal, mueble y ajena, lo realice con ánimo de lucro. Qué se deba entender por ánimo de lucro y la específica relación en la que se encuentra con el ánimo de señor y dueño no ha sido una materia pacífica en la doctrina. Así, algunos autores chilenos consideran que se trata de un elemento subjetivo distinto de la exigencia de dolo y separada del ánimo de señor y dueño que es propio de la apropiación, mientras que otros consideran que aquella interpretación es errada y, que más bien, se debe comprender como parte del ánimo de dueño, siendo una exigencia superflua.

Partidarios de la primera postura son Garrido Montt y Etcheberry, para quienes el ánimo de lucro consistiría en la intención de lograr una ventaja con el apoderamiento de índole patrimonial, debiendo concurrir junto al ánimo de señor y dueño que supone la apropiación, apuntando aquella exigencia subjetiva especial a que la apropiación se realice con la finalidad de obtener un beneficio patrimonial.<sup>253</sup> Mientras que, partidarios de la otra postura son autores como Juan Pablo Mañalich o Mir Puig, quienes consideran que la idea de que el ánimo de lucro parezca apuntar a que la apropiación se realice con la finalidad de lograr un beneficio patrimonial es errada, toda vez, que el hurto puede recaer sobre objetos que carecen objetivamente de valor de mercado, debiendo interpretarse aquella exigencia, para los defensores de la segunda postura, como un componente del ánimo de apropiación, específicamente, como una tendencia interna trascendente de aprovechamiento, siendo la intención reconocible en la

---

<sup>251</sup> Ibid.

<sup>252</sup> Ibid.

<sup>253</sup> Garrido Montt, *Derecho Penal: Parte Especial*, 170 y ss.

realización del tipo de hacerse de la cosa como señor y dueño.<sup>254</sup> Así, la exigencia de ánimo de lucro sería superflua, ya que el ánimo de apropiación estaría incluido en éste. Esta última será la interpretación a la cual se adhiera en el presente trabajo, dado el concepto de propiedad que se defiende.

### V.1.1.3. El objeto jurídico del hurto y sus sujetos: ajenidad de la cosa mueble

En cuanto al objeto material sobre el cual recae la acción de apropiación, éste debe cumplir con ciertas cualidades: ha de ser una cosa corporal, mueble y ajena.<sup>255</sup> Respecto al carácter de cosa corporal, se debe decir que la cosa en cuestión debe tener cierta extensión y dimensión, ocupar un lugar en el espacio, y ser susceptible de ser tomada, por lo que, no hay apropiación de cosas incorpóreas.<sup>256</sup> Respecto al requisito de ser una cosa mueble, se debe mencionar que, por mueble, para efectos de la regulación penal del hurto, se debe entender todo aquello que puede trasladarse de un lugar a otro, sea por sí mismo o por una fuerza externa, utilizando un concepto más amplio que el que utiliza la regulación civil. Por lo tanto, aquellas cosas que para el derecho civil son tratadas como inmuebles por adherencia o destinación, no dejan de ser consideradas muebles para el ámbito de determinación del objeto material del hurto.<sup>257</sup>

Ahora bien, respecto al requisito de ajenidad de la cosa se hará una revisión más aguda debido a la mayor relevancia que exhibe para los efectos del análisis, ya que se conecta directamente con la especificidad del contenido de la propiedad protegida por el hurto. Así, lo primero que se debe decir, es que para que algo pase a ser considerado ajeno, debe ser propiedad de otro. De tal forma, la exigencia de ajenidad de la cosa se corresponde con un elemento normativo del tipo, lo que significa que son determinaciones jurídicas las que le confieren el estatus de ajena.<sup>258</sup>

Como segunda cuestión, se debe decir que de la exigencia de que la cosa sea ajena surgen implicancias en la determinación del posible sujeto activo del delito del hurto: se descarta al dueño de la cosa como autor del delito. Que el dueño no pueda ser sujeto activo, ha sido desprendido por la doctrina también a partir de la exigencia expresa en el artículo 432 del Código Penal de que la apropiación se realice *sin la voluntad de su dueño*; además de que, si es que la sustracción fuese realizada por parte del dueño del objeto material, la conducta típica caería dentro del ámbito presencia de la figura delictiva del regulada en el artículo 471 N° 1, esto es, el *furtum possessionis* y no del hurto.<sup>259</sup>

---

<sup>254</sup> Juan Pablo Mañalich Riffó, “El “Hurto-Robo”, 89. Olave, “El delito de hurto”, 183.

<sup>255</sup> Garrido Montt, *Derecho Penal: Parte Especial*, 169. Etcheberry, *Derecho Penal, Parte Especial*, 299 – 303.

<sup>256</sup> Oliver, “Estructura típica”, 379 y 380.

<sup>257</sup> *Ibid.*, 389.

<sup>258</sup> Olave, “El delito de hurto”, 181.

<sup>259</sup> Etcheberry, *Derecho Penal, Parte Especial*, 300 – 303.

Por otro lado, la voz *voluntad* utilizada en la expresión *sin la voluntad de su dueño* se ha identificado con el consentimiento, que debe faltar en cualquier figura delictiva para entender que es típica.<sup>260</sup> De tal forma, basta con que el dueño de la cosa no haya dado su consentimiento para que un tercero realice la apropiación del objeto sobre el cual posee una titularidad reconocida jurídicamente, para entender que la exigencia “sin la voluntad de su dueño” se entienda satisfecha, siendo completamente innecesario que éste tome conocimiento de la sustracción en el momento en que ésta se lleva a cabo y, más aún, que éste haya manifestado su oposición a tal desplazamiento de su bien.<sup>261</sup>

Esto último, es posible de conectar con quién puede ser sujeto pasivo de la figura típica estudiada, ya que, que sea ajeno implica que la cosa tenga un dueño. Es decir, sólo puede ser sujeto pasivo el dueño de la cosa, lo que significa que el simple tenedor de la especie no es el sujeto pasivo del delito, sin perjuicio de que sea la persona sobre la cual se ejerce la acción. Con todo y siguiendo a Juan Pablo Mañalich, es completamente irrelevante si el autor del delito ignora la identidad del dueño; lo determinante para que se entienda que una cosa es ajena es que deba existir algún propietario sin cuya voluntad se haya actuado. En otras palabras, para que haya delito se exige solamente que el autor del hurto esté en conocimiento de que la cosa tiene dueño, sin importar si se ignora quién es. Que la cosa sea ajena no implica que la cosa apropiada tenga que ser sustraída de la persona de su propietario, sino que de *cualquier* persona que tenga custodia sobre la cosa.<sup>262</sup>

En consecuencia, que la cosa sea ajena implica que no debe pertenecer al sujeto activo y debe pertenecer a *otra* persona, sin necesidad de que el dueño sepa o tome conocimiento de que se está sustrayendo un objeto de su patrimonio y pasando al patrimonio de otro.<sup>263</sup> La estructura típica del hurto no exige identidad entre el titular de la propiedad sobre la cual el ladrón se apropia mediante sustracción, por un lado, y la persona de quien la cosa es en efecto sustraída por otro.<sup>264</sup> La sustracción consiste en la ruptura de custodia ajena acompañada de la constitución de una nueva custodia sobre la cosa<sup>265</sup>. Entonces, no es *típicamente* necesario que haya identidad entre custodio y propietario de la cosa.

---

<sup>260</sup> Para C. Roxin, gracias a la adopción de una teoría liberal del bien jurídico, según la cual éstos sirven para el libre desarrollo del individuo; no puede existir lesión alguna al bien jurídico cuando una acción se basa en una disposición del portar del bien jurídico. Aquello significaría más bien una expresión del desarrollo del bien jurídico. Así, todo consentimiento eficaz excluye el tipo. Ciertamente existen límites cuando se trata de delitos contra bienes jurídicos individuales personalísimos, como las lesiones. *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos, La estructura de la teoría del delito* (España: Civitas, 1997), 511 y ss.

<sup>261</sup> Garrido Montt, *Derecho Penal: Parte Especial*, 170 y 171.

<sup>262</sup> Mañalich, “Justicia, Propiedad y Prevención”, 182 (véase Introducción, n. 6).

<sup>263</sup> *Ibid.*

<sup>264</sup> *Ibid.*

<sup>265</sup> *Ibid.*

En síntesis, la ajenidad debe entenderse en el sentido de que la especie materia de la apropiación tiene propietario y se debe haber actuado sin su voluntad, aun cuando se ignore su identidad y aun si la cosa está extraviada o perdida por su dueño.

### **V.1.2. Análisis sobre la legitimidad de la norma de comportamiento: ¿quién se beneficia de su tipificación?**

Habiendo dado a conocer los elementos del tipo que configuran la norma de comportamiento objeto del análisis, es posible avanzar en la comprobación de la legitimidad de la norma de comportamiento.

De tal forma, obsérvese el siguiente ejemplo: A hace unos días sustrajo una bicicleta. Un día A se dirige con la bicicleta sustraída a comprar al almacén más cercano de su casa, dejando la bicicleta estacionada afuera mientras realiza su compra. Otro sujeto, B, quien justo ese día pasaba por fuera del almacén y quien hace años deseaba tener una bicicleta pero que no había podido adquirir, al ver la bicicleta estacionada la toma y sale huyendo para hacerse de ella.

Frente a aquel caso, la pregunta que cabe realizar es si la conducta de B ejemplifica la descripción típica del hurto. Y la respuesta es afirmativa: B sustrae una cosa corporal mueble y ajena, la bicicleta, con ánimo de señor y dueño, haciéndose de ella para disponer de ésta, lo que muestra una pretensión de excluir el poder de disposición que tenía A. Además, B quebranta la esfera de custodia que una persona distinta de B tenía sobre la bicicleta. Por lo que, es posible afirmar que se satisfacen todos los elementos del tipo.

Con todo, algo intuitivamente parece no estar bien en aquel ejemplo: B le sustrae una bicicleta a A, quien a su vez la había sustraído a otro individuo la bicicleta, es decir, A no era dueño del objeto material del hurto, sino que, incluso, anteriormente él también la había hurtado. Sin embargo, de todas formas, se ve configurado un delito de hurto. En consecuencia, lo interesante de reparar en el caso presentado, es que, como intuitivamente se espera, A no es víctima del hurto, ya que él no es propietario de la cosa y, como se mostrara, la apropiación sólo puede afectar al dueño de la cosa sustraída. Empero, sigue estando correcto afirmar, desde un punto de vista conceptual, que B realiza el tipo del hurto.<sup>266</sup>

---

<sup>266</sup> Ibid, 178.

Desde un punto de vista referido a la fundamentación de la pena, el caso llama la atención, ya que muestra que el contenido del injusto de un hurto no puede identificarse sin más como el menoscabo de la propiedad del titular de la cosa: la posición jurídico formal del verdadero propietario no se ve alterada por la perpetración del hurto. Y esto último es posible de advertir si se echa mano a lo ya revisado respecto al concepto de propiedad y a la estructura típica del delito: gracias a que el hurto es un delito de lesión con desplazamiento correlativo y que, aquello que protege la norma de comportamiento en cuestión es una arista de la propiedad, identificada como el poder fáctico de disposición; es que el autor del hurto mediante la sustracción y consiguiente apropiación, se hace del poder fáctico de disposición sobre la cosa, que es, en efecto, aquello que “la víctima” del hurto pierde y aquello que la prohibición del hurto protege.

Y esto ocurre justamente debido a que lo protegido por el delito del hurto no es la propiedad como sinónimo de dominio, sino que es la propiedad en su aspecto de contenido fáctico de disposición sobre una cosa, que es correlativo a la posición jurídico formal del titular de la cosa. De tal forma, gracias a que, mediante la acción de apropiación, el autor del delito pasa a acceder a aquello que quien detentaba la cosa pierde, es decir, pasa a acceder al poder de disposición fáctico; es que comienza inmediatamente a beneficiarse de la protección que brinda el ordenamiento jurídico a esa posición, a tal nivel, que el autor del hurto pasa a ver resguardada su posesión viciosa sobre la cosa, salvo frente al dueño de la cosa.<sup>267</sup>

Aquella conclusión fue formulada por primera vez por Juan Pablo Mañalich e identificada por éste como la paradoja distributiva del hurto: el autor de un hurto sólo puede beneficiarse del seguimiento generalizado de la prohibición del hurto cuando realiza un hurto, es decir, cuando su acción de apropiación tiene éxito.<sup>268</sup>

En consecuencia, el seguimiento de la norma de comportamiento del hurto, cuyo seguimiento generalizado según la teoría de la justificación de la pena defendida en el trabajo, debe ser favorable para todos, sólo es favorable para proteger a quien detenta el poder de disposición fáctico y no así la propiedad *stricto sensu* sobre la cosa, generando aquello una paradoja distributiva. En otras palabras, para quien no tiene posibilidad de acceder al poder de disposición fáctico sobre la cosa para su uso y consumo, la prohibición del hurto no representa una norma cuyo seguimiento sea beneficioso, salvo si la quebranta dicha prohibición con éxito, accediendo de tal forma –de manera ilícita– al poder de disposición fáctico

---

<sup>267</sup> Ibid., 178 – 181.

<sup>268</sup> Ibid.

que otorga la propiedad privada, pero sin poder acceder *verdaderamente* a ésta, ya que como se viera anteriormente, un delito no puede ser un modo de adquirir el dominio.<sup>269</sup> Es decir, ni si quiera al quebrantar con éxito la prohibición del hurto, el sujeto en cuestión puede acceder a la propiedad privada, aun cuando pueda beneficiarse a partir de aquel quebrantamiento de la norma de comportamiento en cuestión.

#### **V.1.2.1. El hurto como delito de peligro abstracto y su contribución a la protección de la propiedad privada**

Esto último, siguiendo a Juan Pablo Mañalich, es determinante para entender la específica manera en que la prohibición del hurto contribuye a la protección de la propiedad privada, ya que su estructura típica muestra que lo esencial para entender que se realizó el comportamiento prohibido por el tipo del hurto se reduce a la apropiación mediante sustracción de una cosa *ajena*, sin importar si quien pierde el poder de disposición sobre la cosa es efectivamente la persona a quien jurídicamente se le reconoce la titularidad excluyente sobre la misma. Lo que es posible de concluir a partir de que como lo menciona el autor citado

la estructura típica del hurto no exige identidad entre el titular de la propiedad sobre la cosa de la cual el ladrón se apropia mediante sustracción, por un lado, y la persona de quien la cosa es en efecto sustraída, por otro.<sup>270</sup>

Es decir, el sentido de la prohibición del hurto es proteger *lo ajeno* con total independencia si el respectivo poder de disposición fáctico sobre la cosa que se ve lesionado estaba en “poder” del propietario o si el propietario de la cosa se entera que le ha sido sustraído un objeto.<sup>271</sup> Que el ejemplo presentado al inicio de este apartado sea un caso en donde hay tipicidad a título de hurto, sugiere que la finalidad de la protección de la prohibición del hurto no está siempre dada y referida al resguardo de la posición jurídico formal de propietario, sino que más bien, se podría pensar que está referida a la evitación de que una persona que no es propietaria de una cosa corporal se haga del poder de disposición que le corresponde a quien sí es propietario.<sup>272</sup>

---

<sup>269</sup> Ibid.

<sup>270</sup> Ibid., 182.

<sup>271</sup> Ibid.

<sup>272</sup> Ibid.



Así, siguiendo los planteamientos de Juan Pablo Mañalich, que en el caso del ejemplo subsista el carácter prohibido de la apropiación mediante sustracción, aun cuando el propietario de la bicicleta ya había visto lesionado su derecho de propiedad sobre ella, permite sustentar la idea de que lo único relevante es que la cosa sea de otro.<sup>273</sup> Y, entonces, para el autor mencionado, desde un punto de vista de la lesividad del bien jurídico protegido por la respectiva prohibición, el hurto se configuraría como un delito de peligro abstracto, pues lo que se prohíbe es la apropiación mediante sustracción de una cosa ajena, sin que ello necesite traducirse en un efectivo resultado de lesión del poder fáctico de disposición del titular de la cosa, porque aquel poder fáctico de disposición del titular de la cosa puede ya haber estado anteriormente lesionado.<sup>274</sup>

En consecuencia, el autor del hurto no lesiona necesariamente el poder de disposición fáctica del propietario de la cosa –ya que puede haber sido lesionado con anterioridad– pero sí vuelve más insegura la posición de todo propietario: que esté permitido que un sujeto pueda andar sustrayendo cosas ajenas, aun cuando a la persona a quien jurídicamente se le reconoce titularidad sobre la cosa ya haya perdido anteriormente el poder de disposición sobre la cosa, vulnera una condición general de “seguridad heterónoma” necesaria en el tráfico económico.<sup>275</sup> No parece seguro para el tráfico económico de la propiedad privada que no se proteja lo ajeno.

Al respecto, se debe introducir brevemente una caracterización de la clasificación de delito de peligro abstracto. Así, siguiendo a Urs Kindhäuser, existen tres formas en las cuales un bien jurídico puede verse menoscabado: primeramente, un bien jurídico puede ser modificado en su sustancia, de tal manera, que ya no sea óptimo para cumplir su función o ya no pueda cumplirla a cabalidad, produciéndose en tal caso una lesión al bien jurídico en cuestión.<sup>276</sup> Aquel primer caso se corresponde con la clasificación dogmática de delito de lesión. Como segunda forma, se puede colocar a un bien jurídico en una situación tal, que depende solamente de la casualidad que sea menoscabado en su sustancia, correspondiéndose aquel caso con la clasificación dogmática de delito de peligro concreto. Por último, una tercera forma en que puede menoscabarse un bien jurídico, es cuando se da una situación en la que no están garantizadas las condiciones de seguridad necesarias para una disposición racional sobre un bien. En tal caso, el bien solamente puede ser utilizado de manera restringida, perdiendo valor

---

<sup>273</sup> Ibid., 181 – 190.

<sup>274</sup> Ibid.

<sup>275</sup> Ibid.

<sup>276</sup> Urs Kindhäuser, “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal”, *InDret* 1 (febrero 2019); 7 – 10.

para su titular. Esta última forma se corresponde con la clasificación dogmática de delito de peligro abstracto.<sup>277</sup>

De tal clasificación, es posible postular, siguiendo a Kindhäuser, que una parte más o menos grande de los delitos de peligro tiene un contenido de injusto y de culpabilidad demasiado pequeño, de manera que su castigo con la pena criminal es cuestionable o, incluso ilegítimo.<sup>278</sup> Así, el problema de la legitimación de los delitos de peligro es que el injusto no radica en el menoscabo de la sustancia de un bien jurídico, sino que mediante el hecho delictivo se crea, más bien, solamente el peligro de una lesión al bien jurídico, lo que pone en riesgo las condiciones de aprovechamiento de ese bien jurídico. Y volviendo al objeto de estudio, es posible concluir que justamente aquello es lo que genera, según Juan Pablo Mañalich, la tipificación de la prohibición del hurto con aquella característica estructura típica, en virtud de la cual, lo que se ve menoscabado no es la propiedad *strictu sensu*, sino que el poder de disposición fáctico inherente al derecho de propiedad sin tener relevancia jurídica alguna que quien pierde el poder de disposición sobre la cosa es efectivamente el titular de la misma.<sup>279</sup>

#### **V.1.2.2. Consideraciones posteriores de la Ley 19.950: finalidad perseguida**

Ahora bien, tratándose del hurto falta, las implicancias de lo dicho hasta ahora parecen profundizarse debido a la finalidad perseguida con la dictación de la Ley 19.950, que incorporó al Código Penal el artículo 494 bis.

De acuerdo con la historia de la ley, la moción de introducir reformas a la regulación de los delitos de hurto fue presentada por ciertos Diputados de la República con el objetivo de enfrentar el “verdadero flagelo que representan los denominados “hurtos hormiga”, que a diario sufren los establecimientos de venta por sistema de autoservicio”.<sup>280</sup> Así, el argumento central tenido en cuenta para tipificar el artículo 494 bis del Código Penal fueron que las Asociaciones Gremiales de Comerciantes, en conjunto con diferentes actores económicos, plantearon la necesidad de efectuar cambios a la legislación penal para hacer frente a los perjuicios económicos que generaban los hurtos a los supermercados o a las grandes tiendas. Perjuicios que se experimentaban debido a la suma de las sustracciones efectuadas a sus establecimientos de comercio, que significaban grandes pérdidas anuales.

---

<sup>277</sup> Ibid., 13 – 14.

<sup>278</sup> Ibid., 15 – 18.

<sup>279</sup> Mañalich, “Justicia, Propiedad y Prevención”, 178.

<sup>280</sup> Véase Biblioteca Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley 19950*, (junio 2004) en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5662/>

A su vez, se consideró el perjuicio que generaban los “hurtos hormiga” al Fisco, debido a la importante evasión tributaria que se producía y la competencia desleal que generaba la venta de aquella mercadería sustraída.<sup>281</sup>

Por lo que, además de los problemas de legitimidad ya presentados respecto al hurto simple, el hurto falta presenta uno ulterior referido al principio de universalización propio de una teoría retribucionista como la aquí defendida. De tal manera, se debe volver sobre los planteamientos presentados de Antony Duff y afirmar que la prohibición del hurto y, más específicamente, la prohibición del hurto falta, no encarnan los valores y exigencias que el mismo acusado podría aceptar para sí mismo, sino que más bien encarna los valores y exigencias de los miembros pertenecientes a las Asociaciones Gremiales de Comerciantes, como se hace explícito de manera literal en los incentivos que motivan la moción parlamentaria.<sup>282</sup> En el mismo sentido, Guillermo Oliver Calderón en su artículo “Análisis crítico de las últimas modificaciones legales en materia de hurto-falta” menciona:

Nos parece muy revelador el hecho de que durante la tramitación del proyecto de ley que dio origen a la ley en análisis se haya escuchado la opinión de varios representantes de supermercados y grandes tiendas comerciales y que, en cambio, no se haya consultado el parecer de profesores de Derecho Penal.<sup>283</sup>

Como se dijera, bajo una teoría retribucionista, el ejercicio de la potestad punitiva del Estado exige que las normas cuyo quebrantamiento pueda ser objeto de reproche penal sean normas legítimas, es decir, aceptables para todos y vistas como normas de cada ciudadano. Sin embargo, siguiendo aquel planteamiento, no pareciera ser que el seguimiento de la prohibición del hurto y del hurto falta sean una norma aceptable para todos, en cuanto vulnera exigencias de culpabilidad y exigencias de reciprocidad. Como lo menciona Juan Pablo Mañalich en su texto “Justicia, propiedad y prevención”:

Para quien no tiene posibilidad de acceso a la propiedad privada, la prohibición del hurto no representa una norma cuyo seguimiento generalizado le sea favorable. Pues *ceteris paribus* – esto es, a menos que otra persona renuncie a su propiedad sobre una cosa, convirtiéndola en *res derelictae*, cuyo dominio pase a ser susceptible de ser adquirido lícitamente mediante ocupación – es la *observancia* o *seguimiento* de la prohibición de hurto lo que determina que esa persona no llegue a beneficiarse de la institución de la propiedad.<sup>284</sup>

---

<sup>281</sup> Ibid.

<sup>282</sup> Véase cap. III.

<sup>283</sup> Guillermo Oliver Calderón, “Análisis crítico de las últimas modificaciones legales en materia de hurto-falta”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* Vol. XXVI, (Semestre I 2005): 305.

<sup>284</sup> Mañalich, “Justicia, Propiedad y Prevención”, 178

A su vez, se debe hacer énfasis en que los objetivos que motivaron la dictación de la Ley 19.950 son objetivos que vislumbran una pretensión de prevención y de represión de aquellas conductas que ponen en peligro el correcto desenvolvimiento del tráfico económico en las grandes tiendas o tiendas de retail, es decir, objetivos que bajo una visión de prevención general negativa o intimidatoria de la pena no exhiben problemas de legitimidad<sup>285</sup>. Combatir mediante el aparato punitivo del Estado la percepción pública de que los hechos denunciados se sancionan sólo en muy pocos casos, generándose una sensación de impunidad, es justamente aquello que el prevencionismo general quiere combatir.<sup>286</sup> Para una visión prevencionista ejercer, mediante la dictación de normas de sanción, un efecto persuasivo para evitar la comisión de delitos futuros es la finalidad que justifica el castigo. Sin embargo, todo el punto radica en que, desde una óptica retributiva, aquella finalidad no sería legítima.

En consecuencia, en este apartado, tras el análisis de la norma de comportamiento y su estructura típica, se intentó demostrar la existencia de una primera injusticia distributiva tras la tipificación del hurto falta, que deriva de la falta de legitimidad de la norma de comportamiento. Y la falta de legitimidad de ésta se debe a problemas referidos a su universalización y su pretensión de ser beneficiosa para todos los miembros de la comunidad, lo que repercute en la exigencia de ser un estándar de justicia retributiva. En el apartado a continuación se revisará la legitimidad ulterior que debe exhibir la norma de sanción.

## **V.2. La norma de sanción: examen de proporcionalidad**

Rescapitulando, según el modelo de la teoría de las normas de inspiración analítica aquí defendido, el castigo expresa reproche por la falta de lealtad al ordenamiento jurídico que expresa un sujeto a través de su conducta contradictoria a una norma de comportamiento. Aquel reproche es posible de determinar mediante un juicio de merecimiento, juicio que no sólo ofrece una respuesta sobre la imposición de una pena, sino que también ofrece una respuesta respecto a la forma y magnitud de la pena que ha de ser impuesta, ya que una pena sólo va a ser justa si su cantidad refleja el grado de reprochabilidad de la conducta.

---

<sup>285</sup> Oliver, “Análisis crítico”, 306.

<sup>286</sup> En palabras del abogado presidente de la asociación de supermercados de Chile (ASACH), el señor Fernando Alvear Artaza: percepción pública de que los hechos denunciados se sancionan sólo en muy pocos casos, generándose una situación de impunidad para la gran mayoría de los casos. Asimismo, el diputado señor Walker hizo presente la sensación de desprotección y frustración existente en el comercio. Y diputado señor Escobar hizo hincapié en la sensación de impunidad que existía respecto de esta clase de delito y, por ende, en la urgente necesidad de establecer algún tipo de sanción para estas conductas que permitan a la sociedad percibir que se está, efectivamente, intentando enfrentar el problema. Véase Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley 19950* (junio 2004) en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5662/>

En el siguiente capítulo, se llevará a cabo el análisis específico sobre la proporcionalidad de la norma de sanción del hurto falta, regulado en el artículo 494 bis, tomando en consideración la implicancia de la conclusión arribada en la sección inmediatamente anterior, respecto a la falencia de legitimidad de la norma de comportamiento del hurto. De tal forma, se pretende demostrar que el hecho de que el hurto falta sea la única falta del Código Penal que se sancione en grado de frustración y que sea una de las únicas faltas que se sanciona con una pena privativa de libertad, infringe la proporcionalidad ordinal.

Para demostrar aquello, se presentará el tratamiento generalizado de las faltas en nuestro ordenamiento jurídico en cuanto a su grado de desarrollo y tipo de sanción aplicable para demostrar el tratamiento diferenciado del hurto falta en comparación a las otras faltas reguladas en el Código Penal. Posteriormente, se introducirán consideraciones relativas al disvalor que implica la punibilidad de un delito cometido en grado de frustración. Por último, utilizando como marco teórico la teoría presentada de reproche según merecimiento de Andrew Von Hirsch y utilizando como guía la disputa suscitada en sede de constitucionalidad referida al art. 450 del Código Penal, se intentará demostrar la segunda parte de la hipótesis del trabajo: la norma de sanción del hurto falta presenta una desproporcionalidad.

### **V.2.1. La regulación del hurto falta y su relación con la regulación general de las faltas**

El hurto falta se encuentra regulado en el Libro III del Código Penal chileno, denominado “De las faltas”; específicamente, en el artículo 494 bis del referido cuerpo normativo. Aquella figura delictiva, variante del tipo del hurto simple, fue creada el año 2004 con ocasión de la dictación de la Ley N° 19.950, terminando de fijar su contenido con la dictación de la Ley N° 20.140 en el año 2006. Así, el artículo 494 bis establece una norma de sanción que habilita a imponer un castigo de prisión en su grado mínimo a medio y una multa de cuatro unidades tributarias mensuales, a quienes cometen hurto, apropiándose de una cosa mueble y ajena, cuyo valor no pase de media unidad tributaria mensual.

Hasta antes de la dictación de las referidas leyes, el hurto – falta se encontraba regulado en el artículo 494 número 19 del Código Penal, junto a otras faltas de contenido patrimonial, que se configuraban como una variante de ciertos delitos bases contra la propiedad, a saber: el hurto, el hurto de hallazgo y la estafa, diferenciándose únicamente por el hecho de que el monto del valor del objeto apropiado fuese menor de una unidad tributaria mensual.<sup>287</sup> De tal modo, si la cosa objeto del delito valía

---

<sup>287</sup> Garrido Montt, *Derecho Penal: Parte Especial*, 189 y 190.

menos de una unidad tributaria mensual, entonces se estaba en presencia de una falta de hurto, de una falta de hurto de hallazgo o de una falta de estafa.

Luego de la dictación de la Ley N° 19.950, el año 2004, el hurto falta pasó a constituir una falta específica, regulada aparte de las faltas patrimoniales contempladas en el artículo 494 N° 19 y rebajando de una a media unidad tributaria mensual el límite que separa al hurto-falta del simple delito de hurto.<sup>288</sup>

En la dogmática jurídico penal el estudio de esta figura delictiva no ha despertado gran preocupación entre los catedráticos, ya que pareciera ser una figura delictiva de poca monta: es una variante del hurto que no tiene mucha relevancia debido a la escasa lesividad que genera al bien jurídico protegido y por el tratamiento que se le otorga: estar ubicado entre las faltas, además de asignársele una pena baja en atención a la escala general de penas contemplada en el artículo 21 del Código Penal, ya que se castiga con una multa y con la menor pena privativa de libertad, a saber, prisión en su grado mínimo a medio (de un día a veinte días y de veintiún días a cuarenta respectivamente). No obstante, a pesar de su escaso tratamiento dogmático, la dictación de la Ley N° 20.140 y la anterior dictación de la Ley N° 19.950 originaron una figura delictiva que trajo consigo una serie de problemas referidos a la proporcionalidad de su tratamiento penal en comparación a otras faltas del ordenamiento jurídico, sobre todo en lo referido a la punibilidad en grado de tentativa.<sup>289</sup>

De tal forma, el artículo 494 bis, establece reglas que modifican el tratamiento general de las faltas en cuanto a la autoría y participación, al *iter criminis*, a la reincidencia y al quantum de la pena.<sup>290</sup>

Así, respecto al grado de desarrollo del delito, el legislador, en el inciso segundo del artículo 494 bis, modifica el principio consagrado en el artículo 9 del mismo cuerpo legal, que prescribe que los delitos falta se castigaran únicamente cuando estén consumados. Es decir, el artículo 9 del Código Penal establece como regla general la no punición de la tentativa y de la frustración en esta clase de hechos, no obstante, el artículo 494 bis expresamente prescribe que el hurto falta se castigará con una multa de cuatro unidades tributarias mensuales cuando sea cometido en grado de frustrado, modificando la regla general. Respecto al quantum de la pena, el artículo 494 bis prevé una pena privativa de libertad, de

---

<sup>288</sup> Véase Raúl Carnevali, “Criterios para la punición de la tentativa en el delito de hurto a establecimientos de autoservicio. Consideraciones político-criminales a la pequeña delincuencia patrimonial”, *Política Criminal* 1 (2006): 1-17.

<sup>289</sup> *Ibid.*, 5.

<sup>290</sup> En este trabajo sólo se analizarán las reglas especiales referidas al *iter criminis* y al quantum de la pena.

breve duración, alterando el sistema penológico que el Código Penal prevé para las faltas, sometidas a pena de multa por regla general.<sup>291</sup>

En lo que viene, se introducirá la regulación de las faltas en el ordenamiento jurídico para realizar una comparación entre la regla general de las faltas y el tratamiento del hurto falta y analizar si se satisface una proporcionalidad ordinal.

#### **V.2.1.1. Regulación de las faltas en el ordenamiento jurídico – penal chileno**

Sergio Politoff L, Jean Pierre Matus A. y María Cecilia Ramírez G. mencionan que el Código Penal chileno en su artículo 3º efectúa una clasificación legal de los delitos atendiendo a su gravedad: crímenes, simples delitos y faltas, calificándose según la pena que les está asignada en la escala general del artículo 21 del mismo cuerpo legal.<sup>292</sup>

Siguiendo aquella clasificación, las faltas se encuentran reguladas en el libro con que finaliza el Código Penal, el Libro III: “De las faltas”. La diferencia de este último libro con el anterior, que regula los crímenes y simples delitos, es que las faltas no están agrupadas de conformidad al bien jurídico protegido, sino que están agrupadas en virtud de un criterio que atiende exclusivamente a su gravedad.

A mayor abundamiento, el Título I del Libro III tipifica los distintos delitos faltas, y el Título II del Libro III señala las disposiciones comunes a todas ellas.<sup>293</sup> Así, en cuanto a las disposiciones comunes, las reglas generales aplicables a las faltas son las siguientes: en virtud del artículo 9 del Código Penal, las faltas se castigan sólo cuando han sido consumados, no existiendo, por regla general, tentativa ni delito frustrado de las faltas punibles. A su vez, en virtud del Título X del Libro II del Código Penal, se excluye la sanción de los cuasidelitos cuando la tipicidad del resultado producido es constitutiva de una falta.

Además, respecto a la participación, no se castiga el encubrimiento, siendo sólo punibles en calidad de autor y cómplice. A este propósito, se establece una regla especial en el artículo 498 del Código Penal, que sanciona los cómplices de una falta con una pena que no exceda la mitad de la que

---

<sup>291</sup> Con la dictación de la primera ley que modifica el tratamiento del hurto – falta, no se fijó la sanción expresa y determinada de dichas conductas, generando aquellos problemas de constitucionales por infracción al principio de legalidad. En ese sentido, la Corte Suprema dictó una sentencia destacada, la cual absolvía a la imputada por haber cometido el hurto falta en grado frustrado, ya que no existía pena legalmente consagrada para castigar su comportamiento. Fue por aquella razón, que el año 2006 se dicta la segunda ley, la Ley N° 20.140. Para más información, véase Álvaro Fernández Díaz, “Hurto-falta: una reforma mal hecha y otra pendiente”, en *Libro sentencias destacadas 2005. Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas. Anuario de Jurisprudencia* (Santiago: Alfabet, Artes Gráficas, 2005).

<sup>292</sup> Politoff, Matus y Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, 159 (véase cap. IV, n. 180).

<sup>293</sup> Véase en Garrido Montt, *Derecho Penal: Parte Especial*, 189 y 190.

corresponda a los autores. Por último, cabe mencionar la dictación, con fecha 15 de mayo de 1997, de la Ley N° 19.501 que introdujo modificaciones a la Ley N° 19.450 – ley que se dictó para regular la escala de multas – suprimiendo, entre otras cosas, la prisión como medida aplicable a las faltas y sustituyéndola por las penas de multa.<sup>294</sup>

## **V.2.2. Examen de proporcionalidad**

Una vez revisada las disposiciones generales de las faltas es posible entrar de lleno al análisis de la norma de sanción en cuestión. Así sólo serán sometidos a revisión las siguientes dos modificaciones introducidas por la Ley N° 19.950 y la N° 20.140: la incorporación de la pena de multa por una de prisión en su grado mínimo a medio; y la decisión de sancionar las etapas ejecutivas anteriores a la consumación, respectivamente.

### **V.2.2.1. Examen de proporcionalidad ordinal con relación al *quantum* de la pena**

El análisis comenzará con la modificación en cuanto a la cuantía de la pena. De tal forma, lo primero en lo que se debe reparar para el análisis de la proporcionalidad ordinal, es el hecho, que ya se dijera en el apartado anterior, de que el elemento distintivo de las figuras delictivas de las faltas es su escasa gravedad o menor gravedad en comparación con el resto de las figuras delictivas que componen la parte especial del Código Penal, estando conformado, en este caso, el criterio de gravedad por la cuantía de su pena. Aquella diferencia en cuanto a su gravedad genera que las faltas tengan una regulación específica, que fija respuestas punitivas atenuadas o incluso elimina la respuesta punitiva en ciertas consideraciones. De tal forma, haciendo una revisión de los hechos punibles consagrados en el Libro III, Título II, es posible percatarse que todas las faltas ahí contempladas, salvo la del artículo 494 bis, que regula el hurto falta y el numeral dos del artículo 494 ter, que regula una variante de acoso sexual; tienen asignada una pena de multa y no una pena privativa de libertad.

A mayor abundamiento, el legislador fijó para el hurto – falta consumada, además de una pena de multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales, una pena de prisión en su grado mínimo a medio en los siguientes términos: *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.* Así, con esta modificación, el legislador volvió atrás en relación con la dictación de la Ley N° 19.501 de 15 de mayo de 1997, que había suprimido la prisión como pena

---

<sup>294</sup> Oliver, “Análisis crítico”, 303.



aplicable a las faltas, sustituyéndola por la pena de multa.<sup>295</sup> Según Guillermo Oliver Calderón, aquella supresión había sido motivada para evitar el efecto desocializador que generaba la pena privativa de libertad de corta duración.<sup>296</sup>

Dicha modificación generó un tratamiento diferenciado y excepcional respecto al resto de las faltas de nuestro ordenamiento jurídico, afectando con ello el principio de proporcionalidad retrospectiva, que dispone que personas condenadas por delitos de gravedad semejante deberían recibir castigo de severidad semejante. El legislador reguló en un libro aparte del de los crímenes y simples delitos, las faltas, justamente por considerar que todas esas conductas son menos graves y las agrupó en un mismo libro por considerar que tienen una gravedad similar.

Es decir, el hecho de que el hurto falta sea una falta y el hecho de que esté situado geográficamente en el libro tercero del Código Penal, ya nos debería dar luces sobre su gravedad: tiene una gravedad similar al resto de las faltas. No obstante, no tiene un castigo similar al resto de las faltas, sino que más bien, todo el punto está en que es una de las únicas faltas, junto al acoso callejero, que recibe una pena privativa de libertad, afectando con ello un derecho fundamental como lo es la libertad.

En consecuencia, mirado desde la proporcionalidad ordinal, el hurto falta estaría infringiendo la exigencia de equivalencia mencionada, ya que, en comparación a los demás hechos delictivos que el legislador ha determinado como de gravedad similar, presenta un tratamiento penológico más severo que el resto.

Con todo, realizada la comparación del hurto falta con el resto de las faltas, aún queda por revisar si el grado de dañosidad de dicho delito es equiparable al grado de severidad de la sanción para afirmar con seguridad que se estaría trasgrediendo la proporcionalidad retrospectiva. Para dicho cometido, se debe recordar la escala elaborada por Andrew von Hirsch y Niel Jareborg centrada en el criterio de estándar de vida.

Así, en cuanto al primer elemento, la dañosidad del delito, lo primero que se debe identificar es cuál interés de los intereses que según los autores suelen verse afectados por un delito, se ve afectado por el hurto falta. De tal forma, los intereses presentados por los autores fueron principalmente la integridad física, los medios materiales y comodidades, la integridad personal y la privacidad. Y utilizando el ejemplo que los mismos autores dieron sobre el robo y ajustado al hurto falta, podría

---

<sup>295</sup> Ibid., 302.

<sup>296</sup> Ibid.

concluirse que, en el caso de la falta en cuestión, el único interés que se ve lesionado es uno referido a los medios materiales, en particular, la pérdida material del objeto sustraído, además de las molestias y posibles gastos de reparaciones. Dicho aquello y siguiendo con la metodología propuesta por los autores, para valorar el daño de la conducta, el criterio de estándar de vida debe ser aplicado a la dimensión material trasgredida.<sup>297</sup> Y de la misma manera que en el ejemplo propuesto por los autores en cuestión, se puede decir que el impacto al estándar de vida es relativamente menor cuando se trata de un delito de hurto: no se pierde mucho en el típico hurto falta a un supermercado, donde el valor de la cosa sustraída debe ser menor a media unidad tributaria mensual. El bienestar material del dueño de una grande tienda se ve escasamente afectado.

A su vez, se debe considerar la graduación que realizan los autores mencionados en cuanto al estándar de vida. Se debe recordar, que éstos distinguen entre cuatro niveles: el de subsistencia, el de bienestar mínimo, el de bienestar adecuado y el de bienestar intenso. Así, de aquellos estándares, pareciera que la afectación al interés lesionado por el hurto falta, el referido a los medios materiales, se correspondería con uno de los últimos niveles del estándar de vida.

De tal forma, en la figura delictiva en cuestión, los intereses que se ven afectados por el hurto falta, considerando que la mayoría de ellos se comete en establecimientos de comercio, es en último término el poder de disposición fáctico de las empresas que ofrecen tales servicios.<sup>298</sup> Es decir, lo que se ve afectado es un elemento o una arista del derecho de propiedad de los titulares de aquellas cadenas de compraventa bajo la modalidad de autoservicio o como lo clasifican von Hirsch y Jareborg, se estaría afectando los medios materiales. Por tanto, el interés afectado, según la escala mencionada, sería un interés cuya afectación al estándar de vida pasa con creces los primeros tres niveles: el de subsistencia, el de bienestar mínimo y el de bienestar adecuado. Esto último se cree considerando que el dueño de una cadena de venta nacional de bienes de consumo debe poseer un poder de disposición económico tal, que le permita satisfacer sus necesidades de subsistencia, de bienestar mínimo y de bienestar adecuado para recién allí, cuando se tiene asegurado aquellos tres primeros niveles de estándar de vida, pensar en invertir el dinero suficiente y necesario para ser dueño de un establecimiento de comercio a grande escala.

---

<sup>297</sup> Von Hirsch, *Censurar y Castigar*, 67.

<sup>298</sup> En el primer trimestre del año 2014 un 76% del total las detenciones por los delitos de robo con fuerza, hurto y lesiones fue por hurto en supermercados o centros comerciales. Datos obtenidos por el Departamento de Estudios y Estadísticas de la Subsecretaría de Prevención del Delito del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, abril 2014.

Por su lado, en cuanto al segundo elemento, la severidad de la sanción se debe volver sobre lo sostenido por Andrew Von Hirsch y Niels Jareborg, quienes consideraba que mientras más importante sean los intereses afectados por una determinada pena, más severa será aquella. Así, los autores realizan el análisis de intereses afectados por la sanción de una manera similar al ofrecido para valorar la gravedad de los delitos. De tal forma, para éstos, las penas podrían ser graduadas de acuerdo con el grado que típicamente afectan la libertad de movimiento, la capacidad económica y demás. En consecuencia, una condena larga de prisión sería un castigo severo por afectar por una larga duración la libertad de movimiento, mientras que una condena de corta prisión sería menos grave que ésta, pero más grave que una pena de multa, que sólo estaría afectando la capacidad económica.

Por lo que, al contemplar una pena de prisión, la sanción del hurto falta estaría afectando la libertad de movimiento, que es un interés importante como un medio estándar para conseguir cierto estándar de vida.<sup>299</sup>

Frente a dicha conclusión, cabe preguntarse si acaso no existe otro medio disponible que pudiera expresar un reproche igualmente demeritorio que la conducta típica del hurto falta, en atención a su escasa lesividad, sin generar los efectos desocializadores que tienen las penas privativas de libertad de corta duración y cuya severidad fuera equivalente a la gravedad del delito.

Al respecto, parece pertinente mencionar el trabajo que hiciera Jesús – María Silva Sánchez sobre la delincuencia patrimonial leve, que aborda el debate sobre cuál debe ser la política del Derecho Penal frente a ésta.<sup>300</sup> Así, según el autor mencionado, ha habido propuestas dispares en cuanto a la respuesta jurídica que debe darse al fenómeno de la delincuencia patrimonial leve: unas abogan por imponer una pena corta de privación de libertad como mecanismo esencial de reacción frente a cada acto de apropiación de bienes ajenos, otras proponen que la intervención del aparato punitivo se reduzca a los casos de reincidencia, mientras que otros hablan de despenalización propiamente tal y de utilizar otras medidas de carácter civil o administrativas como respuesta.

Esta última propuesta fue una barajada por el Derecho Penal alemán en el Proyecto Alternativo de 1974, que contenía una combinación de elementos civiles, administrativos y penales, intentando convertir aquellos delitos patrimoniales leves en infracciones administrativas para evitar el efecto

---

<sup>299</sup> Von Hirsch, *Censurar y Castigar*, 67.

<sup>300</sup> Véase Jesús María Silva Sanchez, “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*, eds. Enrique Bacigalupo Zapater, Miguel Bajo Fernández y Fernando Arboleda Ripoll (Bogotá: Legis, 2005), 332-360.

desocializador que poseen las penas privativas de libertad de corto plazo, que generan un efecto de marginación del sujeto y su difícil reincorporación en la sociedad. De tal forma, se presentaron dos opciones de despenalización: una radicada en el ámbito civil, en donde el procedimiento de determinación del hecho y la imposición de la sanción tenían naturaleza privada; y otra, radicada en el ámbito administrativo, consistente en convertir los delitos patrimoniales leves en infracciones administrativas.<sup>301</sup> En este orden de ideas, es posible mencionar la experiencia comparada del programa de despenalización denominado *Rapport por decriminalization*, que resume los trabajos realizados por una Comisión de Expertos del Consejo de Europa entre 1972 y 1978, que trata como posibilidades ejemplares de descriminalización, el hurto en tiendas de autoservicio, proponiéndose un desplazamiento de la cuestión penal hacia el ámbito de lo civil.<sup>302</sup> Con todo, aquellas propuestas no han prosperado, debido a las consecuencias simbólicas que trae consigo la despenalización de aquellos ilícitos: la conversión del hurto falta en mero ilícito administrativo no atendería al auténtico disvalor ético-social que implica la lesión a la propiedad, como expresión de una afectación directa a la esfera individual de libertad de los ciudadanos.<sup>303</sup>

Frente a aquella problemática se presentó una alternativa referida a enfrentar aquel tipo de delincuencia, sin perder el efecto simbólico de su persecución, con el derecho procesal penal. Aquella solución ha sido ampliamente dominante en la discusión alemana y se caracteriza por la preponderancia de la institución del sobreseimiento por insignificancia o el sobreseimiento condicionado.<sup>304</sup>

Respecto a la primera institución, aquella es posible de asimilar al principio de oportunidad en sentido estricto existente en nuestro proceso penal, consagrado en el artículo 170 del Código Procesal Penal y consiste en prescindir del procedimiento cuando la culpabilidad del autor se contempla como insignificante y no existiera interés público en su persecución. La segunda institución podría asimilarse a la institución existente en nuestro ordenamiento jurídico de la suspensión condicional del procedimiento, consagrada en el artículo 237 del Código Procesal Penal, referida a la posibilidad por parte del Ministerio Público de prescindir provisionalmente, en el caso de un delito menos grave, de presentar acusación e imponer, a la vez, obligaciones e instrucciones que deben cumplirse en el plazo de un tiempo para obtener el sobreseimiento definitivo. Estas opciones mantienen el efecto simbólico del proceso en sí, más el efecto expresivo de la sanción procesal correspondiente (las instrucciones y obligaciones que

---

<sup>301</sup> Ibid.

<sup>302</sup> Véase Enrique Bacigalupo Zapater, “Descriminalización y Prevención”, *Poder Judicial* N° especial II: Justicia Penal, (Madrid: Ediciones De Palma, 1987): 9-27.

<sup>303</sup> Véase Silva, “Delincuencia patrimonial leve”, 340.

<sup>304</sup> Ibid.

debe cumplir el imputado en el marco de un sobreseimiento condicional) y evita la pena criminal y sus consecuencias desocializadoras.<sup>305</sup>

Por último, cabe mencionar un tercer grupo de posturas, dentro de cuyos partidarios se encuentra Andrew von Hirsch, para quien lo adecuado a la criminalidad de bagatela sería un procedimiento judicial simplificado con una sanción distinta a la pena criminal y no estigmatizante, que no contemplara penas de privación de libertad, sino que más bien penas dirigidas a la reparación del daño, como podría ser asimilable a un acuerdo reparatorio.<sup>306</sup>

Por lo que, dicho aquello, es posible afirmar que sí existen otros medios menos lesivos y más concordantes con la gravedad del hecho delictivo del hurto falta, para lograr la censura querida por el reproche, cuestión que ha sido estudiada por la doctrina comparada e incluso propuesto en proyectos legislativos, ya sean estos medios administrativos, civiles o sanciones especiales de reparación en atención a la gravedad del daño ocasionado.

En el caso de Chile, según Roberto Vega, defensor local de Antofagasta, un número importante de los casos de hurtos faltas, que son objeto de audiencias de control de detención, se resuelve inmediatamente procediendo en el acto a la imposición de una pena de multa o a la suspensión de la sanción o suspensión del procedimiento. Así, frente a aquella realidad, el defensor penal público considera que se debe replantear la necesidad de avocar recursos materiales y humanos a perseguir un delito, que es propio de la denominada seguridad ciudadana, y volver a debatir sobre aquella decisión de criminalización ya no sólo con la presencia de los representantes de cadenas comerciales.<sup>307</sup>

En ese orden de ideas, cabe dejar abierta la interrogante acerca de cuál fue la razón que tuvo en mente el legislador para ocuparse de introducir una regla, que en la práctica no se traduce en una efectiva privación de libertad pero que de todas formas habilita al aparato punitivo del Estado a ejercer su poder sobre un sujeto determinado.

En consecuencia, la gravedad del hurto falta, que lesiona aquella fracción de poder de disposición fáctico del dueño de un supermercado, parece ser mínima en comparación a lo que implica la privación de libertad, aunque sea de corta duración. La modificación introducida por la Ley 19.950 concedió un permiso que habilita al adjudicador a aplicar sanciones privativas de libertad a quienes se apropian mediante sustracción de un objeto cuyo valor es menor a media unidad tributaria mensual.

---

<sup>305</sup> Ibid.

<sup>306</sup> Ibid.

<sup>307</sup> Roberto Vega, "Hurtos faltas y control de detención", *El Mercurio de Antofagasta* (28 enero 2008).

Dicho lo último, se quiere demostrar que la equivalencia entre la gravedad del hecho punible y la severidad de la sanción no se presenta. Una pena privativa de libertad es una pena, que, en términos de severidad, afecta un interés que pertenece al primer estándar de vida, mientras que el interés que se ve lesionado con el hurto falta es uno que pertenece al tercer o cuarto nivel en el estándar de vida.

Así, siguiendo a Guillermo Oliver Calderón,

(...) pretender justificar una pena privativa de libertad a quien sustrae una barra de chocolate, cuyo valor es de tres mil pesos, en la consideración de que la acumulación de aquellas conductas origina pérdidas millonarias para los establecimientos comerciales y para el Fisco, vulnera el principio de culpabilidad y burdamente el principio de proporcionalidad<sup>308</sup>.

Por lo que, respecto a la primera modificación referido a la cuantía de la pena, no se satisface la equivalencia exigida por la proporcionalidad mirada en clave retrospectiva: la gravedad de la sanción no es equivalente al daño producido por el bien jurídico en cuestión.

#### **V.2.2.2. Examen de proporcionalidad con relación al grado de ejecución: punibilidad del hurto falta en grado frustrado**

Realizado el examen de proporcionalidad referida a la primera modificación del tratamiento del hurto falta, a continuación se realizará el examen de proporcionalidad de la segunda modificación, la referida a la introducción de una excepción al régimen general de la no punibilidad en grado de frustración de las faltas.

Así, el artículo 494 bis dispone en su inciso segundo: *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*, tomando el legislador la decisión de sancionar las etapas ejecutivas anteriores a la consumación.

Ahora bien, para poder entender con propiedad la problemática que se intentará demostrar, es necesario clarificar ciertas terminologías conceptuales y dar a conocer las teorías existentes en la doctrina para determinar cuándo un hurto se encuentra consumado, cuestión que no ha sido en pacífico en la dogmática ni en la jurisprudencia.<sup>309</sup>

---

<sup>308</sup> Oliver, “Análisis crítico”, 306.

<sup>309</sup> Sobre todo, por la discusión en torno a si el hurto es un delito de resultado o de actividad. Parte de la doctrina lo concibe como un delito de actividad, por lo que, no podría conocer desarrollo frustrado. Sin embargo, en el trabajo en cuestión no se

### V.2.2.2.1. Precisiones conceptuales de los títulos de punibilidad dependientes: tentativa y frustración

Así, lo primero que se debe decir, es que el ordenamiento jurídico-penal chileno reconoce en su artículo 7° tres formas de ejecución punibles: el delito consumado, el delito frustrado y la tentativa. De tal forma, se ha entendido que en el proceso de ejecución de un delito es posible distinguir una progresión de etapas sucesivas, de tal forma que la consumación de un delito sería la última etapa del proceso punible bajo el derecho penal chileno y se produciría cuando el autor realiza de forma completa todos los requisitos exigidos por el tipo penal respectivo, es decir, cuando su comportamiento ejecuta completamente la conducta descrita en la ley.<sup>310</sup> Utilizando los términos y distinciones de la teoría analítica del delito aquí defendida, el delito se encontraría consumado entonces cuando el comportamiento en cuestión se corresponde con el quebrantamiento (imputable) de la norma primaria de comportamiento.<sup>311</sup>

Sin embargo, el proceso descrito se puede ver interrumpido en cualquiera de sus etapas por causas dependientes o independientes de la voluntad del agente. Si la voluntad delictiva aún no se ha manifestado exteriormente de algún modo, la situación debe ser irrelevante para el derecho, en virtud del principio de hecho (*cogitationis poenam nemo patitur*). Pero, si el sujeto ya emprendió la ejecución de la acción típica y no alcanza a concluirla, o ejecutada toda la acción, no consigue ocasionar el resultado típico, entonces de todas maneras el derecho penal sanciona dicho comportamiento, a pesar de que aquella conducta no haya satisfecho todos los elementos del tipo o quebrantado por completo la norma primaria de comportamiento. El primer caso sería un caso de tentativa, es decir, atendiendo el tenor literal del artículo 7° del Código Penal, un caso en el cual el sujeto ha iniciado la realización de la acción típica pero no ha llegado a completarla; mientras que el segundo caso, constituiría un caso de delito frustrado, es decir, un caso en que el autor ha ejecutado toda la acción típica, sin conseguir, a pesar de ello, la producción del resultado.<sup>312</sup>

En consecuencia, por un delito de hurto falta frustrado habría que entender aquellos casos en que el autor pone todo de su parte para apropiarse de un bien mediante sustracción, pero aquello no se verifica por causas independientes a su voluntad, por ejemplo, porque es aprehendido al pasar las cajas

---

ahondará en aquella discusión por no ser el objeto de la investigación en cuestión. Con todo, se adoptará la propuesta presentada por Alejandra Olave, quién sienta las bases teóricas para entender que el hurto es un delito de resultado y, por tanto, si puede conocer desarrollo en grado de frustración. Para más información, véase Olave, “El delito de hurto”, 2018.

<sup>310</sup> José Manuel Gómez Benítez, *Teoría Jurídica del Delito, Derecho Penal, Parte General*, (Madrid: Civitas, 1984), 245 – 273.

<sup>311</sup> Véase Juan Pablo Mañalich Riffo, “La tentativa y el desistimiento en el Derecho Penal. Algunas consideraciones conceptuales”, *Revista de Estudios de la Justicia* 4 (enero 2004): 137 – 175.

<sup>312</sup> Enrique Cury Urzúa, *Derecho Penal, Parte General* (Santiago: Ediciones UC, 2005), 548 y 549.

de pago de un establecimiento de comercio portando las especies sustraídas, sin haber pagado por ellas.<sup>313</sup>

Las formas de ejecución de delitos en grado frustrado o tentado han sido denominadas por la dogmática jurídico penal como “formas imperfectas” de realización o ejecución del tipo, ya que son fases previas a la plena realización del tipo correspondiente. Juan Pablo Mañalich considera, que aquellas formas delictivas serían formas especiales de aparición del hecho punible, entendidas como “títulos de punibilidad dependientes”, es decir, que operarían como estructuras de imputación variables al paradigma de atribución de responsabilidad jurídico penal, que se identifica con el delito consumado.<sup>314</sup> Así, cuando una persona es hecha responsable como autora de un delito frustrado o tentativa en sentido estricto, lo que se le estaría imputando es un comportamiento que precisamente no se correspondería con la realización antijurídica de un determinado tipo de delito; ya que, si el comportamiento que se le imputa se correspondiera con la realización del tipo de delito, se estaría en presencia de un delito consumado<sup>315</sup>. Por lo que, lo distintivo de la tentativa, sería, para el penalista chileno, que se trataría de un título de punibilidad que modifica el objeto de imputación, teniendo en común con el delito consumado, que para ambos la infracción de deber se presenta como base de merecimiento. Pero se diferenciarían en que el delito consumado tiene adicionalmente a la base de merecimiento la anti-normatividad de aquella infracción de deber.<sup>316</sup>

En consecuencia, el grado de ejecución de un delito tentado o frustrado tienen en común que ambos implican una infracción de deber que sirve de merecimiento para su punibilidad pero que el delito consumado tiene adicionalmente un criterio de merecimiento referido a la antinormatividad del comportamiento, constituyéndose como un plus de injusto.

#### **V.2.2.2.2. El momento de la consumación en el hurto**

Ahora bien, tratándose de los delitos de apropiación como lo es el hurto, respecto a la determinación del momento de consumación y de cuándo se entendería frustrado han surgido variadas teorías. Las principales son la de la *contractio*, que establece que basta el contacto físico del autor con la cosa (tocarla) para que el delito esté consumado; la de la *aprehensio rei*, que establecería un requisito adicional a la de la *contractio*, exigiendo no sólo tocar el bien, sino la aprehensión de éste; la teoría de la *amotio*, que exige que el objeto sea removido del lugar donde está y trasladado a otro distinto; la de

---

<sup>313</sup> Olave, “El delito de hurto”, 176.

<sup>314</sup> Véase Mañalich, “La tentativa y el desistimiento”, 137.

<sup>315</sup> Ibid., 138 y 139.

<sup>316</sup> Ibid.



la *ablatio*, que requiere que la cosa sea sacada del lugar físico en el que se encuentra; y la de la *illatio*, que establece la consumación al momento en que la cosa arriba al lugar que el autor se proponía.<sup>317</sup> A estas se suma la teoría de la disposición, propuesta por Mario Garrido Montt, quien afirma que se da la consumación “cuando el delincuente se encuentra en la posibilidad de ejercer esa facultad de disposición, cuando logra estar en condiciones de disponer de la cosa ajena, siquiera por un instante”.<sup>318</sup>

Frente a aquellas teorías, Alejandra Olave sostiene que todas aquellas presentan una característica común: “realizan una generalización excesiva, que ignora que la custodia sobre la cosa es una relación fáctica, reconocida y dotada de sentido por reglas sociales de orden jurídico”.<sup>319</sup> De tal forma, la autora citada considera que todas aquellas teorías ponen énfasis únicamente en una variable espacial de relación del sujeto con la cosa, lo que sería errado, ya que perdería de vista que existen otros factores para reconocer la consumación, contando sólo como un indicio la cercanía espacial.

Por lo que, lo relevante radicaría en determinar cuándo, tras la acción de sustracción, el autor comienza a ejercer una relación fáctica de dominación de la cosa, que es expresión de su voluntad de dominación. Así, sería distinto si la acción recae en un objeto sobre el que existe un menor nivel de vigilancia o si se ejerce sobre objetos que se vigilan con mayor celo, como es el caso en que se cuenta con guardias, cámaras de seguridad y alarmas. Aquel modelo defendido por Olave es *la teoría de la ruptura de custodia y constitución de una nueva*, que hace depender el momento de consumación de la extensión y forma en que se ejerce la custodia, que se dará cuando el autor venza por completo el control pretendido por el titular y establezca un nuevo control, apropiándose del objeto.<sup>320</sup> Esto tiene concordancia con el medio - ya revisado en el apartado anterior - mediante el cual se lleva a cabo la conducta típica de apropiación: la sustracción.

En consecuencia, a modo de ejemplo y siguiendo a Alejandra Olave, en los casos de locales comerciales en los que se permite que las personas lleven sus bolsas o mochilas, saquen los productos de las vitrinas y los introduzcan dentro de dichas bolsas, no cabría hablar de sustracción, ya que la custodia del titular del bien sigue intacta, siendo protegido por mecanismos de vigilancia intensos y respeta la lógica del autoservicio: el dueño ha decidido dejar los objetos a disposiciones de sus clientes para que ellos los guarden donde les parezca pertinente<sup>321</sup>. Sólo se puede hablar de “hurto – hormiga”

---

<sup>317</sup> Véase en Garrido Montt, *Derecho Penal: Parte Especial*, 175 y ss.

<sup>318</sup> *Ibid.*, 177.

<sup>319</sup> Olave, “El delito de hurto”, 185.

<sup>320</sup> *Ibid.*

<sup>321</sup> *Ibid.*

frustrado allí cuando una persona es detectada, sin ella notararlo, por las medidas de seguridad, sustrayendo con ánimo de apropiación algún producto.<sup>322</sup>

### **V.2.2.2.3. Examen de proporcionalidad de la modificación legislativa referida a la punibilidad de los grados de ejecución del “hurto–hormiga”**

Hecha aquella revisión de las categorías centrales del *iter criminis*, es posible volver al análisis de la norma en cuestión.

De tal manera, según Guillermo Oliver Calderón, la modificación mencionada, introducida con la Ley N° 19.950, tuvo por objetivo evitar que se dictaran resoluciones absolutorias en aquellos casos en que un individuo sustraía especies de un supermercado o tiendas comerciales sin pagarlas y era aprehendido portando aquellas después de traspasar las cajas registradoras o de abandonar las dependencias del establecimiento comercial, considerando los tribunales que en aquel caso se estaba en presencia de un hurto frustrado.<sup>323</sup> En consecuencia, si la especie era menor de una unidad tributaria mensual, antes de la dictación de la Ley N° 19.950, la conducta prohibida caía bajo el ámbito del hurto falta frustrado, regulado en el artículo 494 N° 19, no castigándose, en virtud del artículo 9 del Código Penal.

Así, se había asentado cierta tendencia jurisprudencial de declarar impunes por encontrarse en grado de frustrado, aquellos casos en que un individuo, que había sustraído un objeto con ánimo de apropiárselo, era aprehendido luego de traspasar las cajas registradoras, ya que, siguiendo la teoría de la disposición, el sujeto aún no podía disponer si quiera un instante del objeto sustraído. O, siguiendo la teoría de la ruptura de custodia y constitución de una nueva, el sujeto aún estaba bajo la esfera de custodia del supermercado, no habiéndola quebrantado, a pesar de haberla debilitado, ya que el bien seguía estando bajo el control de los guardias, es decir, bajo una custodia cuya existencia era ignorada por el autor.<sup>324</sup>

En consecuencia, la motivación para la introducción de esta excepción, al tratamiento general que reciben las faltas en cuanto a su *no castigo* en etapas de ejecución anteriores a la consumación, estuvo dada por la tendencia que se observaba en la jurisprudencia de posponer considerablemente en el tiempo, el momento de la consumación de los delitos de hurto, exigiendo para que pudiera hablarse de hurto, que el sujeto activo tuviera, siquiera por un instante, la posibilidad de disponer de la cosa. Es

---

<sup>322</sup> Ibid.

<sup>323</sup> Oliver, “Análisis crítico”, 296.

<sup>324</sup> Olave, “El delito de hurto”, 188.

decir, la motivación estuvo dada por el deseo de reducir los espacios de impunidad que se generaban antes de la dictación de la Ley N° 19.950.

La tendencia aludida se manifiesta claramente en el criterio utilizado por la Excma. Corte Suprema en los autos rol N° 889 – 2006, con fecha 26 de abril del año 2006, que a continuación se citan textualmente:

*QUINTO: Que, en el caso de autos, admitiendo responsabilidad en los hechos por parte de la inculpada, la sentencia recurrida ha tenido como establecido que "... el día 4 de febrero de 2006, aproximadamente a las 18:00 horas, el imputado incurrió al Supermercado Líder de la ciudad de Puerto Montt, lugar donde sustrajo dos botellas de tequila marca El Jimador evaluados en \$14.796, especies con las cuales traspasó las cajas registradoras sin haber cancelado el importe respectivo, siendo posteriormente detenido".*

*SÉPTIMO: Que, hemos sostenido que, partiendo de la base que ninguna de estas visiones es satisfactoria por ser formalistas y no estar de acuerdo con su naturaleza, el hurto es la apropiación de una cosa arrogándose las condiciones inherentes al dominio y en especial, de la de disposición y, el delito sólo podrá estimarse consumado "cuando el delito se encuentra en la posibilidad de ejercer esta facultad, cuando logra estar en condiciones de disponer de la cosa ajena, siquiera por un instante".*

*OCTAVO: Que, en el caso de autos, los actos previos que desarrolló el inculpado, aunque tenían la aptitud para que el delito de hurto falta se consumara, las etapas ocurridas con posterioridad se volvieron ineptas para el logro de tal efecto, desde el momento en que fuera interceptado luego de traspasar las cajas registradoras, manteniéndose las especies sustraídas aún dentro de la esfera de protección del establecimiento comercial mediante su sistema de seguridad. En efecto este carácter inidóneo de los actos desplegados no requiere ser conocidos por el agente, basta, que existan respecto de los actos apreciados de manera abstracta<sup>325</sup>.*

De tal forma, antes de la existencia del artículo 494 bis, los hurtos dentro de establecimientos comerciales frustrados o tentados quedaban impunes, debido al criterio utilizado por los adjudicadores, que entendían que, si un sujeto era aprehendido portando un objeto sin haberlo pagado luego de haber pasado las cajas registradoras, la comisión del hecho se encontraba en grado de frustrado o tentado. Por lo que, como una respuesta a aquella impunidad, el legislador dispuso que el hurto falta fuese punible en grado de frustración, eliminando aquellas posibilidades de impunidad.

---

<sup>325</sup> Corte Suprema, Causa rol N° 889-2006, 26 de abril de 2006. Ejemplo sacado de clases del curso de Derecho Penal III impartido por el profesor Juan Pablo Mañalich en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, año 2018.

#### V.2.2.2.4. Análisis de proporcionalidad<sup>326</sup>

Frente a aquella decisión legislativa de modificar el régimen general de no punibilidad de las faltas en grado de ejecución frustradas o tentadas, cabe realizar un análisis en torno a la proporcionalidad de la modificación introducida. Para aquello se utilizará como guía la disputa suscitada en torno a la (in)constitucionalidad del artículo 450 del Código Penal –ya presentada en el capítulo referido al principio de proporcionalidad– y el modelo de reproche según merecimiento elaborado por Andrew von Hirsch y Niels Jareborg.

En consecuencia, la disputa suscitada en torno al inciso 1º del art. 450 del Código Penal también giró en torno a una excepción al tratamiento general que recibe la punibilidad de las formas de ejecución anteriores a la consumación en ciertos delitos contra la propiedad, a saber: si un sujeto era aprehendido cometiendo uno de los delitos tipificados en los artículos 433 a 439 y 440 el Código Penal, sin haber logrado consumirlo por causas dependientes o independientes a su voluntad, entonces, en el caso de ser condenado, la determinación de la pena judicial comenzaba con la pena asignada al delito consumado. Así, no operaban las rebajas de pena por haber estado en grado de desarrollo tentado o frustrado, aun cuando en efecto hubiese estado frustrado o tentado. Como ya se dijera, la Defensoría Penal Pública presentó variados requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, argumentando que se veían afectados variados derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política de la República, siendo a juicio de Antonio Bascuñán el referido a la vulneración del principio de proporcionalidad retrospectiva el que tuvo mayor rendimiento.

Así, para Antonio Bascuñán no parece correcto sostener que la sanción de la tentativa y la consumación con una misma pena sea inaceptable bajo el principio de proporcionalidad, por considerar que éste no puede operar como una regla en sentido de ser aplicable bajo un esquema binario de cumplimiento/infracción, sobre todo sus exigencias de necesidad y ponderación, que tienen el carácter de un imperativo de optimización, conforme al cual debe preferirse el medio menos lesivo del derecho afectado (necesidad) y debe buscarse un punto de equilibrio entre la conservación del derecho afectado y el logro del fin perseguido (ponderación).<sup>327</sup> Sin embargo, a aquella conclusión llega por considerar la proporcionalidad desde una óptica prospectiva.<sup>328</sup>

---

<sup>326</sup> En este aparatado se utilizará el marco teórico construido respecto al principio de proporcionalidad, utilizando las mismas citas ya referenciadas.

<sup>327</sup> Bascuñán Rodríguez, “Delitos contra intereses instrumentales”, 323 (véase cap. IV, n. 171).

<sup>328</sup> Ibid.

Así, el mismo autor, considera, que, bajo una exigencia mínima de proporcionalidad retrospectiva, sí sería plausible a lo menos una interpretación restrictiva del artículo disputado en sede constitucional.<sup>329</sup> Esto porque para una proporcionalidad retrospectiva, la pena es sólo justa en tanto ella es proporcionalmente adecuada al reproche merecido, limitando con ello el quantum de la pena.<sup>330</sup> Quien realiza un comportamiento demeritorio, debiese recibir un trato reprobatorio que exprese cuán demeritorio ha sido su conducta.<sup>331</sup>

En consecuencia, desde una visión retrospectiva, se presenta una exigencia de equivalencia entre la severidad de la sanción y la gravedad del hecho. No se debe olvidar lo planteado por Hegel: tanto la pena como el hecho punible son declaraciones objetivadas de voluntad que portan un significado, por lo que, al guardar cierta equivalencia en cuanto declaraciones de cierto significado, deben guardar equivalencia también en cuanto a su objetivación.<sup>332</sup> Cualquier incremento o reducción de la severidad, altera la censura que ellos expresan, por lo que, dicho incremento o reducción debe ser justificada en virtud de la gravedad del comportamiento.<sup>333</sup>

De tal forma, lo dicho respecto a la disputa de constitucionalidad suscitada en torno al artículo 450 del Código Penal es posible de trasladar al caso en cuestión y considerar que la punibilidad del hurto falta en grado frustrado produce una desarmonía entre el hurto-falta y las restantes faltas del libro tercero del Código Penal. Esto último, ya que, como se dijera, la generalidad de las faltas sólo se sanciona si alcanza la consumación, siendo la falta de hurto la única que se castiga en cualquiera de sus etapas ejecutivas. Y no parece haber ninguna razón de peso para aquel tratamiento, sobre todo si se toma en cuenta la escasa lesividad que representa el hurto-falta al bien jurídico protegido. De la misma forma lo cree Guillermo Oliver Calderón, para quien no hay nada especial en el hurto-falta que justifique que sea la única falta que admita el castigo de la tentativa y la frustración.<sup>334</sup> Así, éste lo menciona en los siguientes términos:

Más aún, si fuese inevitable establecer una sanción penal para etapas ejecutivas anteriores a la consumación de una falta, y se nos permitiera elegir dicha falta, tenemos la convicción, atendido el catálogo de faltas del Código Penal, de que no elegiríamos nunca el hurto – falta. Tal vez, elegiríamos las

---

<sup>329</sup> Ibid.

<sup>330</sup> Véase von Hirsch, *Castigar y Censurar*, (véase cap. IV, n 164).

<sup>331</sup> Ibid.

<sup>332</sup> Ibid.

<sup>333</sup> Ibid.

<sup>334</sup> Oliver Calderón, “Análisis crítico”, 299 (véase capítulo V, n. 232)

lesiones leves por afectar un bien jurídico que nos parece de mayor importancia, o la falta de coacción, que en otros países constituye un delito de mayor gravedad.<sup>335</sup>

De tal forma, una falta que excepcionalmente sea sancionada en grado de frustración, alterando con ello el régimen general de punibilidad de las faltas, necesariamente debe ser concebida como una falta portadora de un merecimiento o necesidad de pena intensificados. Por lo que, parece pertinente averiguar si dicha falta con un tratamiento penológico intensificado es portadora de una necesidad de pena fortalecida.

Para ello, se debe volver sobre dicho respecto al bien jurídico protegido por la norma en cuestión además de lo dicho sobre la norma de comportamiento y su estructura típica. En consecuencia, se debe recordar que el bien jurídico protegido no se identifica con el derecho de propiedad *stricto sensu* del titular de la cosa hurtada, ya que aquel queda intacto y protegido por una acción reivindicatoria; sino que más bien lo que se ve afectado es el poder de disposición fáctico que es correlativo a la posición jurídica de propietario. Asimismo, como segunda cuestión, se debe volver a mencionar que, dado que la estructura típica del delito en cuestión no exige identidad entre la persona a quien se le sustrae el objeto y el verdadero dueño del objeto, siguiendo la tesis ya presentada planteada por Juan Pablo Mañalich, la prohibición del hurto podría identificarse con un delito de peligro abstracto, que se caracterizan por no representar siempre una lesión el bien jurídico en cuestión, sino que más bien poner en peligro su pacífica utilización o lesionar las condiciones de aprovechamiento.

Dicho aquello, como tercer elemento para el análisis, es posible mencionar, que el hurto falta ha sido caracterizado por la doctrina como un delito de bagatela, que se caracterizan por representar individualmente una escasa lesividad al bien jurídico protegido.<sup>336</sup> Por último, se debe recalcar el hecho de que la figura delictiva en cuestión se sitúa dentro del ámbito de las faltas, que como ya se dijera, es un tipo de delito que se caracteriza por ser el menos grave de todo el ordenamiento jurídico en atención a la pena asignada.

---

<sup>335</sup> Ibid.

<sup>336</sup> Así ha sido estimada esta clase de delincuencia por quienes se han dedicado a estudiar y difundir las características del principio de oportunidad en el derecho procesal penal, regulado en el artículo 170 del Código Procesal Penal, véase en Oliver Calderón, “Análisis crítico”, 299. En ese sentido, María Inés Horvitz y Julián López, siguiendo a Maier, asignan dos objetivos principales a la aplicación de criterios de oportunidad: el primero es la descriminalización de hechos punibles, evitando la aplicación del poder estatal allí donde otras formas de reacción frente al comportamiento desviado pueden alcanzar mejores resultados o donde resulte innecesaria su aplicación (...), relacionándolo con la importancia ínfima del hecho, que en doctrina se conoce como delitos de bagatela, es decir, hechos contemplados en leyes penales, cuya reprochabilidad es escasa y cuyo bien jurídico protegido se considera de menor relevancia, además de tratarse de formas de realización insignificantes de tipos penales que merecen ser desviadas a otras formas de control social. *Derecho Procesal penal Chileno, Tomo I, Principios y Sujetos Procesales* (Santiago: Editorial Jurídica, 2002), 48 y ss.

Por lo que, en consecuencia, en base a las consideraciones anteriores, pareciera ser que la conducta prohibida no representa una dañosidad al bien jurídico que haga idónea el adelantamiento de la punibilidad, sobre todo teniendo en cuenta, que la punición en grado de frustración representa castigar formas de comportamiento que no ejemplifican en su totalidad la conducta prohibida, por lo que, la acción representa un menor disvalor. Si ya el hurto falta es considerado un delito de bagatela por su escasa lesividad al bien jurídico en cuestión, castigar etapas de ejecución previas a la consumación representaría una lesividad prácticamente inexistente.

Por último, en cuanto a la comparación de la gravedad del delito con la severidad de la sanción según la escala creada por Andrew von Hirsch y Niels Jareborg, es posible decir lo mismo dicho en el apartado anterior en cuanto a los intereses en juego. Mientras que, respecto a la severidad de la sanción, el adelantamiento de la punibilidad en el hurto falta le concede un permiso al adjudicador para aplicar sanciones pecuniarias a conductas que antes no caían bajo el espacio de la punibilidad, afectando con ello un interés que parece pertenecer al primer o segundo nivel de estándar de vida –dependiendo de quién sea el infractor y su capacidad económica–: medios económicos. De acuerdo con lo sostenido por Andrew Von Hirsch mientras más importantes sean los intereses afectados por una determinada pena, más severa será aquella; y si bien una pena pecuniaria es considerablemente menos gravosa que una pena privativa de libertad, en ciertos casos puede comprometer el estándar de vida del infractor.<sup>337</sup>

En consecuencia, en cuanto a la segunda modificación referida al adelanto de la punibilidad del hurto falta, y aplicando lo dicho en la disputa suscitada en torno al artículo 450 del Código Penal respecto a la proporcionalidad mirada en clave retrospectiva, tampoco se satisface la equivalencia exigida: la gravedad de la sanción no es equivalente al daño producido por el bien jurídico en cuestión.

---

<sup>337</sup> Véase Andrew von Hirsch, *Censurar y Castigar*, trad. de Elena Larrauri (Madrid: Trotta, 1998).

## CONCLUSIONES

En el presente trabajo se intentó realizar una aproximación al estudio del injusto del hurto falta desde una perspectiva retribucionista expresiva de la fundamentación de la pena y desde la adopción de una versión analítica de la teoría del delito para poder confirmar la hipótesis planteada al inicio: detrás de la decisión política criminal de intensificar la persecución penal del hurto se esconde una doble injusticia, referida en un primer nivel –aquel correspondiente a las normas de comportamiento– a una injusticia distributiva; mientras que en el segundo nivel –aquel correspondiente a las normas de sanción– a una injusticia consistente en la falta de proporcionalidad retrospectiva de la sanción asignada.

De tal forma, en el primer nivel de análisis, se intentó demostrar, siguiendo la tesis propuesta por Juan Pablo Mañalich, que la norma de comportamiento sometida a estudio sería una norma cuyo seguimiento generalizado no sería beneficioso para todos, sino que sólo beneficiaría a quienes pueden aprovecharse del contenido fáctico de la posición jurídico formal de dueño. A su vez, dicha norma ocasionaría una paradoja distributiva, consistente en el hecho de que sólo recién ahí cuando un sujeto logra con éxito quebrantar la norma de comportamiento de la prohibición del hurto, es que puede comenzar a beneficiarse de dicha prohibición. Aquella comprobación se logró mediante el estudio y entendimiento de la estructura típica del hurto como una de lesión con desplazamiento correlativo y con la comprobación de que el contenido específico que posee la propiedad como objeto de protección jurídico-penal está definido por el poder de disposición fáctico que es correlativo a la posición jurídico formal de propietario.

Esto último debido a que para poder sostener que el hurto tiene el carácter de ser un delito de lesión contra la propiedad, la voz “propiedad” utilizada en el ordenamiento jurídico penal, no se puede identificar con la posición jurídico-formal de propietario, ya que, si por propiedad se entendiera la posición jurídico formal de propietario, no habría lesión a la propiedad *stricto sensu* cada vez que se comete un hurto. El descubrimiento del contenido del bien jurídico se relacionó con la posibilidad de identificar el delito con uno de peligro abstracto y con cómo aquella norma sirve para la mantención de la institución de la propiedad privada.

En el análisis referido a la norma de comportamiento se intentó demostrar, que la razón de ser de la prohibición del hurto parece estar referida a la exclusión del *no* propietario respecto de la disposición de la cosa, de lo que parece estar referida al resguardo de ese poder de disposición a favor



de la persona propietario. Es decir, pareciera ser que lo único que importa es que, desde el punto de vista del “ladrón”, la cosa sea ajena.<sup>338</sup>

Por otro lado, en el segundo nivel de análisis, se intentó demostrar que la norma de sanción no satisficaría la exigencia propia del principio de proporcionalidad en clave retrospectiva, que dispone que la pena es sólo justa en tanto ella es proporcionalmente adecuada al reproche merecido. Para ello se utilizó la propuesta metodológica elaborada por Andrew von Hirsch y Niels Jareborg centrada en el criterio de estándar de vida. Así, se intentó hacer ver que el hurto falta en comparación con las demás faltas contempladas en el Código Penal tendría un tratamiento penológico diferenciado en su severidad, además de que la dañosidad del interés afectado por el hurto falta no sería equivalente a la severidad de la sanción asignada.

A esto último, se debe agregar que bajo una visión retribucionista de la fundamentación de pena, dado que la legitimidad de la norma de sanción es dependiente de la legitimidad de la norma de comportamiento, una vez comprobado que la norma de comportamiento exhibía un déficit de legitimidad, aquel déficit era posible de ser trasladado a la norma de sanción. Por lo que, podría añadirse que la existencia de la desproporcionalidad de la norma se debe además a que en la determinación del merecimiento del reproche del hurto falta y de su cuantía se tomó en cuenta consideraciones propias de una teoría prevencionista de la pena como lo es pretender obtener una utilidad de prevención, persecución y represión de futuros delitos, al adelantar la punibilidad y reforzar las sanciones del hurto falta. Más aún, aquella finalidad, que para los partidarios de una teoría prevencionista de la pena hablaría a favor de la tipificación de la prohibición del hurto-falta y de la existencia de proporcionalidad, hace que desde una perspectiva retribucionista, hable en contra de su legitimidad por constituir una actitud objetivante frente a las personas. Según la teoría comunicativa – retribucionista y siguiendo a Antony Duff, se presenta un grave problema moral cuando no se dan las precondiciones sociales y políticas para que el derecho penal hable en nombre de la comunidad de la cual los delincuentes son miembros.<sup>339</sup>

Por último, parece pertinente introducir la siguiente reflexión. En las últimas décadas en Chile se han impulsado políticas criminales que parecieran ajustarse a un modelo de la seguridad ciudadana cuyo objetivo es posible de identificar con la reducción de la delincuencia callejera y de las comunas urbanas en decadencia, a través de la total activación del aparato punitivo sancionatorio, aspirando así a la neutralización de individuos supuestamente “especialmente peligrosos”.<sup>340</sup> De tal forma, la

---

<sup>338</sup> Mañalich, “Justicia, Propiedad y Prevención”, 183 (véase Introducción, n. 8).

<sup>339</sup> Duff, *Sobre el Castigo*, 22 (véase cap. III, n- 156)

<sup>340</sup> Véase José Luis Diez Ripollés, *La Política Criminal en la Encrucijada* (Buenos Aires: B de F, 2007).

tipificación del artículo 494 bis del Código Penal que hace punible el hurto falta en grado de frustración es un ejemplo de aquella tendencia de la expansión intensiva que está experimentando la potestad punitiva del Estado. Asimismo, retomando la reflexión con la cual finalizó el último capítulo, el hecho de que en la práctica la pena asignada al delito estudiado no se materialice en una efectiva privación de libertad, parece hablar a favor de que el objetivo último del legislador es controlar a ciertos sujetos considerados peligrosos y superfluos, mediante la demarcación de éstos como “criminales”.

En ese sentido, la tipificación del hurto falta ha demostrado una tendencia del legislador, consistente en recular a la persecución de la delincuencia clásica, a otorgarle especial sustantividad a los intereses de las víctimas y a un derecho penal populista. Como lo dijera Guillermo Oliver Calderón: “*nos preguntamos si acaso estas modificaciones legales no obedecen sólo a la intención de halagar futuros votantes*”.<sup>341</sup>

Así, la promesa del programa ilustrado del derecho penal moderno, consistente en coordinar espacios de autonomía para poder acceder a mayor libertad, limitando el aparato punitivo del Estado a penas que derivasen de la absoluta necesidad, ha comenzado a revertirse.<sup>342</sup>

---

<sup>341</sup> Oliver Calderón, “Análisis crítico”, 306 (véase cap. V, n. 232).

<sup>342</sup> Según Urs Kindhäuser, el surgimiento del liberalismo político tuvo sus raíces en la filosofía de la Ilustración y su irrupción práctica en la revolución francesa, teniendo gran influencia la filosofía moral de Kant. Fue Anselm Von Feuerbach, discípulo de Kant, quien sentó las premisas fundamentales del derecho penal de corte liberal. Así, según este entendimiento, el derecho tiene exclusivamente la tarea de garantizar a cada ciudadano un espacio de libertad que sea compatible con los espacios de libertad de todos los demás con arreglo a una ley general de igualdad. Por lo que, sólo la intervención en la esfera de libertad protegida de otro puede constituir un injusto. La consecuencia de esa doctrina es la exigencia de la formulación exacta de aquellas condiciones bajo las cuales resulta lesionada la libertad individual. Con todo, el modelo antropológico dominante para el derecho penal moderno es el ciudadano liberalmente concebido, con una fuerte orientación hacia el *homo oeconomicus*. *Estudio de Derecho Penal Patrimonial*, 52.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abanto Vásquez, Manuel A. “Acerca de la teoría de bienes jurídicos”. *Revista Penal*, n. 3 (2005): 3-44.
- Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (2002). Tercera reimpresión.
- Atria, Fernando, Larrain, Guillermo, Benavente, José Miguel, Couso, Javier y Joignant, Alfredo. *El otro modelo. Del orden neoliberal al régimen de lo público*. 2ª ed. Santiago: Penguin Random House, 2019.
- Bacigalupo Zapater, Enrique. “Descriminalización y prevención”. *Revista del poder judicial*, N° especial II: Justicia Penal (1987): 9-27.
- Bajo Fernández, Miguel. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. (Delitos patrimoniales y económicos)*. Madrid: Editorial Ceura, 1987.
- Bascuñán R., Antonio. “Derecho y pena en la filosofía del derecho Hegel”. *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, N° 15 (1997): 289 – 303.
- Bascuñán R., Antonio. *Delitos contra la propiedad. Delitos de expropiación con apropiación correlativa*. Santiago: Universidad de Chile, 1998.
- Bascuñán R., Antonio. *Introducción General a los Delitos contra la Propiedad (Título IX del Libro Segundo del Código Penal)*. Santiago: Universidad de Chile, 1998.
- Bascuñán R., Antonio. “El robo como coacción”. *Revista de Estudios de la Justicia*, N°1, (2002): 55-125.
- Bascuñán R., Antonio. “Delitos contra Intereses Instrumentales”. *Revista de Derecho UAI* (2004): 291-341.
- Bascuñán R., Antonio. “Derechos fundamentales y Derecho Penal”. *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 9 (2007): 47-74.
- Beade, Gustavo. *Inculpação y castigo: ensayos sobre la filosofía del Derecho Penal*. Palermo: UP, 2017.
- Beccaria, Cesar. *De los delitos y de las penas*. México: CFE. Fondo de Cultura Económica, 2000 (orig.:1764).
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. (05 de junio de 2004). *Historia de la Ley 19950*. Obtenido de BCN: <https://www.bcn.cl/historiadela Ley/nc/historia-de-la-ley/5662/>
- Binding, Karl. *La culpabilidad en Derecho Penal*. Trad. de Manuel Cancio Melá y ed. de Julio Cesar Fiadá. Argentina: B de F, 2009 (orig.:1919).
- Birnbaum, Johann. *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*. Buenos

- Aires: B de F, 2010.
- Bustos, Juan. “El estado actual de la teoría del injusto”. En Juan Bustos R., *Obras completas, Tomo II*. Santiago: Editorial Jurídica, 1981: 121 – 135.
- Bustos, Juan. *Manual de Derecho Penal. Parte General. 4ª ed.* Barcelona: PPU, 1994.
- Carnevali, Raúl. “¿Es el Derecho penal que viene? A propósito de la Ley 19.950 que modifica el delito de hurto”. *La Semana Jurídica*. (enero 2004).
- Carnevali, R. “Criterios para la punición de la tentativa en el delito de hurto a establecimientos de autoservicio. Consideraciones político criminales relativa a la pequeña delincuencia patrimonial”. *Política criminal*, N°1 (2006): 1-17.
- Contesse Singh, Javier. “La omisión impropia como hecho punible. Acerca de la incorporación de una regla general de punibilidad de los así llamados "Delitos de omisión impropia"”. En: *Reformas Penales. Libro compilatorio de ponencias en el seminario "recientes reformas en Chile en materia penal y las reformas pendientes*, coords. Matus, Jean Pierre, Ambos, Kai, Malarino, Ezequiel, Urquiza, Gustavo y Winter, Jaime. Santiago: DER, 2015: 11 – 49
- Cury Urzúa, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. Santiago: Ediciones UC, 2005.
- De La Mata Barranco, Norberto. *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación. (El dinero como objeto material de los delitos de hurto y apropiación indebida)*. Barcelona: PPU S.A., 1994.
- Departamento de Estudios Defensoría Nacional. *Minuta: Críticas al artículo 450 CP*. Santiago: Defensoría Penal Pública, 2009.
- Diez Ripollés, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2007.
- División de Estudios de Ministerio Público. (2003). *Boletín del Ministerio Público N°15*. Santiago: Ministerio Público.
- Duff, Antony. *Sobre el castigo*. Buenos Aires: Siglo XXI Argentina, 2015.
- Etcheberry, Alfredo. *Derecho Penal. Tomo Tercero. Parte Especial*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1999.
- Fernández Díaz, Álvaro. “Hurto-falta: una refroma mal hecha y otra pendiente”. En *Libro sentencias destacadas 2005. Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas. Anuario de Jurisprudencia*, dir. Fernandois Vöhringer, A. Santiago: Alfabet, Artes Gráficas (2005): 89 – 104.
- Foucault, Michele. *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión*. Madrid: Siglo XXI, 2000 (orig.: 1971).
- Fuentes Cubillos, Hernán. “El principio de proporcionalidad en Derecho Penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena”. *Revista Ius Et Praxis*, N°2 (2014): 15 – 42.

- Garland, David. *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*. Ciudad de México: SigloXXI. Editores México, 1999.
- Garrido Montt, Mario. *Derecho Penal: Parte Especial. Tomo IV*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2008.
- Gómez Benítez, José Manuel. *Teoría Jurídica del Delito. Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1984.
- Grisolia, Francisco. “El objeto jurídico del delito”. *Revista de Ciencias Penales*, N°3, tomo XVII (1958): 3 - 85.
- Günther, Klaus. “De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un cambio de paradigma en el derecho penal?”. En *La insostenible situación del derecho penal*, dir. Casabona, C. Romeo. Granada: Comares, 2000: 489 - 505
- Hart, H. L. (1963). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1963.
- Hefendehl, Roland. “El bien jurídico como eje material de la norma penal”. En *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de la legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, eds. Hefendehl, Roland, von Hirsch, Andrew y Wohlers, Wolfgang. España: Marcial Pons, 2007: 173 - 190.
- Hegel, G.W.F. *La Filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Claridad S.A., 1968 (orig.: 1821)
- Horvitz L., María Inés y López, Julián. *Derecho Procesal Penal chileno. Tomo I. Principios y sujetos procesales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002.
- Jakobs, Günther. *Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- Kant, Immanuel. *La Metafísica de las Costumbres*. Madrid: Editorial Tecnos, 2008 (orig.: 1785).
- Kindhäuser, Urs. *Estudio de Derecho Penal Patrimonial*. Lima: Grijley, 2002.
- Kindhäuser, Urs. “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal”. *InDret Revista para el análisis del Derecho*, N°1 (2009): 2 -19.
- Kindhäuser, Urs. “Personalidad, culpabilidad y retribución de la legitimación y fundamentación ético-jurídica de la pena criminal”. *Derecho y humanidades*, n°16, vol.1 (2010): 31 - 48.
- Kindhäuser, Urs. “Concepto de patrimonio y perjuicio patrimonial. Los defectos congénitos de la doctrina económica del perjuicio patrimonial en el Derecho Penal”. *ADPE*, (2011): 51 - 58.
- Kindhäuser, Urs. “La fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad”. En *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, coords. Kindhäuser, Urs y Mañalich R., Juan Pablo, 2º ed. Buenos Aires: B de F, 2011: 77 - 117.
- Lopera Mesa, Gloria. “Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales. Una comparación entre las experiencias de Chile y Colombia”. *Revista de Derecho*, Vol. XXIV - N°2 (2011):113 - 138.

- Lorca, Rocío. “Punishing the poor and the limits of legality”. *Law, culture and the humanities: SAGE Journals*, (2018).
- Mañalich R., Juan Pablo. “La tentativa y el desistimiento en el Derecho Penal. Algunas consideraciones conceptuales”. *Revista de Estudios de la Justicia*, N°4 (2004): 137 - 175.
- Mañalich R., Juan Pablo. “El "Hurto-Robo" frente a la Autotutela y la legítima defensa de la posesión”. *Revista de Estudios de la Justicia*, N°7 (2006): 65 - 93.
- Mañalich R., Juan Pablo. “La pena como retribución”. *Revista Estudios Públicos N° 107*, (2007): 117 - 205.
- Mañalich R., Juan Pablo. *Autotutela del acreedor y protección penal del deudor. La realización arbitraria del propio derecho frente a los delitos contra la libertad, la propiedad y el patrimonio*. Santiago: Edición Jurídica de Santiago, 2009.
- Mañalich R., Juan Pablo. “Norma e imputación como categoría del hecho punible”. *Revista de Estudios de la Justicia*, N°12 (2010): 169 - 190.
- Mañalich R., Juan Pablo. *Terror, pena y amnistía*. Santiago: Flandes indiano, 2010.
- Mañalich R., Juan Pablo. “El delito como injusto culpable. Sobre la conexión funcional entre el dolo y la consciencia de la antijuricidad en el derecho penal chileno”. *Revista de Derecho (Valdivia)*. Vol. 24, N°1 (2011): 87 - 115.
- Mañalich R., Juan Pablo. “Pena y ciudadanía”. En *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, coords. Kindhäuser, Urs y Mañalich R., Juan Pablo. Buenos Aires: B de F, 2011: 115 -146.
- Mañalich R., Juan Pablo. “Retribucionismo expresivo. Acerca de la función comunicativa de la pena”. En *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, coords. Kindhäuser, Urs y Mañalich R., Juan Pablo. San Antonio: B de F, 2011: 41 – 71.
- Mañalich R., Juan Pablo. “Reglas primarias de obligación Las “reglas del derecho penal” en el concepto de de recho de H.L.A. Hart”. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* , N°11 (2012): 571-585.
- Mañalich R., Juan Pablo. “Justicia, propiedad y prevención”. En *La ciencia penal en la Universidad de Chile. Libro en homenaje a los profesores del departamento de ciencias penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*, eds. Künsemüller, Carlos y Garrido Montt, Mario, coord. Mañalich R. Juan Pablo. Santiago: Gráfica LOM, 2013: 167-187.
- Mañalich R., Juan Pablo. “La reiteración de hechos punibles como concurso real. Sobre la conmesurabilidad típica de los hechos concurrentes como criterio de determinación de la pena”. *Política criminal*, Vol. 10, N°20, (2015): 498 - 527.

- Mañalich R., Juan Pablo. “Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva”. *InDret*, N° 4 (2015): 1 - 13.
- Mañalich R., Juan Pablo. *Estudios sobre la Parte Especial del Derecho Penal Chileno*. Santiago: Thomson Reuters, 2020.
- Matus A., Jean Pierre, y Ramírez Guzmán, María Cecilia. *Manual de Derecho Penal Chileno. Parte Especial. 3ra Edición*. Santiago: Ediotiral Tirant Lo Blanch, 2019.
- Matus A., Jean Pierre, Politoff, Sergio y Ramírez, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General. Segunda edición*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003.
- Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal. Parte General. 7ª edición*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2007.
- Moore, Michael. Justifying retributivism. *Israel Law Review*, Volume 27, (1993): 15 - 49.
- Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*, 8ªed. Valencia: Tirant Blanch Libros, 2010.
- Murphy, Jeffrie G. “Marxism y Retribution”. *Philosophy & Public Affairs*. Vol. 2, N°3, (1973): 217-243.
- Neumann, Ulfried. “El principio de proporcionalidad como principio limitador de la pena”. En *Límites al Derecho Penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, coord. R.P. Barcelona: Atelier. Libros Jurídicos, 2012: 201-212
- Novoa Monreal, Eduardo. “Algunas consideraciones acerca de la tentativa”. *Revista de Ciencias Penales*. Tomo XIX, (1960): 4 - 32.
- Novoa Monreal, Eduardo. Una evolución inadvertida: el derecho de propiedad. *Revista Mensaje*, Vol. 31, n°306, (1982): 26 - 31.
- Olave, Alejandra. “El delito de hurto como tipo de delito de resultado”. *Politica criminal*, Vol. 13 N°25, (2018); 175 - 207.
- 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*, Vol. XXVI, (2005): 295 - 307.
- Oliver Calderón, Guillermo. “Estructura típica común de los delitos de hurto y robo”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXXVI, (2011): 359 - 395.
- Politoff L., Sergio. *El delito de apropiación indebida*. Santiago: Editorial Nacimiento, 1975.
- Politoff L., Sergio, Matus A., Jean Pierre, y Ramírez G., María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial. 2da edición*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003.
- Politoff, Sergio, Bustos, Juan y Grisolia, Francisco. *Derecho Penal Chileno: Parte Especial. Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1971.

- Poulantzas, Nicholas. "Marx y el Derecho Moderno". En *Hegemonía y dominación en el Estado Moderno*, Córdoba: Editorial Pasado y Presente, 1970: 78 – 90.
- Roxin, Claus, *Problemas básicos del Derecho Penal*. Madrid: Reus S.A., 1976.
- Roxin, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. España: Civitas, 1997.
- Rusche, Georg., & Kirchheimer, Otto. *Pena y Estructura Social*. Bogotá: Temis, 1984 (orig.:1939).
- Silva Sánchez, José María. "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*, eds. Bacigalupo Zapater, Enrique, Bajo Fernández, Miguel y Arboleda Ripoll, Francisco. Bogotá: Legis, 2005: 332 – 360.
- Silva Sánchez, José María. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*. 3ªed. Buenos Aires: B de F, 2011.
- Strawson, Peter. *Libertad y resentimiento. Y otros ensayos*. Barcelona: Ediciones Paidós, 1962.
- Vega, Raúl. "Hurto faltas y control de detención". *El Mercurio de Antofagasta*, (28 de enero 2008).
- Von Hirsch, Andrew. *Censurar y Castigar*, trad. de Elena Larrauri. Madrid: Trotta, 1998.
- Zugaldía Espinar, José. *Los bienes jurídicos protegidos en el Título XIII del Libro II del Código Penal*. Tomo I. Madrid: Akal, 1985.

#### **NORMAS CITADAS:**

Código Penal

Código Civil

Código Procesal Penal

Constitución Política de la República