



Universidad de Chile  
Facultad de Derecho  
Departamento de Ciencias Penales

ETAPAS DE DESARROLLO DEL DELITO DE HURTO COMETIDO EN  
ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES

DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la  
Universidad de Chile

Autor: Sebastián Sain Puig

Profesor guía: Lautaro Contreras Chaimovich

Santiago, Chile

2021

## Tabla de contenidos

Resumen .....	4
Introducción .....	5

### CAPÍTULO I

#### BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y ELEMENTOS DEL TIPO DE HURTO

1.1. El bien jurídico protegido en el delito de hurto .....	10
1.2. Sentido y alcance del verbo rector .....	13
1.3. El hurto como delito de apropiación mediante sustracción.....	16
1.4. Ausencia de voluntad del dueño.....	22
1.5. Exigencia de ánimo de señor y dueño .....	23
1.6. Exigencia de ánimo de lucro .....	27
1.7. Ausencia de violencia o intimidación en las personas o de fuerza en las cosas.....	32
1.8. Objeto material y penalidad .....	35

### CAPÍTULO II

#### LA ESTRUCTURA DE DELITO DE RESULTADO INTRÍNSECO DEL HURTO

2.1. Importancia de la distinción entre delitos de mera actividad y de resultado.....	38
2.2. El hurto como delito de resultado .....	40
2.3. El hurto como delito de mera actividad.....	42
2.4. La insuficiencia de los criterios tradicionales de diferenciación.....	47
2.5. La reconstrucción de la distinción: descripciones causalmente complejas y constitutivamente complejas.....	51
2.6. El hurto como delito de resultado intrínseco.....	55
2.7. Etapas imperfectas de ejecución del delito de hurto .....	61
2.7.1. La frustración en el delito de hurto .....	61
2.7.2. La tentativa en el delito de hurto .....	73

### CAPÍTULO III

#### LA CONSUMACIÓN DEL DELITO DE HURTO

3.1. Generalidades .....	87
3.2. Teorías tradicionales sobre la consumación en el hurto .....	88
3.2.1. Teoría de la <i>contrectatio</i> .....	88
3.2.2. Teoría de la <i>aprehensio</i> .....	89

3.2.3. Teoría de la <i>amotio</i> .....	89
3.2.4. Teoría de la <i>ablatio</i> .....	90
3.2.5. Teoría de la <i>illatio</i> .....	91
3.2.6. Teoría de la <i>locupletatio</i> .....	91
3.3. Teorías actuales sobre la consumación en el hurto .....	92
3.3.1. Teoría de la extracción de la esfera de custodia. ....	93
3.3.2. Teoría de la ruptura de la custodia y constitución de una nueva custodia.....	95
3.3.3. Teoría de la disponibilidad.....	98
3.3.4. Toma de postura.....	100

## CAPÍTULO IV

### ANÁLISIS DEL ITER CRIMINIS DEL HURTO COMETIDO EN ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES O DE AUTOSERVICIO

4.1. La problemática del llamado “hurto hormiga” .....	109
4.2. Criterios jurisprudenciales para la determinación de la consumación .....	111
4.2.1. Primer criterio: El traspaso de la línea de cajas.....	111
4.2.2. Segundo criterio: El traspaso de las paletas de seguridad .....	114
4.2.3. Tercer criterio: La salida del establecimiento comercial.....	115
4.2.4. Cuarto criterio: El franqueo de todos los mecanismos de seguridad.....	118
4.3. Determinación del <i>iter criminis</i> en casos de sustracción de especies al interior de establecimientos comerciales. ....	120
4.3.1. Consumación. Protección de la intimidad del consumidor. Consumo de alimentos o bebestibles al interior de establecimientos comerciales. ....	120
4.3.2. Etapas imperfectas de ejecución. Tentativa y frustración. ....	128
Conclusión.....	141
Bibliografía .....	146

## RESUMEN

El presente trabajo contiene una exposición y análisis de la discusión doctrinal y jurisprudencial sobre la determinación de las etapas de desarrollo del hurto cometido al interior de establecimientos comerciales. La primera parte se centra en el estudio del bien jurídico protegido en el delito de hurto, sus elementos del tipo y sistema de penalidad en el Código Penal chileno. La segunda parte se ocupa de analizar las etapas imperfectas de ejecución del delito, sobre la base del modelo de la oportunidad-para-la-acción. Luego de clarificar la estructura de resultado intrínseco del hurto, se defiende una reformulación dogmática del hurto frustrado como una hipótesis de tentativa inidónea punible. En lo tocante al momento de inicio de la tentativa de hurto, se favorece una versión estricta del criterio de la inmediatez-de-la-acción como modulación alternativa de la fórmula del principio de ejecución del inciso 3° del artículo 7° del Código Penal. La tercera parte contiene una descripción de las diversas teorías sobre la consumación del hurto. Para ello, se divide su exposición entre teorías tradicionales o históricas y teorías actuales o normativas. Por último, se concluye con una toma de postura a favor del modelo de la ruptura de custodia y constitución de una nueva custodia para la determinación del momento de consumación del hurto. La cuarta parte comienza con un examen de las dificultades factico-jurídicas para la determinación del *iter criminis* en el hurto cometido en contra de negocios configurados como autoservicio. Luego se extraen algunos criterios auxiliares utilizados por nuestros tribunales nacionales para la determinación del momento consumativo del hurto en este ámbito delictivo. Por último, se concluye con un comentario crítico de las fórmulas jurisprudenciales y con la aplicación de nuestra toma de postura a los casos de hurto cometido en establecimientos comerciales, distinguiendo las etapas ejecutivas de dicho delito.

## INTRODUCCIÓN

En materia de *iter criminis* el delito de hurto históricamente ha sido sumamente controvertido, lo que de antiguo ha producido un torrente de posiciones doctrinarias y jurisprudenciales acerca del momento en que se entiende consumada la apropiación, muchas de ellas diferentes, otras complementarias entre sí. En cuanto a las denominadas etapas imperfectas de ejecución de este delito, cabe señalar que su estudio ha sido más bien marginal, precisamente para deslindarlos de la etapa de consumación del delito. Sin embargo, desde el punto de vista punitivo, aún resulta relevante determinar cuándo el hurto debe calificarse como tentado, frustrado o consumado. En efecto, si bien este problema en nuestra legislación se ve mitigado por la controvertida norma del artículo 450 inciso primero del Código Penal, que dispone que ciertas clases de robos “se castigarán como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa”<sup>1</sup>, para el hurto en cambio no es aplicable esa disposición<sup>2</sup>, de modo que la pena para cada una de ellas diferirá considerablemente<sup>3</sup>, no pudiendo eludirse por esta vía un pronunciamiento a su respecto.

Por otro lado, la relevancia del análisis de las distintas fases de desarrollo del delito de hurto resulta aún más evidente si consideramos las últimas modificaciones que la Ley 19.990 determinó para el delito de hurto falta, categórica en esta materia, toda vez que el nuevo artículo 494 bis en su inciso segundo excepcionalmente extiende la pena al hurto falta frustrado –excluyendo implícitamente la simple tentativa– y que, conforme a la normativa penal básica fijada por el artículo 9 del C. Pen., hasta ese entonces debía quedar impune<sup>4</sup>. En otras palabras, con la modificación legal, la falta de hurto puede sancionarse penalmente aunque no se encuentre consumada, y no así las otras faltas<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Esta regla relativa al *iter criminis* es aplicable sólo a los casos de robo con violencia, robo por sorpresa y robo con fuerza en las cosas en lugar habitado. Según Politoff, Matus y Ramírez, “[é]sta es una regla de equiparación de la penalidad y no de los conceptos que involucra, lo que significa que se castigará por el delito tentado con las penas del consumado. Por tanto, no se trata propiamente de una modificación de los conceptos generales del *iter criminis*, sino solo una regla especial frente a la de los arts. 50 ss. CP [...]”. POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMIREZ, Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial*. Santiago, 2ª ed. Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 379.

<sup>2</sup> FERNANDEZ DÍAZ, Álvaro. “Hurto-falta: una reforma mal hecha y otra pendiente”. En: *Sentencias destacadas. Anuario de jurisprudencia: una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas, Libertad y Desarrollo*, N°2 (2006): p. 96.

<sup>3</sup> De acuerdo a lo dispuesto en el Código Penal, la sanción punitiva de la que debe partirse es siempre la prevista para el (autor de) delito consumado; a ella debe restarse un grado, tratándose del (autor de) delito frustrado, y dos, en el caso del (autor de) delito tentado (artículos 50 ss C.Pen.). Al respecto: MAYER LUX, Laura. “El ‘*iter criminis*’ en la estafa a las compañías de seguros”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. N°45(2015): p. 104.

<sup>4</sup> GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal. Parte Especial, Tomo IV*. Santiago, 4ª ed., Editorial Jurídica de Chile, 2008. p. 176.

<sup>5</sup> MAYER, Laura. “Las paradojas de la estafa-falta”. *Política Criminal*, Vol. 11, N°21 (2016), p. 178.

La constante disparidad de criterios doctrinales y jurisprudenciales para la determinación del momento consumativo del hurto han aumentado la confusión reinante y, con ello, a echar por tierra la igualdad ante la ley, al presentarse distintas soluciones penológicas dependiendo del tribunal o la sala que resuelva la situación<sup>6</sup>. Si bien en nuestro país no existe el sistema de precedente vinculante, no es menos cierto que por respeto al principio de igualdad y por razones de seguridad jurídica la doctrina de los fallos debe necesariamente presentar un grado de estabilidad, de permanencia, a fin de evitar los cambios frecuentes en las orientaciones doctrinales sobre casos iguales<sup>7-8</sup>, especialmente por los tribunales superiores de justicia en el marco del régimen chileno jurisprudencial actual<sup>9</sup>. En ese sentido, la existencia un cúmulo inorgánico de sentencias contradictorias que resuelven cuestiones distintas sobre causas similares en el ordenamiento jurídico chileno debe ser rechazado. Ello es especialmente grave cuando los cambios en las orientaciones jurisprudenciales versan sobre una materia tan delicada como la determinación del *iter criminis* en el hurto, atendida la magnitud de la

---

<sup>6</sup> YAÑEZ ARRIAGADA, Rodrigo. “Una revisión crítica de los habituales conceptos sobre el *iter criminis* en los delitos de robo y hurto”. *Política criminal*, Vol. 4, N°7 (2009): p. 88.

<sup>7</sup> En este sentido, véase: VERDUGO MARINKOVIC, Mario. “Acerca de la estabilidad de la doctrina jurisprudencial”. *Revista Gaceta Jurídica*, N° 349 (2009): p. 5.

<sup>8</sup> Tanto en el *common law* como en los ordenamientos de ley civil, la necesidad de coherencia decisional es preexistente, sólo que por factores históricos y culturales se ha canalizado de manera diversa a través del tiempo. En el sistema continental, la falta de un criterio jurisprudencial uniforme es un grave atentado contra la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley, también considerados como ideales a cuya realización propende el Derecho, y que en el caso chileno conlleva a un atentado flagrante de la garantía constitucional de la igualdad ante la ley y la seguridad jurídica, expresamente consagrados en los N°s. 2 y 26 del artículo 19 de la Constitución, respectivamente. En ese sentido, la coherencia no es una cuestión simplemente persuasiva, sino que es un valor intrínseco al ordenamiento jurídico chileno que encuentra fundamento en los valores de la seguridad jurídica e igualdad ante la ley plasmados en la Carta Fundamental. A lo anterior hay que sumar otro punto: la existencia de un panorama errático producto de la incoherencia de las decisiones en la jurisprudencia interesa no sólo a las personas que pueda afectar directamente los resultados de esa actividad jurisdiccional, sino también a la sociedad en su conjunto, pues a ella le interesa saber los márgenes que el derecho fija a través de la decisión judicial. En ese sentido, las consecuencias de la antinomia jurisprudencial no se agotan en aquellos aspectos individuales, sino que (también) tiene un efecto que en espiral irradia desprestigio, desconfianza e inseguridad al ciudadano acerca de la administración de justicia como función pública, conjunta, que en común debiese aspirar a ser coherente. Sobre este punto, tanto en las esferas de del derecho público y privado, véase. CARRETA MUÑOZ, Francesco. *La coherencia en el proceso civil. Imperativo conductual y decisional desde la buena fe (Casos y jurisprudencia)*. Santiago: 4ª ed., Editorial Jurídica de Chile, 2008, pp. 241 y ss.

<sup>9</sup> El punto de partida del examen del valor del precedente en nuestro país se encuentra en el tenor literal del artículo 3º inciso segundo del Código Civil, que prescribe: “Las sentencias judiciales no tiene fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren”. Esta norma se aduce comúnmente por la judicatura para sostener la falta de obligatoriedad y generalidad de las sentencias para las decisiones que posean una razón similar. ROMERO SEGUEL, Alejandro. *La jurisprudencia de los tribunales como fuente del derecho: una perspectiva procesal*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, pp. 49-52. La comprobación más nítida de aquello se establece en el Acuerdo de Pleno de la Corte Suprema N°1450-2002, de fecha 19 de julio de 2002, dictado por el máximo tribunal frente a un problema de precedentes que aconteció porque jueces le daban una interpretación en sentidos opuestos a una disposición del Código Procesal Penal, en circunstancias que uno de los sentidos era también sostenido por la Corte Suprema. Así, se ratifica esta posición hermenéutica al sostener que: “El referido principio –aludiendo a que las sentencias judiciales no constituyen precedente obligatorio en virtud del artículo 3º del Código Civil– representa una garantía de la independencia de los jueces, que es el elemento fundamental para el desempeño de la función jurisdiccional”. Hasta aquí parece ser claro que el máximo tribunal no da valor al precedente, no obstante, a renglón seguido, la misma declaración establece que: “[...] al no quedar sometido un tribunal inferior a otra imposición vinculante que no sea el peso y la fuerza de los razonamientos contenidos en la jurisprudencia de una corte superior”. En ese sentido, si bien la doctrina contenida en el autor acordado impone un discurso formal que aboga por la falta de obligatoriedad del precedente, para no desconocer algo que es palmario –la necesidad de coherencia–, apuesta a su capacidad persuasiva siempre y cuando provenga de un tribunal superior. CARRETA MUÑOZ, Francesco. *La coherencia en el proceso civil*, p. 258.

pena que aún resulta aplicable a cada una de estas hipótesis o, incluso, de aún mayor relevancia, en identificar qué conductas van a ser sancionadas y cuales no (tentativa punible para el hurto como simple delito, pero impune para la falta de hurto según el artículo 9° del Código Penal).

Actualmente, la discusión se ha centrado principalmente en el llamado “hurto hormiga” en el ámbito del comercio establecido, esto es, casos de delito de hurto simple y delito de hurto falta que se producen al interior de grandes tiendas, almacenes, supermercados y demás establecimientos semejantes<sup>10</sup>, cuya alta frecuencia resulta alarmante<sup>11</sup>. El interés dogmático en estos casos radica en que, a pesar de que siempre ha sido considerado como “criminalidad de bagatela”<sup>12</sup>, el contexto y peculiaridades de esta clase de negocios presenta una serie de dificultades adicionales al momento de resolver el problema jurídico de la determinación de los distintos grados de ejecución de este delito contra la propiedad (tentativa, frustración y consumación) y que no se comprenden adecuadamente en el delito de hurto tradicional<sup>13</sup>.

Para comprender lo anterior, a mi juicio cabe tener presente dos circunstancias relevantes que explican este halo de incertidumbre doctrinal y jurisprudencial sobre la problemática en cuestión. Por un lado, una de las características esenciales de estos establecimientos comerciales es la *inmediatez* del cliente con la mercadería. En efecto, esta clase de negocios organizan su actividad de tal modo que “invita” al contacto directo entre las especies y sus compradores, mediante la disposición de

---

<sup>10</sup> El Informe de la Comisión Especial de Seguridad Ciudadana de la Cámara de Diputados, de fecha 15 de enero de 2003, recaído en el proyecto de ley que dio origen a la ley N° 19.950, define el “hurto hormiga” como “[a]quel que se produce en grades tiendas, almacenes, supermercados, fondas, cafés y demás establecimientos semejantes, por cuenta de personas individuales o de bandas organizadas que utilizan en su ejecución, generalmente, a personas inimputables y que se caracteriza por su escasa entidad si se considera cada ilícito separadamente, pero que, en conjunto, causa un considerable perjuicio económico a tales establecimientos”.

<sup>11</sup> Los delitos ocurridos en locales comerciales presentan una tendencia en aumento, en circunstancias que durante el año 2018 6 de cada 10 delitos ocurridos en el ámbito comerciales corresponden al delito de hurto. A nivel nacional, poco más del 77% de los casos corresponden a hurtos en supermercados o centros comerciales. En términos de re-victimización, los resultados son similares, siendo el hurto hormiga el que genera mayor nivel de re-victimización en los comerciantes. Véase, en tal sentido, respectivamente: Instituto Nacional de Estadísticas. *Informe Anual de Carabineros Santiago*, Instituto Nacional de Estadísticas, 2016.; Cámara Nacional de Comercio. *Informe Victimización del Comercio del primer semestre 2018*. Santiago, Cámara Nacional de Comercio, 2017.

<sup>12</sup> 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. 26, N° 1 (2005): p. 299. Por “delitos de bagatela” se entiende la apropiación subrepticia de especies de escaso valor. En este sentido, también se les denomina “delitos de acumulación”, pues el fundamento de la imputación penal estaría dado no por la conducta individualmente considerada, en sí misma inocua, sino por el efecto sumativo, esto es, por el peligro que supone la generalización de tales comportamientos para la protección del bien jurídico en una sociedad de masas. Lo determinante es, entonces, el daño acumulativo que puede significar la tolerancia o aceptación de este tipo de acciones para uno de los bienes jurídicos centrales como lo es la propiedad. CARNEVAL RODRÍGUEZ, Raúl. “Criterios para la punición de la tentativa en el delito de hurto a establecimientos de autoservicio. Consideraciones político criminales relativas a la pequeña delincuencia patrimonial”. *Política criminal*, N°1 (2006): p. 4. YAÑEZ ARRIAGADA, Rodrigo. “Una revisión crítica de los habituales conceptos sobre el iter criminis en los delitos de robo y hurto”, p. 88. MAYER LUX, Laura. “Las paradojas de la estafa-falta”, p. 177.

<sup>13</sup> En este sentido, véase: CARNEVAL RODRÍGUEZ, Raúl. “Criterios para la punición de la tentativa en el delito de hurto a establecimientos de autoservicio. Consideraciones político criminales relativas a la pequeña delincuencia patrimonial”, p. 3.

amplias salas de venta de libre acceso<sup>14</sup>, acercando los objetos al cliente, quien se ve “cercado” por ellos<sup>15</sup>. El hecho de que la administración de los supermercados o multitiendas *consientan* que los consumidores se relacionen con las cosas a la venta, sujeto a la condición de pago<sup>16</sup>, determina que en muchos casos el apoderamiento de tales mercaderías no llegue a ser típico (el cliente puede tomar los bienes, probarse una prenda, trasladarla a su antojo dentro del local comercial, etc.)<sup>17</sup>, dado que es la propia empresa quien pone voluntariamente los objetos en la esfera organizativa del cliente, con lo cual en principio la relación entre el autor con la cosa se torna lícita. Por otro lado, es conocido el hecho de que, para compensar estas mismas posibilidades de libertad (extratípicas)<sup>18</sup>, normalmente negocios de estas características adoptan diversos medios personales y técnicos con que conservar la mercadería a su disposición hasta que el cliente las compre, precisamente para evitar los riesgos que el modelo de compraventa en autoservicio genera<sup>19</sup>. En efecto, la adopción de sistemas de vigilancia particulares constituye una práctica extendida en negocios de estas características, en que la propia clientela escoge, recoge y moviliza por sí misma las cosas que desea adquirir, como son el personal de seguridad, los sensores de alarmas o las cámaras de vigilancia, entre otras medidas de control o resguardo. Si bien estas medidas de vigilancia no se ejercen sobre la cosa misma –lo que produciría una especie de *relativización del significado de la posesión* –, también es cierto que en buena parte de los casos el sistema de seguridad sí incide en el éxito o fracaso de la apropiación y, por consiguiente, resulta relevante para la determinación del momento en que se alcanza la consumación.

Así, para ilustrar la importancia e interés que esta clase de hurtos presenta para el problema de la determinación de sus etapas de desarrollo, podemos sugerir a modo introductorio las siguientes preguntas: *¿Debe el autor necesariamente franquear todas las medidas de seguridad del establecimiento comercial para que el delito de hurto se consuma? ¿Basta con determinar si las especies salieron del recinto físico en que se encontraban, con abstracción de si existían o no cámaras de vigilancia? ¿Puede estimarse consumado el delito de hurto cuando el autor traspasa la línea de cajas sin pagar la cosa sustraída? ¿Es posible castigar a título de hurto consumado el consumo de productos comestibles o bebestibles al interior del recinto comercial sin antes haber cancelado su valor? ¿Debe siempre estimarse frustrado el delito de hurto si se sorprende y detiene*

---

<sup>14</sup> YAÑEZ ARRIAGADA, Rodrigo. “Una revisión crítica de los habituales conceptos sobre el iter criminis en los delitos de robo y hurto”. p. 117.

<sup>15</sup> En este sentido, véase: SANCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo. “Consideraciones sobre los delitos de hurto y robo cometidos en establecimientos de autoservicio”. *Revista de Derecho de la Universidad de Piura*, N°2 (2001): p. 247.

<sup>16</sup> VERA SANCHEZ, Juan. *La consumación en el delito de hurto*. Santiago, Librotecnia, 2011, p. 253.

<sup>17</sup> SANCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo. “Consideraciones sobre los delitos de hurto y robo cometidos en establecimientos de autoservicio”, p. 248.

<sup>18</sup> SANCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo. “Consideraciones sobre los delitos de hurto y robo cometidos en establecimientos de autoservicio”, p. 246.

<sup>19</sup> OLIVER CALDERÓN, Guillermo. *Delitos contra la propiedad*. Santiago, Thomson Reuters, 2013, p. 144



*al autor por efecto de las medidas de seguridad del local comercial? ¿Si el autor es detenido en la vía pública con la especie luego de una persecución ininterrumpida por funcionarios policiales significa que la apropiación no se ha consumado? ¿Puede considerarse que todo lo que realizan los clientes antes de las cajas de pago sólo constituye una mera tenencia de las especies que no puede comprenderse dentro del tipo de hurto? ¿Qué efectos tiene la ocultación de productos o mercaderías en espacios de privacidad o intimidad bajo la regulación del hurto en el derecho chileno? ¿Puede válidamente desistirse el autor que ha iniciado la ejecución del delito pagando la especie sustraída o devolviéndola al lugar de donde la recogió?*

El objetivo central de esta memoria es efectuar un análisis del problema jurídico de la determinación de las etapas de desarrollo del delito de hurto cuando éste tiene lugar al interior de establecimientos comerciales, mediante una revisión crítica del debate doctrinario y jurisprudencial sobre la materia en el contexto del derecho chileno aplicable. En esa línea, el trabajo no se limita a una simple exposición de la evolución doctrinal y jurisprudencial de la cuestión jurídica sometida a él, sino que –sin desconocer los trabajos ya realizados sobre el particular– busca posicionarse críticamente en relación a éste, concordando o discrepando cuando sea necesario, a través de una reflexión seria y autónoma con miras a contribuir al debate en torno a la problemática en la cultura jurídica nacional.

El orden en que procederemos es el siguiente. En una primera parte (I), a modo de consolidación preliminar de las ideas elementales sobre el tema estudiado, se analiza el bien jurídico protegido en los delitos contra la propiedad, los elementos del tipo de hurto y su sistema de penalidad bajo el Código Penal chileno. En particular, esta parte inicial se ocupa de delimitar el alcance de la acción típica del hurto afirmando, de un lado, su clasificación como un delito de apropiación mediante sustracción y, de otro, su carácter de delito de resultado cortado, subrayando sus implicancias para la determinación del momento de la consumación.

En una segunda parte (II) se efectúa una revisión crítica de la clasificación entre delitos de resultado y delitos de mera actividad, así como su estrecha vinculación con el iter criminis. Luego de desechar las bases dogmáticas tradicionales de la referida clasificación, se defiende la ubicación del tipo de hurto dentro de los delitos de resultado *intrínseco* y la fundamentación de la posibilidad de apreciar frustración en esta figura delictiva. Por último, se concluye con un análisis exhaustivo de las denominadas etapas de ejecución imperfecta del delito de hurto en nuestra legislación, esto es, cuándo se entiende que un hurto no consumado debe calificarse como tentativa y cuándo ese hurto no consumado debe entenderse como frustrado. Para ello, sobre la base del modelo de la oportunidad-para-la-acción, se defiende una reformulación de la variante de hurto frustrado como una hipótesis de tentativa inidónea punible bajo el Código Penal chileno. En lo tocante a la determinación del momento

de inicio de la tentativa de hurto, se favorece una versión estricta del criterio de la inmediatez-de-la-acción como modulación alternativa de la fórmula del principio de ejecución del inciso 3° del artículo 7° del Código Penal

En la tercera parte (III), revisamos brevemente las diversas teorías sobre la consumación del delito de hurto. Para estos efectos dividimos entre las teorías tradicionales o descriptivas de la consumación y las teorías actuales o normativas sobre la consumación. Por último, a modo de toma de postura personal sobre este punto, nos ocupamos de desarrollar algunos argumentos a favor la postulación de un criterio de determinación del momento de consumación del hurto vinculando a la ruptura de la custodia y a la constitución de una nueva custodia sobre la cosa.

Para finalizar, en la cuarta parte (IV) presentamos una breve descripción de las características de los negocios configurados como autoservicios, y sus implicancias fácticas y jurídicas en la discusión dogmática sobre la determinación del *iter criminis* en los casos de hurto cometidos en su interior. A continuación, a modo de diagnóstico de la praxis judicial sobre la problemática en Chile, nos ocupamos de exponer brevemente cuatro de los criterios jurisprudenciales más recurrentes en el sistema penal para determinar cuándo respecto de esta clase de hurto se entiende consumada la apropiación. Por último, se realiza un comentario crítico acerca de estas fórmulas *ad hoc* para la determinación del momento de consumación, para luego cerrar el capítulo con la aplicación de nuestra toma de postura sobre el tema estudiado, analizando los distintos grados de ejecución en los casos de hurto cometidos al interior de establecimientos comerciales.

## CAPÍTULO I.

### BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y ELEMENTOS DEL TIPO DE HURTO

#### 1.1. El bien jurídico protegido en el delito de hurto

Como es sabido, la gran diversidad de figuras delictivas que comprende el Título IX del 2° del Código Penal, denominado “Crímenes y simples delitos contra la propiedad”, el cual describe y señala reglas aplicables a los delitos de hurto, robo, abigeato, receptación, usurpación, defraudación, estafa y otros engaños, incendio y otros estragos, y daños (art. 432 a 489)<sup>20</sup>, provoca que tanto la definición de su bien jurídico como su sistematización sean tareas muy difíciles de abordar<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho penal. Parte Especial, Tomo IV*, p. 149.

<sup>21</sup> MAYER LUX, Laura. “El ánimo de lucro en los delitos contra intereses patrimoniales”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N°42 (2014): p. 287.

Tratándose de los delitos de hurto y robo, el artículo 432 del Código Penal chileno describe la acción típica común a ambos delitos como apropiarse de una cosa mueble ajena y sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucrarse. En primer lugar, resulta fundamental determinar el significado preciso del concepto de propiedad empleado por el Código Penal. Para ello, debemos recordar que las interpretaciones jurídico-penales deben tener presentes aquellas situaciones fácticas que, si bien en otras ramas del ordenamiento jurídico pueden tener una calificación jurídica diferente (v.gr. el Derecho civil), en el ámbito penal poseen una autonomía propia<sup>22</sup>. En efecto, hoy es opinión dominante que el Derecho penal puede crear sus propios conceptos<sup>23</sup> y uno de ellos es, precisamente, el de propiedad. Lo anterior, por supuesto, no se contrapone a que la terminología empleada por el sistema guarde cierta congruencia, cualquiera sea el área que se trate<sup>24</sup>, pero siempre han de examinarse las consecuencias que tales interpretaciones traen aparejadas<sup>25</sup>, especialmente desde la óptica del bien jurídico protegido por la respectiva prohibición.

Desde ya, podemos señalar que, en la configuración de la propiedad como objeto de protección jurídico-penal, ésta no puede ser entendida como el derecho subjetivo definido como tal conforme a las reglas del derecho privado, pues frente a una *apropiación* (en sentido jurídico-penal) el derecho de propiedad del dueño sobre la cosa en cuestión se mantiene incólume: el ladrón, *por definición*, no se convierte en propietario de la cosa hurtada<sup>26</sup> (en nuestro sistema jurídico los delitos no constituyen modos de adquirir el dominio de las cosas)<sup>27</sup>. Si los delitos de apropiación no pueden conllevar una lesión al derecho de propiedad constituido como tal por las reglas del derecho privado, su descripción como delitos de lesión exige identificar una dimensión en que la propiedad sí sea objeto de lesión<sup>28</sup>,

---

<sup>22</sup> FERNANDEZ CRUZ, José. “Sentencia sobre la determinación del ‘iter criminis’ en la falta de hurto cometido en supermercados (Juzgado de Garantía de Valdivia – Corte de Apelación de Valdivia). *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 16 (2004): p. 238. Constituyendo este derecho subsistente, por lo demás, el fundamento de una eventual acción reivindicatoria. MAÑALICH RAFFO, 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: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2009, p. 39.

<sup>23</sup> BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. “Ánimo de lucro y ánimo de hacerse pago”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, N° 28 (1975): p. 367.

<sup>24</sup> GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho penal. Parte Especial, Tomo IV.*, p. 151

<sup>25</sup> GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho penal. Parte Especial, Tomo IV.*, nota 3, p. 151.

<sup>26</sup> “Justicia, propiedad y prevención”. En: *Libro homenaje a los profesores del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*, ed. por. Carlos Künsemüller, Mario Garrido Montt, coord. por, Juan Pablo Mañalich, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2013, p. 178.

<sup>27</sup> BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio. “Delitos contra intereses instrumentales”. *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibañez*, N°1 (2004): p. 299. Esto, a menos que se le reconozca, transcurrido un plazo de posesión (irregular) de la cosa, la respectiva *usucapio*. En el marco del derecho chileno, ello depende de si la posesión clandestina que el ladrón constituye sobre la cosa sustraída, en tanto posesión viciosa, queda sometida al régimen general de la posesión irregular en tanto posesión útil, conducente a la prescripción adquisitiva extraordinaria. En tal sentido, véase: MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. “Justicia, propiedad y prevención”, nota 40, p. 178.

<sup>28</sup> MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. *Autotutela del acreedor y protección penal del deudor*, p. 39.

y que se muestra digna de protección para el Derecho penal y, en particular, frente a los delitos de hurto y robo<sup>29</sup>.

Ahora bien, desde un punto de vista sociológico, la «propiedad» es una institución que nace a partir de la necesidad de asegurar y mantener la posesión física bruta de los objetos materiales, mediante su substitución por un conjunto reconocido de relaciones de poder efectivo, a través de un *status* colectivamente reconocido, merced del cual se le atribuye a un sujeto un *poder convencional* sobre la cosa que no tendría de otro modo, es decir, que es esencial para cumplir la *función* asignada a ese nuevo *status* (de propietario), y que tiene por objeto autorizar a su titular el ejercicio de dicho poder fáctico, positivo y real de disposición, aun cuando no se encuentre ejerciendo contacto o control físico inmediato sobre la cosa<sup>30</sup>. En este sentido, la propiedad es ante todo *forma*, pues no puede concebirse la propiedad sin referencia al conjunto determinado de reglas que la constituyen y que definen el alcance de ese contenido de poder que es correlativo a esa posición formal de propietario<sup>31</sup>. Así, la propiedad es un instituto clásicamente jurídico, pues con ella el derecho distribuye facultades y deslinda esferas en relación con el control físico de la cosa, de suerte que ahora contamos con la posibilidad legal (formal) de disponer de un determinado objeto material a nuestra voluntad y con exclusión de la de cualquier otro<sup>32</sup>. De este modo, por sobre la posesión física de los objetos se encuentra la institución de la propiedad, en función de la cual es posible distinguir un poder *convencional* (esto es: jurídicamente reconocido) del poder natural (no legal) sobre una cosa, aunque, a menudo, ambos vayan de la mano, en el sentido de que dar poder convencional sirve para autorizar el uso de dicho poder físico bruto<sup>33</sup>.

Lo dicho permite precisar el valor subyacente al instituto de la propiedad que se muestra digno de protección frente a los delitos de hurto y robo. Ese valor, precisamente, ha de identificarse con el *contenido* del derecho de propiedad, esto es, con el contenido de *poder fáctico* que es correlativamente reconocido al titular de esa posición formal de propietario por las reglas que constituyen y protegen el derecho de propiedad<sup>34</sup>. En efecto, la privación de este contenido de poder, a consecuencia de la

---

<sup>29</sup> BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. “Ánimo de lucro y ánimo de hacerse pago”, p. 374.

<sup>30</sup> Sobre el origen de la institución de la propiedad a partir de la posesión física y la necesidad de un sistema de derechos, responsabilidades, deberes, obligaciones y poderes colectivamente reconocidos que vengán a añadirse –y, finalmente, a substituir– a la posesión física bruta, véase: SEARLE, John. *La construcción de la realidad social*. Barcelona, Paidós, 1997, pp. 94 y ss.

<sup>31</sup> Apoyándose en la terminología de Searle, al respecto Mañalich sostiene que “[e]n este sentido, aun como mero *factum*, la propiedad es siempre un hecho institucional, que sólo existe en virtud de ciertas reglas que lo constituyen, esto es, de reglas constitutivas”. MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. *Autotutela del acreedor y protección penal del deudor.*, p. 40.

<sup>32</sup> SAVIGNY, Friedrich. *Tratado de la posesión*. Buenos Aires, Editorial Heliasta, 2012, pp. 12 y ss.

<sup>33</sup> SEARLE, John. *La construcción de la realidad social.*, p 98 y ss.

<sup>34</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. “Justicia, propiedad y prevención”, p. 183. Nótese que, si bien es ese contenido fáctico de poder lo que es objeto de lesión frente a un apoderamiento de la cosa, cuál sea el alcance de ese contenido de poder correlativo a esa posición jurídico-formal de propietario es algo que depende, una vez más, de las reglas que constituyen y protegen el *derecho* de propiedad. MAÑALICH, Juan Pablo. *Autotutela del acreedor y protección penal del deudor.*, p. 40.

apropiación en sentido jurídico-penal, vuelve “ilusoria” la propiedad constituida como tal por las reglas de derecho privado, a pesar de subsistir dicha condición de propietario todavía en términos formales<sup>35</sup>. Por lo tanto, el objeto específico de tutela en los delitos contra la propiedad consiste en mantener incólume ese vínculo fáctico de poder que efectivamente liga a la persona con la cosa y que se manifiesta en la posibilidad real de disponer materialmente de ella<sup>36</sup>. Desde esa óptica, la posición fáctica de control correlativamente obtenida a través de la sustracción de la cosa ajena no encierra reconocimiento jurídico-formal alguno, sino que constituye una *cuasipropiedad*, esto es, una posibilidad de ejercicio de dominación puramente natural sobre la cosa ajena<sup>37</sup>, y que caracteriza a la acción de apropiación descrita en el art. 432 del Código Penal.

## 1.2. Sentido y alcance del verbo rector

El artículo 432 del Código Penal exige que el autor se *apropie* una cosa mueble ajena, expresión que constituye el verbo rector en los delitos contra la propiedad en sentido estricto<sup>38</sup>, cuya forma básica está constituida por el hurto<sup>39</sup>. La forma lingüística utilizada por el legislador para la descripción de la acción propia del hurto es preferible antes que aquellas que utilizan las voces “sustraer”, “quitar” o “tomar”, ya que éstas expresiones resultan algo restrictivas<sup>40</sup>, mientras que la apropiación constituye un fenómeno complejo<sup>41</sup>, pletórico de valoraciones jurídicas y cuyas exigencias son diversas para la consumación del delito<sup>42</sup>.

Para explicar el contenido típico de la apropiación como reza el tipo penal, resulta fundamental hacer un análisis de la expresión desde el punto de vista de su lesividad para el bien jurídico específicamente menoscabado en el hurto, esto es, sobre la producción o no de apropiación en sentido jurídico-penal, puesto que, tal como hemos apuntado anteriormente, el sujeto activo del delito nunca se hace dueño

---

<sup>35</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. “Justicia, propiedad y prevención”, nota 43, p. 183. Constituyendo este derecho subsistente, por lo demás, el fundamento de una eventual acción reivindicatoria. MAÑALICH, Juan Pablo *Autotutela del acreedor y protección penal del deudor*, p. 39.

<sup>36</sup> DONNA, Alberto. *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II-B*. Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores, 2002, p. 22.

<sup>37</sup> SAVIGNY, Friedrich. *Tratado de la posesión*, p. 38. En sentido similar, Kindäuser señala que “la propiedad *es el* derecho de dominio extenso, de tal suerte que toda intervención sobre la cosa puede interpretarse también como ejercicio de propiedad. Solamente el elemento formal de reconocimiento jurídico del poder de disposición como propietario convierte a esa posición en propiedad. Por eso, la cuasipropiedad y la propiedad misma son equivalentes desde el punto de vista del contenido, en la medida en que una y otra no están limitadas a concretas posibilidades de actuación”: KINDHÄUSER, Urs. “La apropiación en el hurto”. En: *Estudios de Derecho Penal Patrimonial*. Lima, Grijley, 2002, p. 45.

<sup>38</sup> YAÑEZ ARRIAGADA, Rodrigo. “Una revisión crítica de los habituales conceptos sobre el iter criminis en los delitos de robo y hurto”, p. 90.

<sup>39</sup> “Apropiación y distracción indebidas. Una propuesta de reconstrucción unificadamente dualista del art. 470 N°1 del Código Penal”. *Revista de Derecho (Coquimbo)*, Vol. 25, N°1, p. 172.

<sup>40</sup> OLIVER CALDERÓN, Guillermo. “Análisis crítico de las últimas modificaciones legales en materia de hurto-falta”, p. 68.

<sup>41</sup> YAÑEZ ARRIAGADA, Rodrigo. “Una revisión crítica de los habituales conceptos sobre el iter criminis en los delitos de robo y hurto”, p. 93

<sup>42</sup> GUZMAN DALBORA, José. “El hurto de energía eléctrica”. *Revista Gaceta Jurídica*, N°343, 2009, p. 23.

en sentido jurídico-civil de la cosa producto de la acción de apropiársela<sup>43</sup> en los términos del art. 432 del Código Penal.

La razón por la cual el verbo típico del hurto debe entenderse de manera independiente a todas las reglas del Derecho Civil, aparece radicado en la circunstancia de que, por principio, al autor le es indiferente la adquisición de un verdadero derecho sobre la cosa, sino que la intención de apropiación específica exigida por el tipo del hurto sólo puede interpretarse como voluntad de *arrogarse* materialmente las prerrogativas que otorga ese derecho<sup>44</sup>. De consiguiente, la apropiación en los términos del art. 432 Código Penal tiene una connotación fundamentalmente fáctica y no jurídica<sup>45</sup>, lo que implica que el sujeto activo debe obtener una posición igual en todo a la de un propietario salvo en la falta de reconocimiento jurídico<sup>46</sup>. Así, poco interesa si la relación del sujeto pasivo con la cosa objeto del delito le permite disponer jurídicamente de ella; basta con que materialmente el agente se comporte como dueño<sup>47</sup>, estableciendo una relación fáctica de poder sobre la cosa en reemplazo o en lugar del legítimo propietario<sup>48</sup>, quedando así, fácticamente, en condiciones de ejercer un poder extrajurídico de dominación respecto de la cosa que se apropia<sup>49</sup>. La pretensión de exclusividad sobre la cosa, propia del derecho de dominio, es lo que se reconoce en quien se apropia en términos del artículo 432<sup>50</sup>.

En consecuencia, la apropiación se consolida desde el momento en que el delincuente se apodera del bien y asume las facultades de señor y dueño sobre la cosa, lo que supone, a lo menos potencialmente<sup>51</sup>, la posibilidad de ejercer las facultades que dicha calidad le otorga. Es pues, la posibilidad física de ejercer una influencia inmediata sobre la cosa que ha sustraído, con exclusión de cualquier otro –especialmente al verdadero propietario–, la que, como hecho, debe estar contenida en

---

<sup>43</sup> GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho penal. Parte Especial, Tomo IV.*, p. 159

<sup>44</sup> COUSIÑO MAC IVER, Luis. *Derecho Penal chileno. Parte General. Tomo I.* Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1975, p. 591.

<sup>45</sup> Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°15-2018, 31 de enero de 2018, c. 5.

<sup>46</sup> KINDHÄUSER, Urs. “La apropiación en el hurto”, p. 45.

<sup>47</sup> En este sentido, la Corte de Apelaciones de Valparaíso ha resuelto que: “en el estadio penal el concepto de apropiación tiene una connotación fundamentalmente fáctica y no jurídica [...] Del mismo modo, y como consecuencia de lo señalado, no se requiere analizar la relación jurídica que se crea entre el sujeto activo y la cosa sustraída, basta con probar que se ha producido el desposeimiento de su tenedor y el apoderamiento material por parte del sujeto activo, acompañado del ánimo de señor y dueño, que no se relaciona con la legitimidad, licitud o juridicidad de dicha tenencia, que siempre constituirá una posesión inútil, bastando con que se comporte como dueño”.

Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°15-2018, 31 de enero de 2018, c. 5.

<sup>48</sup> En este sentido, véase: Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°5856-2018, 20 de noviembre de 2018, c. 5.

<sup>49</sup> YAÑEZ ARRIAGADA, Rodrigo. “Una revisión crítica de los habituales conceptos sobre el iter criminis en los delitos de robo y hurto”, p. 93.

<sup>50</sup> OLAVE ALBERTINI, Alejandra. “El delito de hurto como tipo de resultado”. *Política criminal*, Vol. 13, N°25 (2018): p. 177.

<sup>51</sup> YAÑEZ ARRIAGADA, Rodrigo. “Una revisión crítica de los habituales conceptos sobre el iter criminis en los delitos de robo y hurto”, p. 93.

la apropiación, de suerte que su intervención sobre la cosa pueda interpretarse como ejercicio del poder de disposición de un propietario<sup>52</sup>.

Lo anterior se explica por la estructura típica del hurto, que es la estructura de un delito de desplazamiento<sup>53</sup>. La apropiación exigida por el tipo de hurto implica que el sujeto activo debe apropiarse de la cosa, lo que se materializa en un desplazamiento de hecho realizado con el ánimo de comportarse como dueño mediante la sustracción del bien ajeno desde el ámbito de protección del legítimo propietario hacia el del autor<sup>54</sup>. La apropiación, entonces, puede ser apreciada bifocalmente: un aspecto negativo, consistente en la privación del poder fáctico de disposición sobre la cosa para el propietario –independientemente de que éste sea o no quien tenga la cosa en su poder al momento de la sustracción–, y otro positivo, consistente en la obtención correlativa de ese mismo poder de disposición por parte del autor<sup>55</sup>. Así, el desplazamiento material debe ser de tal naturaleza que ponga al ladrón en una situación fáctica de control determinada, en disposición no sólo de ejercer una influencia directa sobre la cosa, sino que también en condiciones de impedir intervenciones de terceros sobre la misma. Lo esencial para el injusto del hurto consiste, entonces, en que el autor establezca mediante la apropiación una cesura: cada obtención ulterior del poder de disposición sobre la cosa deberá derivarse necesariamente de la posición de propiedad obtenida por el autor<sup>56</sup>, lo que implica un *desconocimiento* ‘práctico’ de la pretensión jurídica del propietario<sup>57</sup>, en cuanto el autor, a través de su pretensión de posicionarse como dueño de la cosa, pone en tela de juicio el poder de disposición del titular<sup>58</sup>. Con esto, la titularidad del respectivo derecho a excluir a otro del uso, aprovechamiento y disposición del dueño se hace ilusorio<sup>59</sup>.

En síntesis, la doctrina nacional ha adoptado una interpretación autónoma del verbo rector exigido por el tipo del hurto, en cuanto se ha ampliado su significación buscando una diferenciación del sentido civil que lo haría inaplicable<sup>60</sup>. Podemos sostener que la acción típica consiste en *apropiarse* de especies, definiendo esta acción como la arrogación del poder fáctico de disposición (*lato sensu*) sobre una cosa ajena, que es correlativo a la posición formal de propietario<sup>61</sup>. En tal medida, la

---

<sup>52</sup> KINDHÄUSER, Urs. “La apropiación en el hurto”, pp. 45-46.

<sup>53</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. “Justicia, propiedad y prevención”, p. 179.

<sup>54</sup> En sentido similar, véase: Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, RIT N°344-2018, 30 de octubre de 2018, c. 11.

<sup>55</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. “Justicia, propiedad y prevención”, p. 179.

<sup>56</sup> KINDHÄUSER, Urs. “La apropiación en el hurto”, pp. 56-57.

<sup>57</sup> MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. “Apropiación y distracción indebidas. Una propuesta de reconstrucción unificadoramente dualista del art. 470 N°1 del Código Penal”, p 15.

<sup>58</sup> KINDHÄUSER, Urs. “La apropiación en el hurto”, p. 57.

<sup>59</sup> ROBES PLANAS, Ricardo. “Delitos contra el patrimonio (I)”. En: *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, coord. por, Ramón Ragués i Vallès, dir., Jesús María Silva Sánchez, Barcelona, Atelier Libros Jurídicos, 2006, p.184

<sup>60</sup> VERA SANCHEZ, Juan. *La consumación en el delito de hurto*, p. 127.

<sup>61</sup> MALALICH, Juan Pablo. “Apropiación y distracción indebidas. Una propuesta de reconstrucción unificadoramente dualista del art. 470 N°1 del Código Penal”, p 15.

conducta así descrita se asimila con la voz *apoderarse*, en cuanto ejemplifica la manera específica en que la prohibición del hurto contribuye a la protección de la propiedad: el ladrón, si bien no conseguirá la propiedad civil de botín, a través de la apropiación sí se hace del contenido fáctico de poder sobre el bien<sup>62</sup>, quedando fácticamente en estado de hacer uso de las facultades que confiere la calidad de propietario.

### 1.3. El hurto como delito de apropiación mediante sustracción

Cabe hacer presente que si bien la redacción legal del artículo 432 del Código Penal parece no condicionar el modo en que debe tener lugar la apropiación, un breve examen de las disposiciones relativas al hurto permite concluir que, para que exista, la apropiación debe verificarse a través de una *sustracción* de la cosa objeto material del delito<sup>63</sup>. En efecto, tratándose de los delitos de hurto y robo, la cosa de cuya apropiación se trata necesita estar en poder de alguien que no sea el autor del hurto, esto es, bajo la custodia *de otro*: de ahí que la acción típica de conformidad con el artículo 432 requiera de la *ruptura* de esa custodia ajena<sup>64</sup>. Por su parte, tratándose de aquellos casos en que la cosa se encuentra fuera de la custodia de cualquier persona y siendo ajena, podrá darse otra figura, pero no la que se estudia. En efecto, el artículo 448 del Código Penal tipifica el denominado *hurto de hallazgo*, el cual consiste, en términos generales, en la apropiación de una cosa mueble ajena al parecer perdida o abandonada y no entregada a su dueño o a la autoridad<sup>65</sup>.

En otras palabras, al interior del subsistema de los delitos de apropiación del Código Penal chileno, puede formularse una distinción ulterior entre delitos de apropiación sin sustracción de la cosa ajena, por una parte, y delitos de apropiación mediante sustracción de la cosa ajena, por otra<sup>66</sup>. En los primeros, la sola presencia corporal del hechor pone al autor en estado de tratar la cosa como si fuera su dueño, esto es, conforme a su voluntad<sup>67</sup>, pues el mismo sujeto activo puede hacer efectiva su facultad de usar, gozar y disponer materialmente de la cosa con sólo *tomar o quedarse* el objeto, sin perjuicio de los otros elementos exigidos por el tipo, consistente en que después de haberla hallado

---

<sup>62</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. “Justicia, propiedad y prevención”, p. 178.

<sup>63</sup> Por todos, véase: OLIVER CALDERÓN, Guillermo. “Análisis crítico de las últimas modificaciones legales en materia de hurto-falta”, pp. y 69 ss.

<sup>64</sup> BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio. “Delitos contra intereses instrumentales”, p. 298. A título ilustrativo, véase la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 20 de noviembre de 2018, que señala “[e]n efecto, la vinculación de la acción al concepto de apropiación exige que la cosa se encuentre bajo la custodia ajena y que sea esta situación como se ponga término a la misma [...]”. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°5856-2018, 20 de noviembre de 2018, c. 5.

<sup>65</sup> OLIVER CALDERÓN, Guillermo. “Análisis crítico de las últimas modificaciones legales en materia de hurto-falta”, p. 69.

<sup>66</sup> En este sentido, véase: MAÑALICH, 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*, p. 70.

<sup>67</sup> SAVIGNY, Friedrich. *Tratado de la posesión*, p. 120. En efecto, como expresa Garrido “en la situación en estudio sucede que la especie no está en la esfera de resguardo del dueño, sino fuera de ella, y el agente no la sustrae, sino que la encuentra y la recoge, se hace cargo de ella”. GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho penal. Parte Especial, Tomo IV.*, p. 186.



no la entregue a su dueño, siempre que le conste quien sea por hechos coetáneos o posteriores a la apropiación, o que no la entregue a la autoridad<sup>68</sup>. En los segundos, en cambio, el dueño o legítimo tenedor por lo general está al mismo tiempo presente e impide intervenciones de terceros sobre la cosa, precisamente situándola bajo su custodia o resguardo, excluyendo así la posibilidad de que cualquier otro pueda detentar dicha relación fáctica sobre la cosa. De ahí que, tratándose de los delitos de hurto y robo, no baste con la simple aprehensión manual de la cosa para la consumación, sino que la vinculación de la acción al concepto de apropiación del artículo 432 del Código Penal suponen una modalidad más compleja de ataque a la propiedad, pues en ambos casos la conducta típica “exige que la cosa se encuentre bajo custodia ajena y que sea bajo esta situación como se ponga término a la misma”<sup>69</sup>. Por eso en estos casos el autor siempre deberá “sacar” previamente la cosa de la custodia ajena para detentar dicha relación fáctica de disposición sobre la cosa como si fuera su dueño<sup>70</sup>. Por consiguiente, no debe afirmarse hurto (sólo) porque el autor tome físicamente el bien ajeno para sí, sino porque tal arrogación del contenido de poder fáctico que es correlativo a la posición jurídico-formal de propietario tiene lugar mediante la *sustracción* de la cosa (ajena), o sea, una apropiación que se materializa en una ruptura de custodia ajena sobre la cosa y constitución de una nueva custodia sobre la cosa, y que le sirve de base a la acción de apropiación exigida por el artículo 432 del Código Penal<sup>71</sup>.

Históricamente, el concepto de custodia –en torno al cual giran los delitos de hurto y robo– se encuentra vinculado al ejercicio de una de las facultades que confiere el dominio, a saber: el resguardo de la cosa<sup>72</sup>. Tradicionalmente, esta noción se ha explicado a través de la metáfora espacial de la “esfera de custodia”, entendiendo por tal un cierto espacio en que el dueño ejerce su custodia sobre diversos bienes, resguardándolos<sup>73</sup>. En este sentido, se ha señalado que si bien la esfera de custodia aparece como un concepto complejo<sup>74</sup>, abstracto<sup>75</sup>, en la práctica constituye la situación

---

<sup>68</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°3073-1989, 18 de julio de 1989. En: *Revista Gaceta Jurídica*, N°109 (1989): pp. 61 y ss. En efecto, el comportamiento antes indicado –encontrar la especie y recogerla o tomarla– debe ir aparejado de otra conducta del mismo agente: la de no restituirla a su dueño o no entregarla a la autoridad. En consecuencia, se debe incurrir en una omisión, no restituir el bien a su dueño o no entregarla a la autoridad. En este sentido, vid. GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho penal. Parte Especial, Tomo IV*, p. 186.

<sup>69</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°5856-2018, 20 de noviembre de 2018, c. 5.

<sup>70</sup> VERA SANCHEZ, Juan. *La consumación en el delito de hurto*, pp. 133-134

<sup>71</sup> OLAVE ALBERTINI, Alejandra. “El delito de hurto como tipo de resultado”, p. 179. Así, “[e]n el marco de los delitos de apropiación que suponen quebrantamiento de custodia ajena, ‘sustracción’ designa la dimensión objetiva de la acción de apropiación”. MAÑALICH RAFFO, 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*, p. 70.

<sup>72</sup> VERA SANCHEZ, Juan. *La consumación en el delito de hurto*, p. 130

<sup>73</sup> OLAVE ALBERTINI, Alejandra. “El delito de hurto como tipo de resultado”, p. 179.

<sup>74</sup> GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho penal. Parte Especial, Tomo IV*, p. 160.

<sup>75</sup> YAÑEZ ARRIAGADA, Rodrigo. “Una revisión crítica de los habituales conceptos sobre el iter criminis en los delitos de robo y hurto”, p. 93.

concreta en que el espacio relaciona la cosa con aquel que la dispone<sup>76</sup>, espacio físico que se extiende hasta donde el titular razonablemente ejerce vigilancia y control sobre la misma<sup>77</sup>, variable, por tanto, con las modalidades de custodia que se haya adoptado, con la capacidad de inspección y con las facultades de control que el dueño sea capaz de ejercer en cada situación<sup>78</sup>. Por consiguiente, de acuerdo con esta visión tradicional sobre el tema, el acento radica en establecer *cómo* y *dónde* se transporta la cosa dentro de un espacio, sitio o recinto determinado<sup>79</sup>, que se corresponderá con la custodia del propietario<sup>80</sup>. Por otra parte, tratándose de aquellos casos en que se ejerce tutela sobre una cosa en la vía pública, la jurisprudencia ha fallado que “la esfera de resguardo se reduce al cuerpo de la víctima, esto es, a los objetos que la misma porta consigo”<sup>81</sup>.

En nuestro concepto, la perspectiva espacial de la custodia no es aconsejable, pues pierde de vista que la custodia no se corresponde con un espacio puramente geográfico (casa, local, depósito, etc.) y que se erija en la práctica como una virtual delimitación espacial frente a terceros entre el propietario y sus bienes en cuestión<sup>82</sup>. En efecto, en términos dogmáticamente más precisos, usamos el concepto de custodia para designar una relación fáctica<sup>83</sup>, continua<sup>84</sup>, concreta<sup>85</sup> de una persona sobre una cosa a través de una o más medidas de resguardo y que tienden a prevenir su sustracción por parte de terceros. Esto significa que el concepto de custodia debe ser entendido no desde la óptica de la salida física del objeto de un espacio determinado (criterio geográfico), sino que el acento está en determinar la conexión real, directa, materialmente existente entre la cosa y su propietario, de acuerdo con todos los medios (materiales y humanos) situacionalmente dispuestos por este último para resguardar el acceso fáctico a la cosa. Desde esta perspectiva, lo relevante para el caso concreto no es el “lugar”

---

<sup>76</sup> VERA SANCHEZ, Juan. *La consumación en el delito de hurto*, p. 201. Citando a: DAMIANOVICH DE CERREDO, Laura. *Delitos contra la propiedad*. Buenos Aires, 3ª ed., Editorial Universidad, 2000, p. 62.

<sup>77</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°966-2005, 10 de marzo de 2006, c. 7. *Revista Procesal Penal*, N°45 (2006).

<sup>78</sup> VERA SANCHEZ, Juan. *La consumación en el delito de hurto*, p. 201. DAMIANOVICH DE CERREDO, Laura. *Delitos contra la propiedad*. p. 62.

<sup>79</sup> CARNEVAL RODRÍGUEZ, Raúl. “Criterios para la punición de la tentativa en el delito de hurto a establecimientos de autoservicio. Consideraciones político criminales relativas a la pequeña delincuencia patrimonial”, p. 14.

<sup>80</sup> A título ilustrativo, la Corte de Apelaciones de Valparaíso ha señalado que es importante “señalar el punto preciso en que los guardias del supermercado detuvieron al acusado, si justo en el instante en que superó la caja recaudadora, unos metros más adelante o al superar el umbral del edificio y salir a la calle”. Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°1827-2017, 30 de octubre de 2017, c. 7. En sentido similar, la Corte de Apelaciones de Santiago ha fallado que: “[I]o determinante es apreciar si las especies salieron o no del recinto físico en el que se encontraban, con abstracción de si existían o no cámaras de vigilancia que permitieran identificar y aprehender al delincuente”. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°117-2007, 24 de enero de 2007, c. 7. En: *Revista Gaceta Jurídica*, N°319 (2007).

<sup>81</sup> Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°15-2018, 31 de enero de 2018., c. 4.

<sup>82</sup> En sentido similar, Olave afirma que “[e]l problema de la metáfora espacial es que pierde de vista que la custodia no se corresponde con un espacio que pueda delimitarse como un campo de fuerza que rodea al sujeto y al o los bienes en cuestión. Más bien, la custodia es una relación fáctica entre un sujeto y un objeto, relación que emana de la facultad del dueño de excluir a otros del uso, goce y disposición de la cosa”. OLAVE ALBERTINI, Alejandra. “El delito de hurto como tipo de resultado”, p. 179.

<sup>83</sup> OLAVE ALBERTINI, Alejandra. “El delito de hurto como tipo de resultado”, p. 179.

<sup>84</sup> SAVIGNY, Friedrich. *Tratado de la posesión*, p. 21.

<sup>85</sup> VERA SANCHEZ, Juan. *La consumación en el delito de hurto*, p. 201. Citando a: DAMIANOVICH DE CERREDO, Laura. *Delitos contra la propiedad*, p. 62.

donde se encuentra y termina la cosa, sino que la custodia necesariamente debe entenderse ampliada a todos los elementos objetivamente existentes al momento de concretarse la apropiación mediante sustracción por el autor. Así, carece de mayor relevancia que el agente detente por breve o largo tiempo el bien fuera del espacio físico que la contiene, si es que al mismo tiempo no ha logrado sobreponerse exitosamente a los demás hitos posesorios o resguardos impuestos por la víctima para el aseguramiento de la cosa y acto seguido es detenido por efecto de los mismos, pues esto significa que la cosa no ha dejado de estar bajo la custodia (aunque momentáneamente debilitada) de su propietario y que en buenas cuentas es lo que en cada caso debe ser considerado.

Ahora bien, cabe puntualizar que la identidad entre custodio y propietario de la cosa no es típicamente necesaria: puede haberla, pero el tipo penal no lo exige. En efecto, el concepto de sustracción conlleva la exigencia de que el cambio de custodia necesita no corresponderse con la voluntad de quien pierde la custodia, pero no es en absoluto necesario que la persona de la cual la cosa es sustraída sea la misma persona en contra de la cual la cosa es apropiada (la víctima), sino que de cualquier persona que tenga custodia sobre la cosa<sup>86</sup>. De consiguiente, la custodia puede ser ejercida por sí mismo o confiada en otro (por ejemplo, mediante la contratación de un guardia de seguridad), siendo en este último caso únicamente considerado como una prolongación de la custodia de la víctima<sup>87</sup>. Inclusive, en ciertos casos nuestra jurisprudencia parece reconocer la existencia de una “custodia servicial”, tratándose de aquellas especies que son dejadas momentáneamente en algún lugar o sitio «neutro» por la víctima, como sucede por ejemplo con el bolso o cartera que una persona deja momentáneamente en el piso, a su lado, en tanto adquiere un producto en el local de pago al interior de una tienda comercial, entendiéndose ésta última como cumpliendo una función de vigilancia provisional –v. gr., a través de sus cajeros o guardias de seguridad– sobre la cosa en favor de la víctima, como si se ejerciera tutela sobre ella y, en tal medida, no susceptible de ser considerada como especie al parecer perdida en los términos del artículo 448 del Código Penal<sup>88</sup>.

---

<sup>86</sup> En efecto, como expresa Mañalich “[l]o anterior se explica por la estructura típica del hurto, que 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”. MAÑALICH, Juan Pablo. “Justicia, propiedad y prevención”, p. 182. En este sentido, lo esencial para que un comportamiento resulte alcanzado por la prohibición del hurto se reduce a que el desplazamiento de la cosa tenga lugar sin una disposición de la víctima o de quien tiene la custodia de la cosa (si no es el propietario), sino mediante sustracción, o sea, una ruptura de custodia de la cosa. Al respecto, véase: MAÑALICH RAFFO, 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): p. 68.

<sup>87</sup> En efecto, tal como señalamos al describir el bien jurídico protegido, sólo la persona en contra de la cual la cosa es apropiada –que es siempre y necesariamente la persona del propietario– cuenta como víctima del hurto. Véase, *supra*, 1.1

<sup>88</sup> A título ilustrativo, véase: Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°3754-2004, 9 de abril de 2007, c. 2 y ss. En: *Revista Gaceta Jurídica*, N°321 (2007). Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, RIT N°344-2018, 30 de octubre de 2018, c. 11 y ss. Tercer Juzgado de Garantía de Santiago, RIT N°5094-2006, 11 de agosto de 2006, c. 6 y ss. En: *Revista Procesal Penal*, N°50 (2006).

Ahora, en la constatación e identificación de esa relación de custodia concurren dos perspectivas, a saber: el *dato fáctico* de la existencia de un control material sobre la cosa con posibilidades de realización, y la determinación de su extensión conforme a criterios *normativos* del tráfico social<sup>89</sup>. En cuanto a la primera, la custodia según su naturaleza primitiva (nivel físico bruto) no es más que una relación de hecho que se manifiesta de variadísimas formas<sup>90</sup>. Este carácter predominantemente fáctico del concepto de custodia tiene, por supuesto, una base plausible: las cosas objeto de hurto y robo son cosas corporales. La noción de custodia presupone la existencia de una relación empírica, puramente física, entre el cuerpo del custodio y el cuerpo de la cosa. De ahí que la custodia sobre cosas corporales se reconozca de un modo primariamente fáctico<sup>91</sup>, pues raras veces se explica en términos expresos, sino que en la mayor parte de los casos esta relación debe establecerse a través de diversos indicios que, de algún modo, documentan objetivamente el señorío de una persona sobre la cosa (como hecho bruto)<sup>92</sup>. Así, por ejemplo, podríamos sostener que “[...] tan común es conservar la madera de construcción en lugares no cerrados, como sería extraordinario conservar el vino en un paraje abierto”<sup>93</sup>.

No obstante, cabe señalar que la custodia también puede ser reconocida con arreglo a criterios normativos, donde lo esencial no es la dimensión física de la relación entre el dueño y la cosa, sino su dimensión de sentido<sup>94</sup>. Esto implica ver como definatorio con respecto a quién detenta la custodia de la cosa no a la cercanía espacial con la misma (dato fáctico), sino que lo relevante será determinar si esa relación fáctica cuenta jurídico-socialmente o no como un modo paradigmático de ejercicio de custodia (cuyo objeto sí es, paradigmáticamente, el acceso fáctico a la cosa)<sup>95</sup>. En otras palabras, el concepto de custodia, en torno al cual gira el sistema de los delitos de apropiación, no es un concepto puramente descriptivo-material, sino que su ontología también depende, en parte, de variables socio-normativas, esto es, *institucionales*<sup>96</sup>. De ahí que el concepto de custodia sea uno eminentemente práctico, que varía según las circunstancias<sup>97</sup> e incorpora con el transcurso del tiempo nuevos significados, surgidos de la mano de los adelantos tecnológicos, la complejidad de la vida social y el afinamiento de la cultura en su conjunto. En ese sentido, el entendimiento evolutivo del concepto de custodia no implica una integración o analogía y, muy por el contrario, obedece a una concreta

---

<sup>89</sup> En este sentido, véase: Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°5856-2018, 20 de noviembre de 2018, c. 5.

<sup>90</sup> En sentido similar, véase: VERA SANCHEZ, Juan. *La consumación en el delito de hurto*, p. 201.

<sup>91</sup> En este sentido, véase: BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio. “Delitos contra intereses instrumentales”, p. 299.

<sup>92</sup> VERA SANCHEZ, Juan. *La consumación en el delito de hurto*, p. 201.

<sup>93</sup> SAVIGNY, Friedrich. *Tratado de la posesión*, p. 125.

<sup>94</sup> BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio. “Delitos contra intereses instrumentales”, p. 300.

<sup>95</sup> En este sentido, véase: BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio. “Delitos contra intereses instrumentales”, p. 296.

<sup>96</sup> En este último sentido, Olave define el concepto de custodia como “[u]na relación fáctica, reconocida y dotada de sentido tanto por reglas sociales como de orden jurídico”. OLAVE ALBERTINI, Alejandra. “El delito de hurto como tipo de resultado”, p. 183.

<sup>97</sup> OLAVE ALBERTINI, Alejandra. “El delito de hurto como tipo de resultado”, p. 203.

necesidad cultural a despecho de los cambios que inevitablemente se producen en esta materia –el resguardo de la cosa– en dependencia con el bien jurídico protegido por el delito, como un paradigma de interpretación progresiva de la ley penal<sup>98</sup>.

Por su parte, la extensión de la relación de custodia tiene especial relevancia para determinar el momento en que se concreta la sustracción. Como se señaló anteriormente, la noción de custodia es indicativa de una relación fáctica, variable, que encierra la posibilidad de ser determinada en cada caso particular y de acuerdo a las relaciones objetivas existentes en cada situación concreta<sup>99</sup>. Será distinto, entonces, si la acción recae sobre un objeto sobre el que existe un menor nivel de vigilancia (v. gr., los objetos que, a causa de confianza o descuido, son dejados momentáneamente en un sitio neutro al alcance de cualquier persona sin perderlos de vista), que si se ejerce sobre objetos que se guardan con mayor celo (v. gr., a través de circuitos de cámaras, alarmas y guardias privados de seguridad).

De esta forma, la custodia comprende todos los controles o barreras dispuestas por el dueño para la tutela material de la cosa mueble. En principio, esto significa que sólo será posible reconocer un quiebre total de custodia ajena cuando la conducta del autor implique clara y objetivamente un vencimiento de todos los mecanismos (materiales y humanos) situacionalmente aplicables a esta función de control fáctico de la cosa. Que lo anterior solo valga en principio, se debe a que, como se explicará más abajo, la doctrina y la jurisprudencia han debatido acerca de la posibilidad de que el sujeto activo rompa tal custodia, al someter el objeto al estatus de cosa custodiada por el porte (v. gr., ocultándola entre sus ropas o en un bolso), a pesar de que no sea extraída del lugar en que se encuentra (esto es, estando la cosa al mismo tiempo sujeta a custodia espacial)<sup>100</sup>. Esto se conoce también como el problema de las «esferas concéntricas», esto es, la existencia de esferas de resguardo dentro de otras esferas de resguardo<sup>101</sup>.

La determinación de cuál de las esferas concéntricas cuenta como custodia vigente no es algo que pueda establecerse desde un punto de vista puramente descriptivo. En efecto, desde una perspectiva espacial, el desplazamiento posesorio en estos casos se muestra como manifiestamente ambiguo o indeterminado. De ahí que, para determinar el momento en que se concreta la sustracción en estos casos, necesariamente deba atenderse a consideraciones normativas que precisamente permitan

---

<sup>98</sup> En sentido similar, pero respecto del concepto de cosa mueble, vid GUZMAN DALBORA, José. “El hurto de energía eléctrica”, p. 24.

<sup>99</sup> VERA SANCHEZ, Juan. *La consumación en el delito de hurto* p. 200. Citando a: DONNA, Alberto. *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II-B*, p. 25.

<sup>100</sup> Por todos, véase: OLIVER CALDERÓN, Guillermo. *Delitos contra la propiedad*, p. 300.

<sup>101</sup> YAÑEZ ARRIAGADA, Rodrigo. “Una revisión crítica de los habituales conceptos sobre el iter criminis en los delitos de robo y hurto”, p. 115.

deducir directamente la existencia de una ruptura de la custodia y constitución de una nueva custodia sobre la cosa<sup>102</sup>. Esto muestra el carácter relativo que tiene el reconocimiento de los enclaves de custodia, dependientes de consideraciones socio-culturales<sup>103</sup>. Por tanto, el grado de desarrollo del delito *puede* calificarse de maneras distintas según los diversos sistemas jurídicos y aun en el mismo sistema en distintas épocas en que el sujeto se relaciona *socialmente* con la cosa ejerciendo su custodia. Por esta razón “no es correcto hacer de los criterios espaciales los únicos criterios de reconocimiento de la ruptura de la custodia y de la constitución de la nueva custodia”<sup>104</sup>. A modo de adelanto, esto significa que la determinación del alcance de la noción de sustracción debe tener lugar atendiendo a un criterio normativo<sup>105</sup>. Por su relevancia, este punto será analizado con mayor detalle al tratar la naturaleza de resultado intrínseco del hurto y especialmente al desarrollar las teorías modernas sobre su momento consumativo<sup>106</sup>.

#### 1.4. Ausencia de voluntad del dueño

El artículo 432 del Código Penal exige que la apropiación de la cosa se realice sin la voluntad de su dueño. El consentimiento aparece entonces en el hurto como una causa de atipicidad<sup>107</sup>, pues si el dueño permite que otros se apropien de la cosa, desaparece todo lo que pudiera considerarse hurto<sup>108</sup>. La razón más obvia es que en esta hipótesis, el consentimiento constituye un acto de disposición (transmisión) del dueño que excluye la responsabilidad penal de quien se apodera del bien<sup>109</sup>, de modo que dicho acto de disposición el autor “no responde”. El consentimiento puede ser expreso o tácito, con tal de que sea reconocible externamente<sup>110</sup>, “[...] como cuando el agente toma la cosa en presencia del dueño, quien no efectúa manifestación alguna en contra de dicha actividad, pudiendo hacerlo”<sup>111</sup>, y siempre que concurra al momento de verificarse la acción<sup>112</sup>, pues el concedido con posterioridad es irrelevante desde el punto de vista del Derecho Penal<sup>113</sup>. Por consiguiente, “es víctima de hurto

---

<sup>102</sup> En sentido similar, véase: BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio. “Delitos contra intereses instrumentales”, p. 300.

<sup>103</sup> OLAVE ALBERTINI, Alejandra. “El delito de hurto como tipo de resultado”, p. 202.

<sup>104</sup> BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio. “Delitos contra intereses instrumentales”, p.300.

<sup>105</sup> MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. “El ‘hurto-robo’ frente a la autotutela y la legítima defensa de la posesión”, p. 69.

<sup>106</sup> Véase, *infra*, 2.6 y 3.3., respectivamente.

<sup>107</sup> POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMIREZ GUZMÁN, Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial*, p. 299.

<sup>108</sup> QUERALT JIMÉNEZ, Joan. *Derecho Penal español. Parte Especial*. Barcelona, Atelier, 2002, p. 268.

<sup>109</sup> SANCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo. “Consideraciones sobre los delitos de hurto y robo cometidos en establecimientos de autoservicio”, p. 242.

<sup>110</sup> QUERALT JIMÉNEZ, Joan. *Derecho Penal español. Parte Especial*. Barcelona, Atelier, 2002, p. 268.

<sup>111</sup> OLIVER CALDERÓN, Guillermo. “Análisis crítico de las últimas modificaciones legales en materia de hurto-falta”, p. 84.

<sup>112</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, José; SERRANO GÓMEZ, Alfonso. *Derecho Penal español. Parte Especial*. Madrid: 18ª ed., Editorial Dykinson, 1995, p. 420.

<sup>113</sup> SERRANO GÓMEZ, Alfonso; SERRANO MAÍLLO, Alfonso. *Derecho Penal español. Parte Especial*. Madrid: 10ª ed., Editorial Dykinson, 2005, pp. 354-355. Cuestión distinta es que en la práctica opere un verdadero saneamiento por parte del dueño respecto a la posición de poder fáctico ilícitamente adquirida por el autor, a pesar de encontrarse ya consumada la apropiación exigida por el tipo penal, y que solo pueden tener efectos en cuanto a la responsabilidad civil

todo aquel que sufre la apropiación de una especie mueble, sin que haya mediado su consentimiento en torno a la ejecución de la conducta apropiatoria”<sup>114</sup>.

En otro orden de ideas, la doctrina también ha señalado que, en caso de concurrir consentimiento, habría de decaer la tipicidad del hecho a título de hurto precisamente porque no puede afirmarse que exista sustracción de la cosa<sup>115</sup>. En efecto, desde la óptica del desplazamiento del bien, lo definitorio del comportamiento típico del hurto es la falta de acuerdo sobre el cambio de la custodia de la cosa<sup>116</sup>, o sea, mediante una “ruptura” de esa custodia anterior. Precisamente, no puede darse por satisfecha dicha exigencia legal –la sustracción– cuando el desplazamiento del bien se corresponde con la aquiescencia o entrega del bien por parte del dueño<sup>117</sup>. En estricto rigor, para que haya hurto de una cosa debe obrarse sin la voluntad de quien tiene la custodia de la cosa<sup>118</sup>, y no necesariamente de la víctima (su propietario)<sup>119</sup>. En otras palabras, el consentimiento no sólo lo puede otorgar el dueño de la cosa, sino también puede ser otorgado por el mero tenedor o servidor de la propiedad frente al que la recibe<sup>120</sup>, lo cual no obsta en todo caso la posibilidad de atribuir al consentidor no titular la comisión de otro delito diverso, como la apropiación indebida, por la imposibilidad del mero tenedor de restituir la cosa a su dueño<sup>121</sup>.

### 1.5. Exigencia de ánimo de señor y dueño

La noción de apropiación es una noción compuesta que, como toda acción, requiere una objetividad y un aspecto subjetivo<sup>122</sup>. De consiguiente, de lo que aquí se trata es de establecer qué motivaciones, más allá del dolo, han de concurrir en el agente que ejecuta la conducta descrita en el tipo penal del

---

derivada del delito. En sentido similar, Yáñez sugiere la existencia de una “cláusula de arrepentimiento eficaz de facto” por parte del dueño al tiempo de permitir y no cuestionar el pago de especies ya consumidas al interior del local. Al respecto, véase: YAÑEZ ARRIAGADA, Rodrigo. “Una revisión crítica de los habituales conceptos sobre el iter criminis en los delitos de robo y hurto”, p. 118.

<sup>114</sup> MAYER LUX, Laura. “Las paradojas de la estafa-falta”, p. 187.

<sup>115</sup> OLAVE ALBERTINI, Alejandra. “El delito de hurto como tipo de resultado”, p. 187.

<sup>116</sup> Así, según Kindhäuser “no debe afirmarse el hurto porque el autor en persona toma la cosa para sí, sino porque “[n]o subyace un acuerdo sobre el cambio de custodia”. “La estafa como autoría mediata tipificada”. En: *Estudios de Derecho Penal Patrimonial*. Lima, Grijley, 2002, p. 107. En: MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. “El ‘hurto-robo’ frente a la autotutela y la legítima defensa de la posesión”, p. 69.

<sup>117</sup> En ese sentido, desde el punto de vista de las formas de autoría, se ha sostenido que el hurto “[c]onstituiría una tipificación de autoría directa porque la propia estructura del delito exige que el desplazamiento de la cosa tenga lugar sin una disposición de la víctima (o de quien tiene la custodia sobre la cosa, si no es el propietario), sino mediante una sustracción, o sea, una ruptura de custodia”. MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. “El ‘hurto-robo’ frente a la autotutela y la legítima defensa de la posesión”, p. 68.

<sup>118</sup> OLIVER CALDERÓN, Guillermo. *Delitos contra la propiedad*, p. 79.

<sup>119</sup> MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. “El ‘hurto-robo’ frente a la autotutela y la legítima defensa de la posesión”, p. 68.

<sup>120</sup> POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMIREZ GUZMÁN, Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial*, p. 299.

<sup>121</sup> OLIVER CALDERÓN, Guillermo. *Delitos contra la propiedad*, p.79.

<sup>122</sup> VALENCIA, Jorge. “La acción material constitutiva del delito de hurto en el nuevo Código Penal”. *Nuevo Foro Penal*, N°18, 1983, pp. 168-169.

hurto<sup>123</sup>. Al respecto, el Código Penal chileno, a través del término “apropiar”, ha consagrado expresamente la exigencia de ánimo de señor y dueño<sup>124</sup> como un elemento subjetivo propio, delimitando la naturaleza de la conducta incriminada y permitiendo distinguirla de otras objetivamente similares, y aún idénticas, pero irrelevantes desde el punto de vista penal<sup>125</sup>.

De esta suerte, para que un hecho sea considerado como constitutivo de hurto, no basta con la mera sustracción de una cosa de otro, sino que, al mismo tiempo, es menester que al hacerlo le guíe el ánimo de comportarse como señor y dueño de ella. En otras palabras, en el marco de los delitos de apropiación que suponen quebrantamiento de custodia ajena, la sustracción o aprehensión de una cosa ajena sólo tiene sentido, como elemento del tipo, si va precedido por –o juntamente con– el ánimo del agente de comportarse como señor y dueño respecto del bien sustraído<sup>126</sup>. Tenemos entonces dos elementos que destacar: uno de naturaleza material, con el que se priva a la víctima de la custodia de la cosa y que designa la dimensión objetiva de la acción de apropiación (*sustracción*), y otro de carácter subjetivo, consistente en el designio de comportarse como propietario (*animus rem sibi habendi*), es decir, de adquirir de hecho las facultades inherentes al dominio<sup>127</sup>. En el nivel de la estructura de injusto del delito de hurto, es la conjunción del ánimo de apropiación como elemento subjetivo especial con la dimensión objetiva de la ruptura de custodia ajena lo que posibilita la comprensión de la noción de acción de apropiación del artículo 432, reconstruida como apropiación mediante sustracción, esto es, “como ruptura de esfera de custodia y constitución de una nueva esfera de custodia sobre la cosa: sustracción con ánimo de apropiación”<sup>128</sup>.

En consecuencia, es esencial para la apropiación de una cosa que el autor conciba el establecimiento de una nueva posesión –apoyada en la sustracción– como establecimiento de la posesión en nombre propio<sup>129</sup>, esto es, con la intención de hacerse dueño de la cosa; de usar, gozar y disponer fácticamente de ella a su arbitrio (aspecto positivo)<sup>130</sup>, con exclusión de cualquier otra persona (aspecto negativo), como si fuese su verdadero propietario, aunque en realidad no lo sea<sup>131</sup>. Esta proyección subjetiva de

---

<sup>123</sup> MAYER LUX, Laura. “El ánimo de lucro en los delitos contra intereses patrimoniales”, p. 289.

<sup>124</sup> VERA SANCHEZ, Juan. *La consumación en el delito de hurto*, p. 158.

<sup>125</sup> CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Santiago, 10ª ed., Ediciones Universidad Católica de Chile, 2001, p. 325.

<sup>126</sup> OJEDA SALDIVIA, Alberto. *Hurto de Hallazgo*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1968, p. 64. En: VERA SANCHEZ, Juan. *La consumación en el delito de hurto*, p. 158.

<sup>127</sup> En sentido similar, la Corte de Apelaciones de Arica ha señalado que “la apropiación se compone de dos elementos: uno *material*, dado precisamente por la sustracción o aprehensión física y otro de carácter *psíquico*, consistente (sic) ánimo de comportarse como dueño de la cosa, es decir, de adquirir de hecho las facultades inherentes al dominio”. Corte de Apelaciones de Arica, Rol N°344-2018, 30 de octubre de 1988, c. 11.

<sup>128</sup> MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. “El ‘hurto-robó’ frente a la autotutela y la legítima defensa de la posesión”, p. 66.

<sup>129</sup> KINDHÄUSER, Urs. “La apropiación en el hurto”, p. 54.

<sup>130</sup> GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho penal. Parte Especial, Tomo IV*, p. 172.

<sup>131</sup> SAVIGNY, Friedrich. *Tratado de la posesión*, p. 36.



la pretensión de privar al propietario del poder de disposición (*lato sensu*) sobre la cosa sustraída de modo más o menos duradero<sup>132</sup>, expresada a través de la exigencia del ánimo de apropiación, constituye el elemento subjetivo específico del injusto del hurto, y que permite que una misma acción no sólo pueda ser descrita como “sustracción”, sino también y al mismo tiempo como “apropiación”<sup>133</sup>, sin entrar a averiguar si alcanzó o no el grado de disponibilidad que se propuso<sup>134</sup>.

La exigencia del ánimo de señor y dueño permite distinguir los comportamientos apropiatorios de otros que, precisamente, por carecer de este elemento subjetivo específico, han de quedar excluidos del castigo punitivo<sup>135</sup>. Esta circunstancia permite, como lo ha reconocido la jurisprudencia, declarar no punible el denominado “hurto de uso”<sup>136</sup>, en el que el agente sustrae una cosa mueble ajena, sin ánimo de apropiación, para servirse temporalmente de ella y restituirla inmediatamente después de su uso<sup>137</sup>. Así, por ejemplo, la jurisprudencia ha señalado que “[...] procede absolver al encausado por el delito de hurto de un automóvil, si su conducta no persiguió apropiación del vehículo, sino que un uso momentáneo del mismo”<sup>138</sup>, “[...] pues no realizó acción alguna tendiente a quitar piezas de él o venderlo o cederlo a alguien por algún beneficio pecuniario o de otro tipo”<sup>139</sup>. Precisamente, en estos casos no es posible reconocer *apropiación*, pues el autor, aun persiguiendo efectivamente un fin contrario a la voluntad del titular<sup>140</sup>, no se ve a sí mismo como dueño, sino que continúa reconociendo dominio ajeno sobre la cosa<sup>141</sup>.

En resumen, lo que caracteriza al delito de hurto es la voluntad del agente de comportarse respecto al bien sustraído tal como si tuviese un derecho de propiedad sobre éste<sup>142</sup>, y especialmente sin querer reconocer persona alguna superior a él<sup>143</sup>, para disponer de ella, o sea de darle destino permanente o de enajenarla<sup>144</sup>. En consecuencia, si faltare en la conducta del agente este elemento esencial del tipo penal, por solo incluir dicha conducta un *animus utendi*<sup>145</sup>, que se identifica con servirse momentáneamente de la especie, pero sin pretender una posición exclusiva y excluyente respecto de

---

<sup>132</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. “Justicia, propiedad y prevención”, nota 36, p. 180.

<sup>133</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. “Justicia, propiedad y prevención”, nota 36, p. 180.

<sup>134</sup> VALENCIA, Jorge. “La acción material constitutiva del delito de hurto en el nuevo Código Penal”, pp. 168-169.

<sup>135</sup> MAYER LUX, Laura. “El ánimo de lucro en los delitos contra intereses patrimoniales”, p. 292.

<sup>136</sup> GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho penal. Parte Especial, Tomo IV*, p. 172.

<sup>137</sup> POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMIREZ GUZMÁN, Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial*, p. 300.

<sup>138</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°1331-1993, 29 de enero de 1993, c. 2 y ss. En: *Revista Gaceta Jurídica*, N°154 (1993), N°154 (1993).

<sup>139</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°3051-1990, 12 de abril de 1990, c. 5. En: *Revista Gaceta Jurídica*, N°118 (1990).

<sup>140</sup> KINDHÄUSER, Urs. “La apropiación en el hurto”, p. 58.

<sup>141</sup> OLAVE ALBERTINI, Alejandra. “El delito de hurto como tipo de resultado”, p. 183.

<sup>142</sup> OLAVE ALBERTINI, Alejandra. “El delito de hurto como tipo de resultado”, p. 182.

<sup>143</sup> SAVIGNY, Friedrich. *Tratado de la posesión*, p. 65.

<sup>144</sup> GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho penal. Parte Especial, Tomo IV*, p. 172.

<sup>145</sup> VERA SANCHEZ, Juan. *La consumación en el delito de hurto*, p. 158.

la misma y restituyéndola posteriormente sin menoscabo a su titular<sup>146</sup>, el acto no puede ser calificado de hurto, y debe, tal como se expresó anteriormente, considerarse atípica, a falta de un tipo penal que la sancione expresamente en nuestro derecho chileno vigente<sup>147</sup>.

Habida cuenta que, sin embargo, el desplazamiento material de una cosa como tal es ambiguo<sup>148</sup>, su dificultad principal radica en la identificación de la pretensión de exclusividad que deberá presentar el autor<sup>149</sup>. A modo de ejemplo, se ha señalado que “el solo hecho de entrar a un supermercado será un hecho impune si se hace para comprar, sería un acto preparatorio si se hace para hurtar, pero aún no se decide qué especie se sustraerá, y será tentativa si el ingreso obedece a la voluntad dirigida a la apropiación de uno o varios bienes muebles concretos. Objetivamente la acción es la misma, subjetivamente muy diversa”<sup>150</sup>. Con todo, no debe perderse de vista la diferencia entre las exigencias típicas y la manera de probar, desde un punto de vista procesal, dicho ánimo, pues, en la práctica, éste se constará a través de indicios externos adicionales<sup>151</sup>. Estos indicios no son conceptualmente necesarios para la apropiación en sí, sino sólo para su percepción externa y, por tanto, también para su prueba. Lo esencial es establecer criterios objetivos que nos permitan, desde un punto de vista externo a la visión del autor, explicar y reconocer que el agente consideró la cosa como suya en relación con el apoderamiento material de la misma por el autor (esto es: como hecho psicológico), en función de actos anteriores, coetáneos o posteriores a la apropiación<sup>152</sup>. Así, por ejemplo, nuestra jurisprudencia ha inferido la concurrencia de dicho ánimo a través de diversas circunstancias, “[...] tales como la clandestinidad y furtividad de las que el autor pretendió aprovecharse, así como la naturaleza claramente fungible de las especies sustraídas; sumado a la admisión del acusado de su ánimo apropiatorio”<sup>153</sup>.

---

MAYER LUX, Laura. “El ánimo de lucro en los delitos contra intereses patrimoniales”, p. 292.

<sup>147</sup> GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho penal. Parte Especial, Tomo IV*, p. 172.

<sup>148</sup> KINDHÄUSER, Urs. “La apropiación en el hurto”, pp. 55-56.

<sup>149</sup> OLAVE ALBERTINI, Alejandra. “El delito de hurto como tipo de resultado”, p. 178.

<sup>150</sup> YAÑEZ ARRIAGADA, Rodrigo. “Una revisión crítica de los habituales conceptos sobre el iter criminis en los delitos de robo y hurto”, p. 106.

<sup>151</sup> VERA SANCHEZ, Juan. *La consumación en el delito de hurto*, nota 455, p. 159. Probatoriamente esta cuestión ha sido calificada como “un escollo insalvable”, acusado de generar un gran problema de incertidumbre en cuanto a la posibilidad de sostener y acreditar la intención delictiva detrás del acto desarrollado. YAÑEZ ARRIAGADA, Rodrigo. “Una revisión crítica de los habituales conceptos sobre el iter criminis en los delitos de robo y hurto”, p. 106.

<sup>152</sup> En similar sentido, pero respecto del ánimo de lucro, la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de fecha 31 de enero 2018, resolvió que “en los delitos patrimoniales el ánimo de lucro se puede deducir, inferir, como cualquier hecho psicológico, en función de actos anteriores, coetáneos y posteriores”. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°4780-2017, 31 de enero de 2018, c. 4.

<sup>153</sup> Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, RIT N°515-2018, 21 de febrero de 2019, c. 7.

## 1.6. Exigencia de ánimo de lucro

Cabe hacer presente que el tenor literal del artículo 432 del Código penal exige que el agente “se lucre”<sup>154</sup>, ánimo que debe concurrir en el agente al momento de llevar a cabo el comportamiento típico<sup>155</sup>. En Chile, la doctrina mayoritaria identifica este elemento como la intención de obtener una ventaja o beneficio económicamente apreciable de la cosa<sup>156</sup>, sea para enriquecerse o evitar un empobrecimiento<sup>157</sup>, beneficio que puede ser para sí o para un tercero<sup>158</sup>. A favor de lo anterior, se señala que la concepción que exige un contenido económico del lucro “(...) es altamente compatible con nuestra legislación, considerando que el hurto es un delito patrimonial y que se sanciona al hechor en razón del valor de la cosa sustraída”<sup>159</sup>. Por su parte, la jurisprudencia ha resuelto que “para que un hecho sea considerado como constitutivo de hurto, no basta con que el culpable se apropie de una cosa de otro, sino que, al mismo tiempo, es menester que al hacerlo no le guíe más propósito que llevar a su patrimonio lo que le pertenecía a otra persona, con el consiguiente beneficio que esto habría de reportarle y, por tanto, si faltare uno de estos elementos, el acto realizado no puede ser calificado de hurto”<sup>160</sup>. Inclusive, ante la dificultad de probar este elemento del tipo y la existencia de una duda razonable acerca de los verdaderos motivos pecuniarios que llevaron al agente a apropiarse –aun transitoriamente– de la cosa, la jurisprudencia ha determinado la absolución del acusado, por no ser los hechos en que tuvo participación constitutivos de hurto<sup>161</sup>.

Esta interpretación, sin embargo, resulta seriamente cuestionable, pues desconoce que en el delito de hurto el bien jurídico protegido es el dominio sin distinción<sup>162</sup>, de forma amplia, flexible<sup>163</sup>,

---

<sup>154</sup> MAYER LUX, Laura. “El ánimo de lucro en los delitos contra intereses patrimoniales”, p. 296.

<sup>155</sup> MAYER LUX, Laura. “El ánimo de lucro en los delitos contra intereses patrimoniales”, p. 290.

<sup>156</sup> Por todos, véase: MAYER LUX, Laura. “El ánimo de lucro en los delitos contra intereses patrimoniales”, p. 308.

<sup>157</sup> En este sentido, la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Arica, de fecha 30 de octubre de 2018, que señala que “el ánimo de lucro consiste en la intención del sujeto de obtener una ventaja o beneficio económicamente apreciable, sea para enriquecerse o evitar un empobrecimiento, beneficio que puede ser para sí o para un tercero, pero sin exigirse que el sujeto efectivamente logre su propósito, pues basta con que tenga esa intención”. Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, RIT N°344-2018, 30 de octubre de 2018, c. 11.

<sup>158</sup> MAYER LUX, Laura. “El ánimo de lucro en los delitos contra intereses patrimoniales”, p. 308.

<sup>159</sup> VERA SANCHEZ, Juan. *La consumación en el delito de hurto*, p. 163.

<sup>160</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 6 de noviembre de 1991. En: *Gaceta Jurídica* (1991), N°137, p. 82.

<sup>161</sup> A título ilustrativo, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 12 de abril de 1990, señala que: “[...] aun cuando, por regla general, es cierto que el solo hecho de apropiarse de una cosa mueble ajena contra la voluntad de su dueño implica la idea de lucro, vale decir, toda forma de provecho o beneficio, esto no obsta para que deba rechazarse tal suposición si los hechos probados pueden indicar –claramente– que al realizarse el acto de apropiación no hubo propósito o fin de lucro, y siendo efectivo que en estos autos el reo no tuvo el ánimo de lucrarse el vehículo que sustrajo, pues no realizó acción alguna tendiente a quitar piezas de él o venderle o cederlo a alguien por algún beneficio pecuniario o de otro tipo y existiendo –en el caso de autos– una duda razonable acerca de los verdaderos motivos que llevaron a P.C. a apropiarse (aunque transitoriamente), sólo cabe, apreciando la prueba en conciencia, absolverlo de la acusación que se dictó en su contra, por no ser los hechos en que tuvo participación constitutivos de hurto”. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°3051-1990, 12 de abril de 1990, c. 5. En: *Revista Gaceta Jurídica*, N°118 (1990).

<sup>162</sup> OLAVE ALBERTINI, Alejandra. “El delito de hurto como tipo de resultado”, p. 182.

<sup>163</sup> GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho penal. Parte Especial, Tomo IV*, p. 151.

permitiendo así que objetos que carecen de valor de mercado sean –en todo caso– considerados como parte del objeto de protección de tales normas<sup>164</sup>. Dicha confusión se deriva principalmente debido a la “tarificación penológica” del hurto en nuestra legislación, la cual se gradúa en razón del valor pecuniario de la cosa sustraída (artículo 446 del Código Penal)<sup>165</sup>.

En nuestro concepto, el hecho de que la regulación le confiera relevancia complementaria al valor pecuniario del objeto de la respectiva apropiación para efectos de la fijación de la pena aplicable<sup>166</sup>, no significa que en el hurto sea conceptualmente necesaria la motivación de lograr un beneficio patrimonial de la especie materia del apoderamiento por parte del autor. En ese sentido, cabe recordar que “[l]a ligazón entre la específica configuración de la irrogación de un mal y el correspondiente valor declarativo de la pena es una ligazón cuya naturaleza es, en una medida considerable, puramente convencional”<sup>167</sup>. Y así lo sugiere el artículo 455 del Código Penal, el cual deja a la prudencia del juez la regulación del valor de la especie, estando facultado para determinarlo cuando no resulte probado ni pudiere estimarse por peritos u otro arbitrio legal, determinación que no necesita en modo alguno concebirse orientada exclusivamente a la identificación del –sólo eventual y en todo caso volátil– valor de mercado de las cosas sustraídas<sup>168</sup>. En consecuencia, cuando se lleva a cabo una conducta apropiatoria que, conceptualmente, implica ánimo de señor y dueño, esta conducta no puede quedar restringida únicamente a aquellos casos en que el sujeto activo esperaba obtener un provecho económicamente apreciable respecto de la cosa sustraída.

De ahí que, otros autores, planteen una interpretación amplia del concepto de lucro, como la intención de obtener cualquier clase de beneficio, utilidad o provecho<sup>169</sup> de la cosa que es objeto material de la conducta delictiva<sup>170</sup>, y no sólo económica. Con todo, cabe reconocer que, ante la dificultad de probar esta circunstancia, la jurisprudencia mayoritaria regularmente presume la concurrencia de dicho ánimo con el simple apoderamiento de una cosa con valor económico apreciable<sup>171</sup>, salvo que se

---

<sup>164</sup> OLAVE ALBERTINI, Alejandra. “El delito de hurto como tipo de resultado”, nota 28, p. 182.

<sup>165</sup> OLAVE ALBERTINI, Alejandra. “El delito de hurto como tipo de resultado”, p. 183; véase también, VERA SANCHEZ, Juan. *La consumación en el delito de hurto*, p. 163. GUZMAN DALBORA, José. “El hurto de energía eléctrica”, p. 25, quien plantea como solución definitiva una innovación legal en cuanto a independizar el criterio de punición de este delito del importe del botín.

<sup>166</sup> MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. “Apropiación y distracción indebidas. Una propuesta de reconstrucción unificadoramente dualista del art. 470 N°1 del Código Penal”, p. 15.

<sup>167</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. “Justicia, propiedad y prevención”, p. 172.

<sup>168</sup> MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. “Apropiación y distracción indebidas. Una propuesta de reconstrucción unificadoramente dualista del art. 470 N°1 del Código Penal”, p. 17

<sup>169</sup> BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. “Ánimo de lucro y ánimo de hacerse pago”, p. 50. VERA SANCHEZ, Juan. *La consumación en el delito de hurto*, p. 161.

<sup>170</sup> BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. “Ánimo de lucro y ánimo de hacerse pago”, p. 51.

<sup>171</sup> Así, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Valparaíso de fecha 21 de abril de 2020 señala que “[e]n lo relativo al ánimo de lucro, este elemento subjetivo se puede inferir, ya que quien se apropia de bienes ajenos, lo hace con el fin patente, manifiesto, de incorporarlos a su patrimonio, aumentándolo, para poder disponer de ellos, sacándolos de la

pruebe que fue otro el ánimo que perseguía el agente al llevarlo a cabo<sup>172</sup>. En sentido similar, se ha fallado que el ánimo de lucro se refleja en la naturaleza de las especies sustraídas, con valor comercial y de fácil transacción en los mercados formales e informales<sup>173</sup>, que permite por sí sola obtener algún tipo de utilidad pecuniaria de su venta al menudeo<sup>174</sup>, lo que da cuenta de la ganancia o beneficio económico que resultaría de su apropiación<sup>175</sup>.

Para nosotros, la exigencia de ánimo de lucro en el hurto permite explicitar un componente psicológico de la *apropiación* exigida por el artículo 432 del Código Penal, consistente en la expectativa –no protegida jurídicamente, en este caso– de aprovechamiento de la cosa<sup>176</sup>. De esta forma, la exigencia de ánimo de lucro en el hurto puede ser entendida como la formulación legal explícita del componente específico del ánimo de apropiación referido al aprovechamiento de la cosa sustraída<sup>177</sup>. Como en toda figura que requiere un elemento psicológico, basta para el legislador con que la conducta delictiva se dirija a ese lucro que la inspira y que es componente de su voluntad delictiva referida a la apropiación, con independencia de si consigue o no el aprovechamiento que persigue<sup>178</sup>. Es decir, quien ejecuta la conducta debe actuar con la motivación de obtener un determinado beneficio de la cosa, pero no se demanda que, efectivamente, lo perciba, esto es, que consiga el *lucro* que es objeto de su motivación<sup>179</sup>.

De ahí que un importante sector de la doctrina nacional y, sobre todo, comparada, afirme que el ánimo de lucro importa una «tendencia interna trascendente». En principio, esto implica que el tipo del hurto se corresponde con la estructura de un delito de resultado cortado<sup>180</sup>, ya que la motivación del sujeto

---

esfera de resguardo de su propietaria (...).” Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso, RIT N°478-2019, 21 de abril de 2020, c. 11.

<sup>172</sup> VERA SANCHEZ, Juan. *La consumación en el delito de hurto*, p. 163.

<sup>173</sup> Séptimo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT N°305-2017, 11 de septiembre de 2017, c. 10. En similar sentido, véase: Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT N°256-2017, 21 de febrero de 2019, c. 7. Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, RIT N°515-2018, 21 de febrero de 2019, c. 7.

<sup>174</sup> Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT N°313-2019, 25 de enero de 2020, c. 10.

<sup>175</sup> Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Los Andes, RIT N°38-2019, 19 de octubre de 2019, c. 10.

<sup>176</sup> OLAVE ALBERTINI, Alejandra. “El delito de hurto como tipo de resultado”, p. 183.

<sup>177</sup> BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio. “Delitos contra intereses instrumentales”, pp. 20-21.

<sup>178</sup> CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal. Parte Especial. Tomo IV*, trads. por. José Ortega T.; Jorge Guerrero, Bogotá, Editorial Temis, 1959, p. 39. Citado en: MAYER LUX, Laura. “El ánimo de lucro en los delitos contra intereses patrimoniales”, p. 290.

<sup>179</sup> MAYER LUX, Laura. “El ánimo de lucro en los delitos contra intereses patrimoniales”, p. 290

<sup>180</sup> MAÑALICH, 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*, p. 92. En tal medida, Mañalich sostiene que el carácter de resultado cortado del hurto no concierne al aspecto (positivo) del aprovechamiento (o “lucro”), sino que, más bien, al aspecto (negativo) de la expropiación como componente específico del ánimo de apropiación. Y es esta dimensión expropiatoria del ánimo de apropiación la que, como constituyente específico del injusto del hurto, posibilitaría diferenciar éste del así llamado “hurto de uso”, que no es punible de conformidad con el derecho chileno vigente. Al respecto, véase: MAÑALICH, Juan Pablo. “Justicia, propiedad y prevención”, nota 36, p. 180.

activo “va más allá de la realización del hecho típico”<sup>181</sup>, pues el legislador no aguarda que el agente satisfaga su ánimo lucrándose efectivamente con la cosa<sup>182</sup>, sino que, en una demostración de impaciencia legislativa, el resultado de la apropiación se encuentra “cortado” por la definición típica en cuestión<sup>183</sup>, como circunstancia delimitadora del comportamiento incriminado. En efecto, desde la óptica del bien jurídico protegido, la completa ruptura de custodia ajena y constitución de una nueva custodia sobre la cosa puede ser considerada como ofensa suficiente para la consumación del delito, sin perjuicio de que esa misma conducta –esto es: habiendo finalizado la ejecución de la sustracción de la cosa– pueda concluir posteriormente con un empeoramiento material del bien jurídico mediante el efectivo aprovechamiento de la cosa por parte del autor (la propiedad, entendida como contenido fáctico de poder correlativo a la posición jurídico-formal de propietario)<sup>184</sup>. En otras palabras, en los delitos de apropiación mediante sustracción, la consumación formal (tipo penal) se separa del agotamiento material del delito (afectación del bien jurídico objeto de la tutela penal), el que se produce sólo con la obtención de la intención delictiva por parte del autor consistente en usar, gozar o disponer del bien ajeno como si tuviese un derecho de propiedad sobre éste. Esto significa que la afectación del poder fáctico de disposición (*lato sensu*) sobre la cosa corporal que es correlativo a la posición jurídico-formal de propietario sólo resultaría *subjetivamente* expresada en la consumación, a través de la exigencia del ánimo de apropiación, como constituyente específico del tipo de hurto<sup>185</sup>, en cuanto el efectivo acacimiento de ese menoscabo del bien jurídico (propiedad en sentido jurídico-

---

<sup>181</sup> REBOLLEDO VARGAS, Rafael. “Propuestas para la controversia en la delimitación típica del delito de estafa: la distinción con el fraude civil y la reinterpretación del engaño”. *Revista de Derecho y Proceso Penal*, Nº19 (2008): p. 107. REBOLLEDO, Rafael. *Propuestas para la controversia en la delimitación típica del delito de estafa: la distinción con el fraude civil y la reinterpretación del engaño*. En: *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 19 (2008), p. 107. En: MAYER LUX, Laura. “El ánimo de lucro en los delitos contra intereses patrimoniales”, p. 291. De ahí que los delitos de resultado cortado suelen ser caracterizados como delitos de tipo incongruente por exceso subjetivo, dado que para la realización del tipo se requiere, junto al dolo (cuyo objeto de referencia está constituido –sólo– por los elementos del tipo objetivo), un elemento subjetivo especial que trasciende en su proyección al dolo y se extiende a la (eventual) producción de aquel estado de cosas que, si bien es imputable subjetivamente al agente, no es necesario para la consumación, esto es, para la completa realización del tipo (y, por ende, no constituye objeto de referencia del dolo). De ahí que este elemento subjetivo especial (adicional al dolo) sea denominado “tendencia interna trascendente”. MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. “La tentativa y el desistimiento en el derecho penal. Algunas consideraciones conceptuales”. *Revista de Estudios de la Justicia*, Nº4, p. 162.

<sup>182</sup> *Derecho Penal. Parte General. Tomo I.*, p. 324.

<sup>183</sup> MAÑALICH, 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*. *Ediciones Jurídicas de Santiago*. P. 92.

<sup>184</sup> MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. “La tentativa y el desistimiento en el derecho penal. Algunas consideraciones conceptuales”, p. 89.

<sup>185</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. “Justicia, propiedad y prevención”, p. 179. Bajo una concepción formal del concepto de consumación, esto se explica en el sentido de que “[l]a consumación de un determinado tipo, esto es, la realización completa del supuesto de hecho de una norma punitiva no prejuzga en modo alguno cuál sea la relación entre esa realización completa y el grado de afectación del objeto de protección de la norma. En otros términos, no existe una vinculación necesaria entre consumación y lesión de un bien jurídico”. MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. “La tentativa y el desistimiento en el derecho penal. Algunas consideraciones conceptuales”, p. 139. Esto significa que, aun cuando en el fondo lo que interesa es la salvaguardia de bienes jurídicos frente a determinadas clases de comportamientos, no hay necesidad de esperar a que ellos sufran una efectiva mengua, sino que el derecho penal puede y debe intervenir cuando el autor evidencie en su comportamiento que desconoce una de las normas que han sido erigidas para la protección del bien jurídico. REYES ALVARADO, Yesid. *El delito de tentativa*. Buenos Aires, Editorial B de F, 2016, p. 152.

penal) no es condición necesaria de la consumación (típicamente irrelevante), sino que al legislador le basta para la completa realización del tipo con que el agente dirija su voluntad a la producción de ese resultado material que, de llegar a verificarse, constituiría una ofensa de hecho del bien jurídico para cuya protección se ha creado la norma.

En síntesis, lo importante es advertir que en el delito de hurto el resultado de cuya producción se trata se encuentra “cortado” por el tipo penal: para que el hecho se consume basta con que el tipo penal se realice, haya o no el autor logrado el fin último que se propuso al hurtar la cosa (conservarla, consumirla, venderla, regalarla, etc.)<sup>186</sup>. En otras palabras, el hurto se encuentra irrevocablemente consumado cuando encontramos una apropiación *provisionalmente* posibilitada por la sustracción, es decir, que la ruptura de custodia ajena sobre la cosa y constitución de una nueva sobre la misma, sea efectuada por el autor a fin de usar, gozar y disponer la especie sustraída, lo que obviamente reconduce al elemento subjetivo del ánimo de lucro en cuya virtud se busca un beneficio de la cosa que antes no se disponía<sup>187</sup>. Siendo así, la forma en que se concretará la tendencia interna trascendente del ánimo de lucro en el hurto<sup>188</sup> será como parte de la exigencia subjetiva del ánimo de apropiación<sup>189</sup>, en cuanto proyección subjetiva de la pretensión de privar al propietario del poder de disposición sobre la cosa sustraída de un modo más o menos duradero<sup>190</sup>, esto es, como tendencia interna trascendente de aprovechamiento de la cosa<sup>191</sup>, cuyo efectivo acaecimiento, sin embargo, no sería objetivamente exigido para la consumación del delito (en tanto momento formal).

Por último, cabe aclarar que la concepción del hurto como un delito de resultado cortado no tiene por qué traer aparejada como consecuencia una disociación de la acción de sustracción y la acción de apropiación, en el sentido de que la sustracción tendría que efectuarse para posibilitar la posterior apropiación, sino que el ánimo de apropiación ha de entenderse como cumpliendo una función de que una misma acción no sólo pueda ser descrita como “sustracción” sino también y al mismo tiempo como “apropiación”, para lo cual sería imprescindible sin embargo poder reconocer desde el inicio de la ejecución una proyección subjetiva de la pretensión de privar (fácticamente) al propietario de

---

<sup>186</sup> WELZEL, Hans. *Naturalism und Wertphilosophie Strafrecht*, Berlin, Druck und Verlagshaus GMBH, 1935, pp. 75 y ss. Citado en: COUSIÑO MAC IVER, Luis. *Derecho Penal chileno. Parte General. Tomo I*, p. 591.

<sup>187</sup> En tal sentido similar, véase: Décimo Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago, RIT N° 1355-2005, 2 de enero de 2005, c. 7. En: *Revista Procesal Penal*, N°42 (2005).

<sup>188</sup> COUSIÑO MAC IVER, Luis. *Derecho Penal chileno. Parte General. Tomo I*, p. 592.

<sup>189</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. “El ‘hurto-robo’ frente a la autotutela y la legítima defensa de la posesión”, p. 89.

<sup>190</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. “Justicia, propiedad y prevención”, nota 36, p. 180.

<sup>191</sup> MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. “La tentativa y el desistimiento en el derecho penal. Algunas consideraciones conceptuales” p. 162. De esta forma, “[s]i bien la realización completa del tipo objetivo (esto es, la consumación del hurto) ya representa un principio de lesión del bien jurídico, la proyección de esa lesión como una lesión indefinida en el tiempo sólo se expresa en el tipo subjetivo a través de la exigencia del ánimo de apropiación. MAÑALICH, Juan Pablo. “El ‘hurto-robo’ frente a la autotutela y la legítima defensa de la posesión”, p. 89.

las facultades de uso, goce y disposición de la cosa de un modo más o menos permanente<sup>192</sup>. Desde ésta óptica, dicho aprovechamiento eventual y futuro se corresponde más bien la denominada etapa de agotamiento (o terminación material) del delito<sup>193</sup> y que vendría a determinar el ámbito temporal máximo para la realización del tipo penal<sup>194</sup>, cuya concurrencia empero no es condición necesaria de la consumación (formal) del hurto y, por ende, de la punibilidad<sup>195</sup>.

### **1.7. Ausencia de violencia o intimidación en las personas o de fuerza en las cosas**

Al señalar los elementos del delito de hurto, el Código Penal chileno exige que la acción de apropiación se lleve a cabo sin que se recurra a la violencia o intimidación considerada en el robo con violencia o intimidación en las personas, y también sin el empleo de la fuerza propia del robo con fuerza en las cosas<sup>196</sup>. Este elemento negativo del tipo de hurto tiene por objeto delimitar la naturaleza de la conducta incriminada de aquellas que están específicamente descritas en los delitos recién mencionados sobre la base común del injusto de la acción de apropiación (arrogación del contenido fáctico de poder que corresponde a la posición de propietario)<sup>197</sup>, y constituye, debido a su estructura, la figura básica y residual de los delitos contra la propiedad, sobre todo en lo que respecta a las figuras de apoderamiento material<sup>198</sup>. Por consiguiente, al hurto se llega “por descarte”, una vez se ha comprobado que la acción de apropiación descrita en el artículo 432 del Código Penal ha sido realizada sin recurrir a alguno de los medios comisivos alternativos establecidos por el legislador<sup>199</sup>, los cuales trataremos someramente a continuación sin profundizar en su regulación, atendido el tema de nuestra investigación.

La violencia y la intimidación son medios coercitivos de comisión de la acción de apropiación<sup>200</sup>, esto es, deben usarse para producir un resultado coercitivo que sea objetivamente idóneo para posibilitar la realización de la acción de apropiación<sup>201</sup>. Tradicionalmente, esto se expresa a través de la exigencia de una relación de conexión funcional entre el uso de violencia o la intimidación y la

---

<sup>192</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. “Justicia, propiedad y prevención”, nota 36, p. 180.

<sup>193</sup> OLAVE ALBERTINI, Alejandra. “El delito de hurto como tipo de resultado”, p. 183.

<sup>194</sup> Según Mañalich, “la terminación del hurto se produciría cuando, habiendo concluido la ejecución de la sustracción, el autor se ha apropiado de la cosa en alguna forma que se manifieste objetivamente. MAÑALICH, Juan Pablo. “El ‘hurto-robo’ frente a la autotutela y la legítima defensa de la posesión”, p. 85.

<sup>195</sup> MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. “La tentativa y el desistimiento en el derecho penal. Algunas consideraciones conceptuales”, p. 162. Esto alternativamente se explica en que el legislador exige *ánimo* de lucro y no que efectivamente se obtenga el lucro o provecho buscado. Así, para el delito de hurto en el Código Penal chileno, es indiferente el destino final de la cosa, sino que lo imprescindible para la consumación radica en la *apropiación* de la misma. OLIVER CALDERON, Guillermo. *Delitos contra la propiedad*, p. 130 VERA SANCHEZ, Juan. *La consumación en el delito de hurto*, p. 212.

<sup>196</sup> GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho penal. Parte Especial, Tomo IV*, p. 161.

<sup>197</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. “El ‘hurto-robo’ frente a la autotutela y la legítima defensa de la posesión”, p. 65.

<sup>198</sup> Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, RIT N°344-2018, 30 de octubre de 2018, c. 11.

<sup>199</sup> GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho penal. Parte Especial, Tomo IV*, p. 161.

<sup>200</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. “El ‘hurto-robo’ frente a la autotutela y la legítima defensa de la posesión”, p. 65.

<sup>201</sup> BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio. “Delitos contra intereses instrumentales”, pp. 307-308.



apropiación mediante sustracción, prevista y sancionada por el artículo 432 del Código Penal<sup>202</sup>. Esta disposición no define qué clase de acciones son constitutivas de violencia o intimidación, sino precisamente qué clase de conexión funcional debe existir entre el uso de estos medios comisivos alternativos y el atentado contra la propiedad<sup>203</sup>. Conforme a dicho precepto, la relación típica compleja de medio a fin requerida por el robo<sup>204</sup> puede ser: (a) el constreñimiento a entregar la cosa; (b) el constreñimiento a manifestar la cosa; (c) el constreñimiento a tolerar la apropiación. Por ende, no se trata de que no se emplee fuerza o intimidación en general<sup>205</sup>, sino de aquella clase de medios coercitivos y la conexión funcional específicamente requerida por el legislador, y que vinculan al atentado contra la libertad (injusto de la coacción) al atentado contra la propiedad (injusto del hurto).

En cuanto a la fuerza en las cosas, denominada y considerada robo en los artículos 440 a 443 bis del Código Penal, no es más que una forma agravada de hurto en atención a las circunstancias de su comisión<sup>206</sup>, consistente en la comisión de la acción de apropiación empleando fuerza para violentar o superar los medios de seguridad, puertas, paredes, cerraduras, etc., o accediendo mediante escalamiento<sup>207</sup>, por cuanto las circunstancias comisivas antes descritas no afectan directamente la libertad de la víctima, sino a los medios materiales que ésta ha dispuesto para la tutela del bien, y que vendrían a ser superados y con ello inutilizados (escalamiento, fractura, etc.)<sup>208</sup>. Como ya adelantamos, no basta con cualquier clase de fuerza aplicada para vencer las defensas o resguardos de la cosa para desplazar la calificación de un hurto a un robo con fuerza en las cosas, sino que es necesario que además se trate de alguna de las modalidades ejecutivas especialmente previstas por el legislador en los artículos 440 y siguientes del Código Penal<sup>209</sup>.

Lo señalado en los párrafos anteriores no significa, sin embargo, que la noción de acción de apropiación del artículo 432 del Código Penal chileno deba ser reconstruida como apropiación mediante sustracción *furtiva* o *clandestina*<sup>210</sup> (por oposición a las hipótesis de apropiación mediante

---

<sup>202</sup> En este sentido, véase: MAÑALICH, 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*, p. 61.

<sup>203</sup> BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio. “Delitos contra intereses instrumentales”, pp. 307-308.

<sup>204</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. “El comportamiento típico en el robo con homicidio”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, N°17 (1964): p. 436.

<sup>205</sup> GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho penal. Parte Especial, Tomo IV*, p. 161.

<sup>206</sup> BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio. “Delitos contra intereses instrumentales”, p. 301.

<sup>207</sup> SANCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo. “Consideraciones sobre los delitos de hurto y robo cometidos en establecimientos de autoservicio”, p. 243.

<sup>208</sup> SANCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo. “Consideraciones sobre los delitos de hurto y robo cometidos en establecimientos de autoservicio”, p. 243.

<sup>209</sup> POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMIREZ GUZMÁN, Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial*, p. 334.

<sup>210</sup> En sentido similar, véase: OLIVER CALDERON, Guillermo. *Delitos contra la propiedad*, p. 84.

sustracción *coercitiva* constitutivas del delito de robo con violencia o intimidación en las personas<sup>211</sup>), requisito que, por lo demás, la ley no exige<sup>212</sup>. En efecto, si bien es cierto que en el hurto por lo general implica el uso de medios subrepticios u ocultos por el agente<sup>213</sup>, sin que esa acción sea advertida ni por el afectado ni por sus representantes, esa correlación es puramente contingente<sup>214</sup>, pues es perfectamente posible que la apropiación se lleve exitosamente a cabo aun cuando el dueño (o los terceros que actúan en su favor) se den cuenta de la sustracción<sup>215</sup>. Así, “por ejemplo, imaginemos el caso de una enfermera, que en presencia de un paciente hospitalizado que, a pesar de estar consciente, no puede moverse de su cama, porque se encuentra recién operado, se apropia de sus pertenencias”<sup>216</sup>. En este caso no hay clandestinidad o furtividad, porque la enfermera procede abiertamente y la víctima advierte lo que ocurre, pero tampoco hay violencia o intimidación en las personas en un tiempo anterior, coetáneo o posterior a la apropiación, pues si el víctima no impide el delito es porque se encuentra imposibilitada de reaccionar como resultado de encontrarse recién operada, padecimiento de *vis absoluta* que sin embargo no le es imputable a la enfermera, pero que es aprovechada por aquella para apropiarse de la especie.

Por último, cabe señalar que, la jurisprudencia, ante la existencia de una duda razonable acerca del empleo de alguno de los medios comisivos para que un hecho sea considerado como robo (en sus diversas modalidades), pero encontrándose al mismo tiempo acreditados todos los elementos comunes de la figura básica y residual del artículo 432 del Código Penal en los delitos de apoderamiento por medios materiales, ha resuelto que corresponde encuadrarlo y sancionarlo como un delito de hurto y no como robo<sup>217</sup>. En efecto, dándose los elementos generales de la figura base y,

---

<sup>211</sup> A favor de la caracterización del robo como un delito de apropiación coercitiva, véase: MAÑALICH, 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*, p. 61.

<sup>212</sup> Por supuesto, esta conclusión no obsta a que tales circunstancias de clandestinidad y furtividad sean consideradas para otros propósitos, por ejemplo, como indicios para la prueba del dolo o para la demostración de un ánimo en el proceso penal. A título ilustrativo, véase: Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, RIT N°515-2018, 21 de febrero de 2019, c. 7.

<sup>213</sup> MAYER, Laura. “Las paradojas de la estafa-falta”, p. 181. GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho penal. Parte Especial, Tomo IV*, p. 168.

<sup>214</sup> La jurisprudencia sin embargo con frecuencia suele referirse a la acción propia del hurto como una “apropiación subrepticia”, ejecutada furtiva o clandestinamente por el autor, para diferenciarla de las modalidades de “arrebato sorpresivo” propias del robo por sorpresa (artículo 436 inciso 2° del Código Penal). A modo de ejemplo, véase: Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT N°313-2019, 25 de enero de 2020, c. 10. Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, RIT N°279-2019, 30 de diciembre de 2019, c. 11. Juzgado de Garantía de Chillán, RIT N°4367-2019, 9 de octubre de 2019, c. 7. Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Coyhaique, RIT N°89-2017, 24 de octubre de 2018, c. 4. Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, RIT N°202-2018, 10 de agosto de 2018, c. 13. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°4780-2017, 31 de enero de 2018, c. 1. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°10052-1993, 28 de abril de 1993, c. 6. En: *Revista Gaceta Jurídica*, N°154 (1993).

<sup>215</sup> OLIVER CALDERON, Guillermo. *Delitos contra la propiedad*, p. 84.

<sup>216</sup> GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo IV, 2008*, p. 161.

<sup>217</sup> En este sentido, entre otras: Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N°763-2002, 3 de octubre de 2003, 5. En: *Revista Gaceta Jurídica*, N°280 (2003). Corte de Apelaciones de Pedro Aguirre Cerda, Rol N°2406-1978, 14 de septiembre de 1988, c. 2 y ss. En: *Revista Gaceta Jurídica*, N°99 (1988).

al mismo tiempo, desde la perspectiva del llamado concurso de leyes, una relación de subsidiariedad tácita<sup>218</sup>, si el hecho no es constitutivo de robo en sus diversas modalidades, corresponderá subsumirlo en el delito de hurto<sup>219</sup>.

### 1.8. Objeto material y penalidad

El objeto material sobre la que ha de recaer físicamente la apropiación ha de ser una cosa corporal, mueble, ajena y susceptible de apreciación pecuniaria. A continuación, examinaremos cada una de dichas características.

Atendido el hecho de que la conducta típica consiste en apoderarse de una cosa mediante sustracción, la doctrina uniformemente concuerda en que sólo las cosas *corporales* son susceptibles de ser objeto material del delito de hurto. Tradicionalmente, se ha entendido que son cosas corporales aquellas cosas que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos (Art. 565 Código Civil)<sup>220</sup>. Sin embargo, la doctrina nacional suele señalar que la noción de cosa corporal definida en el derecho privado no es determinante en esta materia, pues existen ciertas cosas que, a pesar de que tienen existencia real, por falta de corporeidad no pueden ser aprehendidas como, por ejemplo, la luz, el calor, el frío, la energía y los gases<sup>221</sup>. Es preciso, por consiguiente, que la cosa se trate de un objeto del mundo exterior y que pueda ser *tomada* porque posee cierta extensión<sup>222</sup> en el espacio<sup>223</sup>, sea de manera independiente o porque estén integradas a otra de mayor envergadura<sup>224</sup>.

El citado artículo 432 exige que la cosa apropiada sea *mueble*, concepto que en los delitos contra la propiedad se extiende a todo aquello que puede trasladarse de un lugar a otro<sup>225</sup>, esto es, susceptible de ser separada fácticamente<sup>226</sup>, sea por sí mismas o por una fuerza externa, aunque sufra detrimento, de manera que se trata de un concepto más amplio que el contenido en el Código Civil<sup>227</sup>. Para efectos penales, por consiguiente, la noción de inmueble queda reducida al casco terrestre, es decir, aquello

---

<sup>218</sup> QUERALT JIMÉNEZ, Joan. *Derecho Penal español. Parte Especial*, p. 265.

<sup>219</sup> GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho penal. Parte Especial, Tomo IV*, p. 158.

<sup>220</sup> Por todos, véase: GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho penal. Parte Especial, Tomo IV*, p. 161

<sup>221</sup> Con todo, tratándose de la *energía* y los *gases*, se ha señalado que estas pueden quedar comprendidas dentro de las cosas susceptibles de hurto, cuando éstas se encuentran envasadas, pues en estas condiciones adquieren la materialidad necesaria y pueden ser trasladadas de un lugar a otro. Véase: GARRIDO MONTT, Mario. *Delitos contra la propiedad*, p. 162; OLIVER CALDERON, Guillermo. *Delitos contra la propiedad*, p. 94.

<sup>222</sup> POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMIREZ GUZMÁN, Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial*, p. 302.

<sup>223</sup> OLIVER CALDERON, Guillermo. *Delitos contra la propiedad*, p. 99.

<sup>224</sup> GARRIDO MONTT, Mario. *Delitos contra la propiedad*, p. 161.

<sup>225</sup> GARRIDO MONTT, Mario. *Delitos contra la propiedad*, p. 164.

<sup>226</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, José; SERRANO GÓMEZ, Alfonso. *Derecho Penal español. Parte Especial*, p. 417.

<sup>227</sup> GARRIDO MONTT, Mario. *Delitos contra la propiedad*, p. 164.

que no puede trasladarse (las tierras y las minas), cuya apropiación será constitutiva del delito de *usurpación* (arts. 457 y 458 CP)<sup>228</sup>.

La cosa sustraída, además de ser corporal y mueble, debe ser *ajena*<sup>229</sup>. La ajenidad de la cosa mueble supone dos notas: una negativa, consistente en que no debe pertenecer al sujeto activo<sup>230</sup>, pues no procede hurto de cosa propia<sup>231</sup> (en caso de error, por ejemplo)<sup>232</sup>; y otra positiva, consistente en que exista un propietario del bien objeto del delito<sup>233</sup>, pues tampoco es concebible el hurto de cosa que no pertenezca a alguien<sup>234</sup>, como el caso de las cosas que carecen de dueño y que puede ser adquiridas por ocupación (*res nullius*) o de las abandonadas por su dueño para que cualquiera se las pueda apropiar (*res derelictae*), ni tampoco de las que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, las cuales no son susceptibles de dominio y nadie puede apropiárselas (art. 585 CC)<sup>235</sup>. En todo caso, las cosas abandonadas no deben ser confundidas con las cosas extraviadas o perdidas (*res deperditi*), que sí son ajenas y cuya apropiación puede dar lugar al delito de *hurto de hallazgo* (art. 448 CP). También son ajenos los bienes nacionales de uso público, pues si bien su uso corresponde a todos los habitantes de la nación, su *dominio* pertenece a la nación misma (art. 589 CC)<sup>236</sup>.

Por último, aunque el artículo 432 no lo diga expresamente, es necesario que el bien sustraído sea susceptible de apreciación pecuniaria<sup>237</sup>. Lo anterior se extrae del sistema de penalidad contemplado bajo la regulación chilena, de factura clásica<sup>238</sup>, el cual diferencia cinco hipótesis típicas atendiendo

---

<sup>228</sup> POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMIREZ GUZMÁN, Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial*, p. 303.

<sup>229</sup> Sobre este requisito y las diversas discusiones que ha suscitado (en particular, si puede afirmarse que hay hurto en el caso de que sea un copropietario quien se apropie de la cosa común), véase OLIVER, *Delitos contra la propiedad*, pp. 100 y ss.

<sup>230</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, José María / SERRANO GÓMEZ, Alfonso. *Derecho Penal Español. Parte Especial*, p. 417.

<sup>231</sup> VERA SANCHEZ, Juan. *La consumación en el delito de hurto*, pp. 144 -145. La sustracción de cosa propia configura un delito distinto, al que se le conoce como *furtum possessionis* o *hurto de posesión*, tipificado en el artículo 471 N°1 del Código Penal. OLIVER CALDERON, Guillermo. *Delitos contra la propiedad*, p. 100; SERRANO GÓMEZ, Alfonso; SERRANO MAÍLLO, Alfonso. *Derecho Penal español. Parte Especial*, p. 354.

<sup>232</sup> OLAVE ALBERTINI, Alejandra. “El delito de hurto como tipo de resultado”, p. 178.

<sup>233</sup> En este sentido, la Corte de Apelaciones de Valparaíso ha señalado que “[a]l respecto se tiene presente que en esta clase de ilícitos no es necesario determinar a quién pertenece la especie objeto del delito, sino que basta con que se establezca que era ajena, y en este caso, queda palmariamente demostrada la voluntad del dueño, puesto que tenía la especie resguardada dentro de un inmueble, lugar desde el cual los imputados la sacaron por sobre el cierre perimetral que la protegía”. Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°110-2013, 25 de febrero de 2013, c. 6. En: *Revista de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N°18 (2014).

<sup>234</sup> VERA SANCHEZ, Juan. *La consumación en el delito de hurto*, pp. 144 -145.

<sup>235</sup> POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMIREZ GUZMÁN, Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial*, pp. 303-304. OLIVER CALDERON, Guillermo. *Delitos contra la propiedad*, p. 101. GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho penal. Parte Especial, Tomo IV*, p. 165.

<sup>236</sup> OLIVER CALDERON, Guillermo. *Delitos contra la propiedad*, p. 101.

<sup>237</sup> Tradicionalmente, se afirma que esta exigencia margina de la posibilidad del hurto aquellas cosas que tienen únicamente un *valor de afección*, esto es, un interés o aprecio meramente subjetivo o sentimental para una persona, no avaluable económicamente en su materialidad. GARRIDO MONTT, Mario. *Delitos contra la propiedad*, p. 167; OLIVER CALDERON, Guillermo. *Delitos contra la propiedad*, p. 106. POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMIREZ GUZMÁN, Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial*, p. 304.

<sup>238</sup> GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho penal. Parte Especial, Tomo IV*, p. 167.

al valor pecuniario de la cosa sustraída. El artículo 446 del Código Penal distingue cuatro hipótesis de hurto: hurto de cosa cuyo valor excede de 400 UTM (inc. 2°), que excede de 40 UTM (N°1), que excede de 4 UTM y no excede de 40 UTM (N°2), y que excede de una UTM y no excede de 4 UTM (N°1). A estas cuatro hipótesis hay que agregar la del artículo 494 N°19, que se refiere a hurtos de cosa cuyo valor no exceda de una UTM. En nuestro sistema económico, este valor pecuniario que la cosa debe tener se encuentra determinado por las leyes de oferta y demanda, y que deberá ser objeto de prueba en el proceso<sup>239</sup>, toda vez que la determinación de la pena dependerá de ese valor<sup>240</sup>, sin perjuicio de la facultad establecida en el artículo 455 del mismo Código.

Tratándose de procedimientos simplificados por hurto-falta, sin embargo, el actual inciso final del artículo 390 del Código Procesal Penal dispone que “si se cometieren en un establecimiento de comercio, para la determinación del valor de las cosas hurtadas se considerará el *precio de venta*, salvo que los antecedentes que se reúnan permitan formarse una convicción diferente”. Cabe señalar que esta modificación ha sido criticada por la doctrina nacional, pues resultaría inorgánica con lo dispuesto en el artículo 466 CP (que para fijar la pena ordena considerar el “valor de la cosa” hurtada), además de una discriminación arbitraria, pues dejaría en principio entregada a la víctima la determinación de la pena aplicable si el hurto-falta tiene lugar en un establecimiento de comercio, otorgándole más protección (sólo) para los intereses patrimoniales de los establecimientos comerciales y más castigo (sólo) para quienes cometen hurto-falta en dichos establecimientos<sup>241</sup>.

Ahora bien, en nuestra opinión se debe ser especialmente cuidadoso con esta materia, ya que el perjuicio patrimonial solo debe ser considerado para *sancionar* el delito de hurto pues, bajo la consideración de la propiedad como objeto de protección, la diferenciación bajo la regulación chilena entre las diversas hipótesis típicas desde la más grave a la menos grave no puede ser explicada en términos de una decreciente determinación del injusto material, sino que la diferenciación en el hurto tendría que ser explicada como una diferenciación que se produciría en el nivel de determinación legal de la pena<sup>242</sup>. En efecto, en la apropiación de una cosa carente de valor económico el delincuente menoscaba igualmente el poder fáctico de disposición que es correlativo a la posición formal de propietario; si en este caso tal apropiación no puede ser objeto de sanción, es simplemente porque en

---

<sup>239</sup> POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMIREZ GUZMÁN, Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial*, p. 304.

<sup>240</sup> GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho penal. Parte Especial, Tomo IV*, pp. 167-168.

<sup>241</sup> Al respecto, véase: MAYER LUX, Laura. “Las paradojas de la estafa-falta”, p. 182. OLIVER CALDERÓN, Guillermo. OLIVER CALDERÓN, Guillermo. “Análisis crítico de las últimas modificaciones legales en materia de hurto-falta”, p. 304.

<sup>242</sup> En este sentido, véase: MAÑALICH, 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*, nota 38, p. 38.

nuestro sistema no hay pena para ellas<sup>243</sup>. Esto último deja en evidencia que esta característica –el valor pecuniario de la cosa– es en gran medida puramente convencional, cuya ligazón con este delito se debe únicamente al régimen de cuantías para aplicar las penas en nuestro Código Penal, y cuya abolición ya ha sido materia de discusión en Chile<sup>244</sup>.

## CAPÍTULO II.

### LA ESTRUCTURA DE DELITO DE RESULTADO INTRÍNSECO DEL HURTO

#### 2.1. Importancia de la distinción entre delitos de mera actividad y de resultado

Tradicionalmente, el examen de las etapas de desarrollo del delito en la doctrina penal chilena se ha vinculado estrechamente a la clasificación entre delitos de mera actividad y delitos de resultado<sup>245</sup>, según los caracteres del hecho necesario para la consumación del delito. Así, la diferencia radica en que, en los primeros, se consuman por la simple ejecución del hecho tipificado; mientras que, en los segundos, requieren para su perfección de la realización de un determinado resultado externo, señalado en la respectiva figura punitiva<sup>246</sup>.

La relevancia de esta distinción para la determinación de los distintos grados del *iter criminis* consiste en que la mayoría de los autores en Chile considera que en los delitos de mera actividad no cabe frustración<sup>247</sup>, en virtud de que ésta clase de delitos la completa ejecución de la conducta típica

---

<sup>243</sup> GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho penal. Parte Especial, Tomo IV*, p. 167. Para otros, si bien la regulación chilena del hurto parece imponer como indispensable la relevancia del valor pecuniario del objeto, para diferenciar las hipótesis típicas entre más y menos graves según su valor, ello no implica necesariamente la falta de punibilidad del apoderamiento de una cosa que carece de valor pecuniario, pues en este caso resultaría aplicable el artículo 494 N°19, que tipifica como falta, entre otros, el hurto sobre “valores que no excedan de una unidad tributaria mensual”. Véase: MAÑALICH, 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*, p. 37.

<sup>244</sup> En este sentido, cabe destacar los cambios que introduce el Anteproyecto de Nuevo Código Penal elaborado por el Foro Penal que, entre otras modificaciones, pretende hacer una completa reestructuración de las sanciones eliminando el controvertido régimen de cuantías (ni si quiera se mantiene el sistema de cuantías para delimitar los simples delitos y faltas; estas últimas desaparecen), pues tiende a producir en la práctica diversos casos de responsabilidad objetiva; además ha sido considerado poco democrático al darle menor protección a los sectores más desposeídos. Sin embargo, en los casos de hurto de ínfimo valor, el Foro Penal consideró indispensable incorporar una norma que le permita al juez, en determinadas situaciones, prescindir de la pena privativa de libertad y aplicar solo una multa. FERNANDEZ DÍAZ, Álvaro. “Hurto-falta: una reforma mal hecha y otra pendiente”, p. 101. Este criterio también se criticado desde un punto de vista práctico, pues presenta un problema en lo que respecta a la determinación de la pena a imponer por la tentativa de hurto: si la ejecución del delito se interrumpe por causa independiente de la voluntad del sujeto activo inmediatamente después de que éste ha ingresado a la esfera de custodia en la que la cosa se encuentra, se presenta la difícil dificultad de determinar cuál, de todas las cosas que se hallan dentro de dicha esfera, es la que se proponía sustraer. Este es un problema derivado del modo en que la ley sanciona el hurto, y mientras no sea modificado, hay que lidiar con él. BULLEMORE, Vivian; MACKINNON, John. *Curso de Derecho penal. Parte Especial, Tomo IV*. Santiago, 2ª ed., LexisNexis, 2007, p. 25. OLVIER CALDERÓN, Guillermo. *Delitos contra la propiedad*, p. 122.

<sup>245</sup> MAYER LUX, Laura. El ‘iter criminis’ en la estafa a las compañías de seguros”, p. 104.

<sup>246</sup> COUSIÑO MAC IVER, Luis. *Derecho Penal chileno. Parte General. Tomo I*, p. 313.

VERA SANCHEZ, Juan. “La frustración en los delitos de mera actividad”. *Revista de Estudios Ius Novum*, N°1 (2008), p. 243.

equivale a la realización del tipo, esto es, a la consumación<sup>248</sup>. De ahí que, en el ámbito de los delitos de mera actividad, la tentativa solo aparecería concebible, en principio, como tentativa *stricto sensu* (tentativa inacabada), que se presentaría cuando el sujeto ha dado comienzo a la actividad, pero ésta no alcanza su pleno desarrollo<sup>249</sup>.

Por consiguiente, de acuerdo con la posición doctrinal tradicional en Chile sobre la materia, sólo en los delitos de resultado sería posible apreciar la hipótesis de frustración. Así, los delitos de resultado serían aquellos que en su configuración tendrían como elemento del tipo un resultado material, espacio-temporalmente diferenciable de la acción misma (i.e., no circunscrito a la voluntad del sujeto activo<sup>250</sup>), pero vinculado a ella por una relación de causalidad ontológica<sup>251</sup>. De ahí que en los delitos de resultado el sujeto pueda realizar la totalidad de la acción típica y, sin embargo, el delito no se consume porque no se produce el resultado<sup>252</sup>. Desde ésta óptica, para la mayoría de los autores nacionales el acaecimiento del resultado exigido para la consumación en los delitos de resultado en algún sentido escapa al control del agente, pues su ocurrencia –y más específicamente: su posibilidad fáctica de influir en el resultado– queda siempre a merced “de la naturaleza” (esto es, circunscrito a factores ajenos a su propia voluntad)<sup>253</sup>. En efecto, el autor no puede asegurar la causalidad de un modo absolutamente necesario, pues siempre podrá equivocarse en la previsión del curso causal futuro<sup>254</sup>: puesto todo lo necesario para la realización de la acción típica por el agente, tras ello sólo resta *causalidad* (la relación entre acción y resultado tiene que ser tal que podría no darse).

Ahora bien, una de las figuras más difíciles de encasillar en esta clasificación está compuesto por los delitos de apropiación mediante sustracción, discusión que ha sido respondida por los autores en varios sentidos. Esta cuestión que a primeras luces aparece como una discusión puramente teórica,

---

<sup>248</sup> RAMÍREZ GUTTIERREZ, María Cecilia. “La frustración en delitos de mera actividad a la luz de determinadas sentencias”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N°26 (2005), p. 133. En este sentido, Yáñez sostiene que, en los delitos de mera actividad, “cada vez que el autor haya puesto todo de sí para la realización de la acción típica, el delito se consume, no teniendo cabida un resultado que queda a merced del acaso, por lo que el delito sólo se puede presentar o consumado o tentado, mas no frustrado”. YAÑEZ ARRIAGADA, Rodrigo. “Una revisión crítica de los habituales conceptos sobre el iter criminis en los delitos de robo y hurto”, pp. 96-97.

<sup>249</sup> MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. “La tentativa y el desistimiento en el derecho penal. Algunas consideraciones conceptuales”, p. 161.

<sup>250</sup> VERA SANCHEZ, Juan. *La consumación en el delito de hurto*, p. 88.

<sup>251</sup> WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán. Parte General*, trad., por Juan Bustos Ramírez; Sergio Yáñez Pérez, Santiago, 4ª ed., Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 51. En ese sentido, Hernández señala que “en los delitos de resultado la conducta es anterior al resultado y causa de él, mientras que el resultado es posterior a la conducta y consecuencia de ella”. Jaime; HERNÁNDEZ BASUALTO, Hector. “Art. 1º”. En: *Código Penal comentado. Parte General, doctrina y jurisprudencia*, HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (dir.), Santiago, Legal Publishing Chile, 2011, p. 34.

<sup>252</sup> FERNANDEZ DÍAZ, Álvaro. “Hurto-falta: una reforma mal hecha y otra pendiente”, nota 13, p. 96.

<sup>253</sup> SCHLEIDER, Tobías. *Acción y resultado. Un análisis del papel de la suerte en la atribución de responsabilidad penal*. Buenos Aires, Ediciones Didot, 2011, p. 152.

<sup>254</sup> SANCINETTI, Marcelo. *Teoría del delito y disvalor de la acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*. Buenos Aires, Hammurabi, 1999, p. 127.

reviste uno de los temas con mayor incidencia práctica para el delito de hurto en nuestra jurisprudencia, la cual recoge a su turno las diversas posiciones doctrinales sobre la materia y sus implicancias para la determinación del *iter criminis* de acuerdo a lo razonado precedentemente, en cuanto a si cabe o no en nuestra legislación la frustración en los delitos de apropiación como el hurto. Siendo así, resulta importante revisar las bases dogmáticas tradicionales para la distinción entre delitos de resultado y delitos de mera actividad en el delito de hurto y, en su caso, determinar la naturaleza del delito de hurto en torno a la exigencia de resultado, analizando si las distintas concepciones se corresponden o no con lo que tradicionalmente se ha llamado «resultado» en la doctrina nacional.

## 2.2. El hurto como delito de resultado

Tradicionalmente, se ha sostenido que el resultado de la acción tanto en el hurto como las diversas figuras de robo es la *apropiación* de la cosa<sup>255</sup>. En efecto, se señala que “en los casos de los ilícitos contra la propiedad –como es el caso del hurto–, estos pertenecen a la categoría de los delitos materiales o de resultado y se caracterizan porque su configuración típica exige que se produzca efectivamente un resultado que consiste en la apropiación en la cosa ajena”<sup>256</sup>. Al respecto, algunos autores identifican la idea de resultado con la separación fáctica de la especie desde el ámbito de resguardo del sujeto pasivo y su incorporación a la del sujeto activo, como producto de la acción realizada<sup>257</sup>. Para otros autores, el resultado exigido por el tipo de hurto constituye el desplazamiento de hecho de la cosa con la correlativa posibilidad de disposición sobre el bien para el sujeto activo<sup>258</sup>. Es decir, en los delitos contra la propiedad, el resultado de lesión se corresponde con una afectación de la posibilidad fáctica de realización de la posición jurídico-formal del sujeto en relación a la cosa<sup>259</sup>.

Compartiendo las conclusiones de los autores citados precedentemente, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 20 de noviembre de 2018 declara que: “la acción típica requiere del desplazamiento de la cosa por parte del sujeto activo, trasladándola desde la esfera de dominio del dueño a la suya. El resultado del delito se produce cuando la cosa u objeto material *abandona* la

---

<sup>255</sup>Por todos, véase: RODRÍGUEZ DEVESA, José; SERRANO GÓMEZ, Alfonso. *Derecho Penal español. Parte Especial*, p. 419. MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*. Valencia, 5ª ed., Tirant Lo Blanch, 2002, p. 262.

<sup>256</sup> Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°803-2014, 3 de julio de 2014, c. 5.

<sup>257</sup> YAÑEZ ARRIAGADA, Rodrigo. “Una revisión crítica de los habituales conceptos sobre el *iter criminis* en los delitos de robo y hurto”, p. 95

<sup>258</sup> VERA SANCHEZ, Juan. *La consumación en el delito de hurto*, pp. 85-86.

<sup>259</sup> MAÑALICH, 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*, p. 37.



esfera del dominio del afectado”<sup>260</sup>. En sentido similar, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco de fecha 14 de enero de 2020 expresa que: “[d]ebe desestimarse la calificación de delito de mera actividad del hurto, pues en ellos la acción se confunde con el resultado, mientras que en el delito de hurto la apropiación (sustracción con ánimo de señor y dueño) sin la voluntad del propietario, hecha con ánimo de lucro, debe significar sacar la especie, de hecho, del patrimonio del dueño, impidiendo, de esta forma, que éste pueda ejecutar respecto de ellas las facultades que le otorga el dominio [...]”<sup>261</sup>. Por último, en cuanto a los efectos materiales de la conducta, resulta interesante un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago del año 2006, que luego de analizar la definición del delito de hurto del artículo 432 CP, sostuvo que: “[l]a misma definición evidencia además la naturaleza jurídica de esta infracción penal, esto es, de tratarse de un delito de resultado pues exige la producción de un cambio en el mundo exterior, constituido por la apropiación de cosa ajena”<sup>262</sup>.

Con todo, esta postura ha sido criticada por la doctrina nacional, pues “confunde la manifestación externa de la conducta exigida por el tipo con el resultado pues, en definitiva, la incorporación de la cosa al patrimonio del hechor no puede entenderse separada de la acción misma de incorporar. Es decir, bastaría sólo la acción para que –sin ninguna interrupción se produjera el resultado, con lo cual ya no estaríamos hablando de resultado, sino de movimiento corporal y, por tanto, de acción”<sup>263</sup>. Si bien la conducta de apropiación tiene efectos que podrían sugerir la presencia de un resultado, para que estos efectos técnicamente lo sean se requiere que, además de ser exigidos por la ley, sean distinguibles y separables de la conducta misma. En este sentido, se señala que el hurto es manifiestamente un delito de lesión, pero otra cosa muy distinta es que sea un delito de resultado, para lo cual lo único decisivo es que el tipo exija que esa conducta de apropiación produzca algo distinto de ella misma<sup>264</sup>, pero vinculado a ella por una relación de causalidad ontológica<sup>265</sup>. Siendo así, v.g. la «posibilidad de disposición» como criterio normativo se asimila a un resultado típico, pero desvinculado de la noción naturalística de causalidad ontológica que está en la base de la distinción entre delitos de resultado y de simple actividad<sup>266</sup>. Lo mismo cabe decir respecto de la extracción de la especie de la esfera de resguardo de su dueño y su incorporación a la del hechor, puesto que “no hay espacios en blanco ni actos consecutivos, sino que al momento en que el bien mueble sale de una

---

<sup>260</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°5856-2018, 20 de noviembre de 2018, c. 5.

<sup>261</sup> Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N°1084-2019, 14 de enero de 2020, c. 5.

<sup>262</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°966-2005, 10 de marzo de 2006, c. 6. En: *Revista Procesal Penal*, N°45 (2006)

<sup>263</sup> VERA SANCHEZ, Juan. *La consumación en el delito de hurto*, pp. 84-86.

<sup>264</sup> YAÑEZ ARRIAGADA, Rodrigo. “Una revisión crítica de los habituales conceptos sobre el iter criminis en los delitos de robo y hurto”, p. 97.

<sup>265</sup> WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán. Parte General*, p. 51.

<sup>266</sup> *La consumación en el delito de hurto*, p. 90.

esfera de resguardo *necesariamente* ingresa a la otra<sup>267</sup>. En consecuencia, dada la inexistencia de un vínculo causal entre la acción y los efectos producidos por la conducta, materialmente indisociables de la actuación del sujeto activo<sup>268</sup>, el resultado – así entendido– estaría ausente en el tipo<sup>269</sup>.

### 2.3. El hurto como delito de mera actividad

Lo anterior explica por qué la mayoría de la doctrina en Chile estima que los delitos de hurto y de robo corresponde clasificarlos como delitos de mera actividad<sup>270</sup>, pues requieren que el agente despliegue por sus propios medios todos los elementos del tipo penal. En este sentido, se señala que la conducta típica del hurto no exige ningún resultado separable de la acción que describe (*apropiarse*)<sup>271</sup>, sino que se limita a describir un fenómeno complejo dirigido a hacer propio un bien mueble ajeno<sup>272</sup>, sin exigir (ni expresa ni tácitamente) la producción de un resultado separable fácticamente de la acción desplegada<sup>273</sup>. Es decir, a diferencia de los delitos de resultado, en los delitos de hurto y robo no existen acciones independientes a la voluntad del hechor. Para esta postura, si bien es verdad que el verbo rector *apropiar* exige que la cosa objeto material del delito “salga” de la esfera de custodia del titular, no es menos cierto que esto precisa que sea el propio autor el que traslade el objeto fuera de dicha esfera, cuestión que en ningún momento parece estar entregado a un suceder causal ajeno a su control (a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre tratándose del delito de homicidio)<sup>274</sup>.

Como podrá advertirse, no es que en los delitos de mera actividad no se genere un cambio o efecto en el mundo exterior<sup>275</sup>, sino que lo que ocurre es que, técnicamente, los efectos de la apropiación son *parte de la conducta misma*, esto es, efectos inherentes a la simple ejecución de la acción<sup>276</sup>. No hay espacios en blanco ni actos consecutivos, sino que, desde el momento en que el bien mueble sale de la esfera de resguardo de su legítimo tenedor, necesariamente se incorpora a la del hechor. Así, que el sujeto activo haya adquirido sobre la cosa aquella disponibilidad potencial inherente a su

---

<sup>267</sup> YAÑEZ, RODRIGO. “Una revisión crítica de los habituales conceptos sobre el iter criminis en los delitos de robo y hurto”, p. 97.

<sup>268</sup> NOVOA MONREAL, Eduardo. *Curso de Derecho penal chileno. Tomo I*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1985, p. 14.

<sup>269</sup> VERA SANCHEZ, Juan. “La frustración en los delitos de mera actividad”, p. 245.

<sup>270</sup> Por todos, véase: OLIVER CALDERÓN, Guillermo. *Delitos contra la propiedad*, pp. 123-124. VERA SANCHEZ, Juan. *La consumación en el delito de hurto*, p. 90; YAÑEZ ARRIAGADA, Rodrigo. “Una revisión crítica de los habituales conceptos sobre el iter criminis en los delitos de robo y hurto”, p. 96.

<sup>271</sup> OLIVER CALDERÓN, Guillermo. *Delitos contra la propiedad*, pp. 123-124.

<sup>272</sup> YAÑEZ ARRIAGADA, Rodrigo. “Una revisión crítica de los habituales conceptos sobre el iter criminis en los delitos de robo y hurto”, p. 98.

<sup>273</sup> MAYER LUX, Laura. “El ‘iter criminis’ en la estafa a las compañías de seguros”, p. 105.

<sup>274</sup> RAMÍREZ GUTTIERREZ, María Cecilia. “La frustración en delitos de mera actividad a la luz de determinadas sentencias”, pp. 138-139.

<sup>275</sup> MAYER LUX, Laura. “El ‘iter criminis’ en la estafa a las compañías de seguros”, p. 105.

<sup>276</sup> GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho penal. Parte Especial, Tomo IV*, p. 59.

incorporación a su patrimonio es, a la vez, la acción reprochada y el resultado de la misma<sup>277</sup>. Si esta posibilidad se realiza en un tiempo posterior, no dependerá de fenómenos externos, sino solamente del movimiento corporal del sujeto activo<sup>278</sup>. A título ilustrativo, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 31 de enero de 2018 sostiene que: “[e]l artículo 432 del Código Penal, que describe los delitos de hurto y robo, no exige la producción de ningún resultado. Dicho de otro modo, se trata de delitos formales o de mera actividad, cuyo verbo rector, apropiarse, comprende tanto un aspecto objetivo, la aprehensión material, como uno subjetivo, el ánimo de señor y dueño, como ya se dijo precedentemente, el cual no exige la enajenación por parte del sujeto activo para su acreditación”<sup>279</sup>.

Todo este escenario lleva a concluir a gran parte de la doctrina nacional que el hurto, en tanto delito de mera actividad, no admite frustración<sup>280</sup>, por cuanto no resultaría concebible una tentativa *acabada* (delito frustrado en nuestra legislación) de un delito de mera actividad (por equivaler a su consumación)<sup>281</sup>. En efecto, teniendo presente que en esta clase de delitos la completa ejecución de la conducta típica equivale a la consumación, si el autor realiza todo lo necesario para que el hurto se consuma y esto no se verifica por causas independientes a su voluntad, ello quiere decir simplemente que el autor no realizó completamente la conducta exigida por el tipo, lo que supone desplazar la conducta de la frustración a la tentativa<sup>282</sup>. De esta manera, las formas de aparición del delito de hurto se limitarían tradicionalmente a la tentativa *inacabada* (simple tentativa dentro de la legislación penal chilena) y la consumación<sup>283</sup>.

---

<sup>277</sup> YAÑEZ ARRIAGADA, Rodrigo. “Una revisión crítica de los habituales conceptos sobre el iter criminis en los delitos de robo y hurto”, pp. 96 y ss.

<sup>278</sup> VERA SANCHEZ, Juan. *La consumación en el delito de hurto*, p. 88.

<sup>279</sup> Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°15-2018, 31 de enero de 2018, c. 4.

<sup>280</sup> Por todos, véase: OLIVER CALDERÓN, Guillermo. *Delitos contra la propiedad*, pp. 123-124. POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial*, p. 300. RAMÍREZ GUTTIERREZ, María Cecilia. “La frustración en delitos de mera actividad a la luz de determinadas sentencias”, pp. 138-139.

<sup>281</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. “La tentativa y el desistimiento en el derecho penal. Algunas consideraciones conceptuales”, p. 161.

<sup>282</sup> YAÑEZ ARRIAGADA, Rodrigo. “Una revisión crítica de los habituales conceptos sobre el iter criminis en los delitos de robo y hurto”, p. 97.

<sup>283</sup> <sup>283</sup> A título ejemplar, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de fecha 30 de octubre de 2017, señala que: “el *iter criminis* del hurto se compone de dos momentos. En el primero el agente tiene que desapoderar al sujeto pasivo, lo que implica sacar la cosa de la esfera de disposición de éste [...] Logrado del desapoderamiento, el agente tiene que incorporar el objeto a su disposición de éste [...] Logrado del desapoderamiento, el agente tiene que incorporar el objeto a su propia esfera de disposición (c. 4)”. Siendo así, a juicio de la Corte “la frustración definida en el artículo 7° del Código Penal muy difícilmente podrá presentarse en los tipos de hurto, incluyendo el hurto como falta, que no es más que una especie privilegiada del delito. La raíz de la dificultad yace, no tanto en el concepto de frustración, sino en el verbo rector del hecho punible. Mientras el agente esté desapoderando al paciente [...] hay tentativa, punible para el hurto como simple delito, pero impune para la falta de hurto según el artículo 9° del Código Penal (c. 6)”. Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°1827-2017, 30 de octubre de 2017, c. 4 y ss. Una postura similar se puede leer del voto disidente de la Ministra Donoso de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de fecha 29 de marzo de 2019, al declarar que: “el delito de hurto es claramente de mera actividad y no resultado. Delitos de mera actividad son aquellos cuya descripción y contenido material

Con todo, cabe señalar que esta conclusión dogmática en orden a que el hurto no admite frustración enfrenta hoy en día un serio problema a nivel de texto legal, toda vez que el artículo 494 bis que sanciona el hurto-falta reconoce en su inciso segundo la posibilidad de que la falta se encuentre frustrada. Así, la idea de que es posible un hurto frustrado cuenta actualmente con un fuerte argumento legal, pues se sostiene que si en el hurto-falta el legislador acepta y sanciona el grado de frustración, con mayor razón acepta tal alternativa en los simples delitos de hurto y robo<sup>284</sup>. En ese sentido, frente a esta modificación introducida por la Ley 20.140, categórica en esta materia, la jurisprudencia ha optado por colegir que el legislador nacional se ha inclinado por la opinión que acepta el grado de desarrollo de frustrado del delito de hurto, mostrando una clara voluntad de sancionar penalmente la conducta en comento, y que no es posible obviar en base a disquisiciones doctrinarias<sup>285</sup>.

Ahora bien, cabe señalar que no es unánime en Chile la posición que afirma que es imposible que un delito de actividad se dé en grado frustrado<sup>286</sup>. En efecto, podría defenderse que el hurto es un delito de mera actividad, pero que ello no obsta a la posibilidad de que se dé en calidad de frustrado. Esta postura minoritaria en la doctrina penal chilena ha sido defendida por Vera y Ramírez. Conforme al primero<sup>287</sup>, si se relaciona la frustración con la consumación más que con un resultado, nada impide que la primera pueda darse en los delitos de mera actividad. A juicio del autor, lo determinante para la figura de la frustración no radica en la existencia o no de un resultado distinguible de la acción, sino en una conducta que represente una etapa más avanzada en el camino hacia la perfección del delito o hacia la consumación, que sea objetivamente más grave que la tentativa. Esta valoración normativa, si bien se basa en hechos, permite desligar a la ciencia penal de concepciones enteramente científico naturales (que ya hacen crisis con el finalismo). En opinión del autor, si se pone énfasis en

---

se agota en la realización de una conducta, sin que se exija la producción de un resultado distinto del comportamiento mismo (ej. Abuso sexual); a su turno, los de resultado, exigen que el mismo se produzca (ej. Homicidio). En la especie, entonces, tratándose de un delito de mera actividad, no admite frustración, a diferencia de aquellos clasificados como resultado y esto ocurre porque el tipo penal no exige un resultado separable de la acción que describe (apropiarse) [...] y no habiéndose desarrollado la conducta completa, faltando uno o varios actos para su consumación, estaremos en presencia de una tentativa, jamás de frustración, cuyo fue el caso al faltar, precisamente, la apropiación (c. 4)”. Voto disidente de la Ministra Donoso de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°462-2019, 29 de marzo de 2019. Por último, la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Alto de fecha 16 de septiembre de 2019, se muestra concordante con esta formulación teórico-doctrinal al expresar que: “el delito en cuestión se trata de aquellos denominados de mera actividad, es decir, los que no requieren que la acción descrita en el tipo vaya seguida de un resultado espacio-temporalmente separable de la conducta”. Por ende, “malamente se podría concebir la frustración en este tipo de delitos, donde al realizar el sujeto activo toda la acción típica, el delito está consumado y en caso contrario, al realizar el sujeto una parte de aquella, hay tentativa, sea uno o más que falten para su complemento (c. 10)”. Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puente Alto, RIT N°88-2019, 16 de septiembre de 2019, c. 10.

<sup>284</sup> GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho penal. Parte Especial, Tomo IV*, p. 176.

<sup>285</sup> A título ilustrativo, véase: Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol N°239-2017, 30 de mayo de 2017, c. 3. Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N°1062-2010, 27 de septiembre de 2010, c. 9. Voto disidente del Ministro Droppelman de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°1827-2017, 30 de octubre de 2017, c. 7. Juzgado de Garantía de San Felipe, RIT N°2467-2017, 12 de diciembre de 2017, c. 5.

<sup>286</sup> OLAVE ALBERTINI, Alejandra. “El delito de hurto como tipo de resultado”, p. 193.

<sup>287</sup> Véase, en lo que sigue, VERA SANCHEZ, Juan. *La consumación en el delito de hurto*, pp. 102 y ss.

esta valoración, nada obsta a que se acepte que pueda haber frustración en los delitos de mera actividad, ya que ésta –si bien se basa en hechos– es una categoría normativa. Así, de acuerdo con esta posición doctrinaria, en el delito frustrado la acción está más cerca de consumir el delito que en la tentativa, esto es, posee un mayor avance o riesgo objetivo para el bien jurídico protegido que debe ser castigado a título de frustración. Desde una postura similar, Ramírez plantea que lo que precisa la frustración es la consumación del delito, no la producción del resultado, cuestión que dejaría a salvo la afirmación que ésta sólo se presenta en los delitos de resultado. Así, existiría frustración en los delitos de actividad cuando se encuentra el sujeto activo llevando a cabo la última etapa de ejecución de la conducta y se interrumpe en el punto que de haberla concluido no habría requerido de la realización de un acto posterior para su consumación<sup>288</sup>. De acuerdo a esta postura, el criterio relevante es la proximidad del sujeto activo en lograr la consumación de la conducta, de tal manera que se pueda sostener que en estos casos el hechor se encontraba ejecutando el último acto necesario para consumir la conducta y que, si hubiese acabado aquel, éste se habría consumado sin necesidad de agregar un acto ulterior, con una probabilidad rayana a la certeza<sup>289</sup>. Como veremos más adelante<sup>290</sup>, la jurisprudencia con relativa frecuencia reconoce relevancia a este criterio en lo tocante al grado de desarrollo de la conducta, calificando como hurtos frustrados aquellos casos en que la ejecución de la conducta se interrumpe en un momento en que la consumación parece inminente, porque para ello falta la ejecución de un solo acto.

Esta forma de proceder, empero, también ha sido criticada por doctrina penal mayoritaria, no sólo porque supone aplicar la definición legal de delito frustrado fuera de su radio natural de acción, sino, además porque implica desconocer la definición legal de tentativa del artículo 7 del Código Penal, porque faltan *uno o más* hechos directos para su complemento<sup>291</sup>. En ese sentido, Oliver señala que hay tentativa no solamente cuando faltan varios actos para realizar toda la acción descrita en el tipo, sino también cuando falta uno solo. Así, el hecho de que la consumación sea inminente porque falte un solo acto no es entonces un argumento válido para apreciar frustración<sup>292</sup>. Desde un punto de vista similar, Bascuñán observa que estos casos corresponden a uno de los tantos en que erróneamente la jurisprudencia califica como delito frustrado una tentativa fallida, es decir, una tentativa que queda

---

<sup>288</sup> RAMÍREZ GUTTIERREZ, María Cecilia. “La frustración en delitos de mera actividad a la luz de determinadas sentencias”, p. 141.

<sup>289</sup> RAMÍREZ GUTTIERREZ, María Cecilia. “La frustración en delitos de mera actividad a la luz de determinadas sentencias” p. 134.

<sup>290</sup> Véase, *infra*, 4.2.1

<sup>291</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, Hector. “La nueva regulación del hurto-falta no consumado”. *Semana Jurídica*, N°344 (2007), p. 6.

<sup>292</sup> OLIVER CALDERÓN, Guillermo. *Delitos contra la propiedad*. p. 125.

inacabada en virtud de su interrupción por la intervención de terceros<sup>293</sup>. Una tentativa fallida es una tentativa inacabada. La categoría del delito frustrado presupone el acabamiento de la tentativa, pero eso sólo es aplicable respecto de los delitos de resultado, en los cuales puede darse el caso que el autor realice la totalidad de la acción típica y el delito sin embargo no se consume por falta de acaecimiento del resultado. De ahí que, a juicio del autor, calificar la tentativa fallida como frustración es alterar la función sistemática de la categoría del delito frustrado.

Esto último ha llevado a Oliver a considerar la hipótesis de frustración sancionada en el artículo 494 bis del Código Penal como un evidente desacierto del legislador, pues –sostiene– ha sido redactada con una muy deficiente técnica legislativa y nunca resultaría aplicable al hurto-falta –por tratarse a su juicio de un delito de mera actividad–<sup>294</sup>. No obstante, y reconociendo que debe privilegiarse aquella interpretación que asigne alguna utilidad práctica a la interpretada disposición por sobre aquella que le niegue toda posibilidad de ser aplicada, el autor opta por sostener que el legislador utilizado la palabra “frustrado” en un sentido distinto a la definición legal de frustración del artículo 7 del mismo Código. En efecto, en opinión de Oliver, es posible sostener que, tratándose el hurto de un delito de mera actividad, lo que buscaba el legislador con esta expresión era establecer una sanción para los actos ejecutivos anteriores a la consumación del hurto falta. Dicho de otra forma, el legislador al valerse de la expresión “frustrada” del artículo 494 bis, estaba aludiendo a la “tentativa” en los términos del artículo 7 del Código Penal. En consecuencia, de acuerdo con esta posibilidad, cada vez que alguien inicie la ejecución del hurto-falta pero por causa independiente de su voluntad no alcance la consumación, será apreciable la “frustración”<sup>295</sup>.

Ahora bien, la circunstancia de que el legislador haya querido establecer en un mismo cuerpo normativo dos conceptos distintos de frustración resulta cuestionable. Como expresa Olave, “dicho esfuerzo interpretativo sólo estaría debidamente justificado si es que efectivamente un hurto frustrado resulta conceptualmente imposible”<sup>296</sup>. Este escenario hace que valga la pena volver a revisar críticamente los términos en que tradicionalmente se ha planteado la distinción entre delitos de actividad y de resultado en nuestra cultura jurídica nacional, y que *a fortiori* lleva a la mayoría de la doctrina a rechazar la posibilidad de un hurto frustrado.

---

<sup>293</sup> Véase, en lo que sigue, BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio. *Delitos contra intereses patrimoniales*, p. 300, Nota N°6.

<sup>294</sup> OLIVER CALDERÓN, Guillermo. *Delitos contra la propiedad*, p. 125.

<sup>295</sup> OLIVER CALDERÓN, Guillermo. *Delitos contra la propiedad*, p. 126.

<sup>296</sup> OLAVE ALBERTINI, Alejandra. “El delito de hurto como tipo de resultado”, p. 189.

## 2.4. La insuficiencia de los criterios tradicionales de diferenciación

Como se demostró precedentemente, la doctrina penal ha asumido de forma prácticamente unánime la operatividad de la distinción entre delitos de mera actividad y de resultado, dando cuenta de una intuición común en relación a los criterios en virtud de los cuales se configura la clasificación entre ambos tipos de delito.

El fundamento de esta clasificación radica en la observación de que, algunos tipos penales, exigen la materialización de un evento como consecuencia causal de la acción, el que podría llegar a acaecer en tiempo y lugar distintos de los de la completa ejecución de la acción<sup>297</sup>. En este punto tenemos, pues, dos aspectos relevantes que señalar. El primero es la insoslayable influencia de las ciencias naturales en la materia, expresada a través de la exigencia de un vínculo *causal* (ontológico) entre la acción y sus consecuencias. Esto supone admitir que la separación entre los delitos de resultado y de mera actividad está marcada por la existencia de un resultado naturalístico, esto es, empíricamente verificable a través de los sentidos y que, al ser incorporado en la descripción típica, pasa a denominarse como *resultado* en su acepción jurídico-penal<sup>298</sup>. Lo anterior no es baladí pues, con ello, la clasificación de la que aquí se habla estaría construida a partir de una noción restringida de resultado, esto es, desde un punto de vista puramente natural o físico, entendido como modificación del mundo exterior y, por consiguiente, conectada *causalmente* con la acción material del autor.

El segundo aspecto consiste en la observación, complementaria a la anterior, según la cual en los delitos de resultado la acción produciría como resultado un cambio *observable y separable espacio-temporalmente* de la propia acción típica<sup>299</sup>. Desde un punto de vista morfológico y naturalista, toda actividad humana (entendida como movimiento corporal voluntario) produce algún tipo modificación el mundo exterior, que le es consubstancial, pues su ausencia implica *a priori* la falta de actuación humana y, consecuentemente, la inexistencia del hecho<sup>300</sup>. De consiguiente, la utilización de factores causales se da, incluso, en las acciones que no van seguidas de un efecto material cronológicamente diferenciables de ésta (el enlace causal entre la voluntad y el hecho), sino que coinciden en el tiempo y que, ontológicamente, constituyen una unidad indisoluble. Sin perjuicio de lo anterior, se sostiene que no es dable confundir la idea de efecto con la de resultado: el efecto es

---

<sup>297</sup> Por todos, véase: OLAVE ALBERTINI, Alejandra. “El delito de hurto como tipo de resultado”, p. 189.

<sup>298</sup> COUSIÑO MAC IVER, Luis. *Derecho Penal chileno. Parte General. Tomo I*, p. 338 y ss.

<sup>299</sup> YAÑEZ ARRIAGADA, Rodrigo. “Una revisión crítica de los habituales conceptos sobre el iter criminis en los delitos de robo y hurto”, p. 99.

<sup>300</sup> En ese sentido, Garrido acota: “Sabido es que no toda acción tiene un resultado, entendiéndose por tal el efecto que ésta causa independientemente del actuar mismo de que se trate; pero esto no es óbice para que la acción siempre constituya un ‘hecho’, en cuanto es una modificación del mundo natural causada por la simple circunstancia de que sea ejecutada, toda vez que las acciones siempre importan una alteración en esa realidad y, así observadas, constituyen un ‘hecho’.”. GARRIDO MONTT, Mario. *Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1984, p. 38.

parte de la actuación misma, pero no siempre todas estas alteraciones constituyen un «resultado» en sentido jurídico-penal<sup>301</sup>. Una acción puede producir múltiples consecuencias causales, pero bajo esta concepción, lo relevante está en determinar si la ley requiere para estimar consumado el tipo un efecto *independiente* de la conducta ejecutada, esto es, que no sólo pueda darse de manera coetánea con la acción, sino que, también, de manera muy posterior a ella o en un tiempo no inmediato<sup>302</sup>. Así, por el acaecimiento de un resultado (de lesión) hay que entender, en este contexto, el acaecimiento de un evento jurídico-penalmente relevante (en el sentido del menoscabo del bien jurídico), que se caracteriza por acontecer (o “tener lugar”) en un determinado punto o intervalo de tiempo distinto al de la ejecución de la conducta misma del agente<sup>303</sup>. Por ejemplo, tratándose de un eventual delito de homicidio, si una persona A ha disparado un arma de fuego y si ese mismo disparo del arma ha llevado a que B muera a consecuencia de haber sufrido el impacto de la bala, ambos *eventos* ocupan un tiempo y lugar lo suficientemente significativos como para seccionar espacial y temporalmente el acaecimiento de la acción de A consistente en tirar del gatillo y el acaecimiento de la muerte de B a consecuencia del disparo de A. Bajo esta concepción de la distinción entre delitos de actividad y de resultado, la imposibilidad conceptual en el hurto de separar la acción del autor de la sustracción requerida en el tipo, hace inevitable clasificarlo bajo la categoría de delitos de actividad<sup>304</sup>, pues no es imaginable un efecto material diverso al cambio que es inherente a la simple ejecución de la acción de apropiación<sup>305</sup>. Por ejemplo, quien introduce en el bolsillo de una prenda de vestir una cosa ajena sujeta a custodia (ajena), sometiendo con ello la cosa al estatus de cosa custodiada por el porte, quiebra la custodia preexistente y constituye una nueva relación de custodia sobre la cosa, aunque el acto de apropiarse sea indistinguible del movimiento corporal consistente en el movimiento de la mano al tomar el objeto y dejarlo en un bolsillo<sup>306</sup>.

Ahora bien, si uno repara en los tipos penales, estos describen conductas (en virtud de la taxatividad y de la legalidad). Para esto se valen de verbos rectores, que establecen valoraciones normativas extraídas del hecho mismo que se juzga<sup>307</sup>. Esta valoración normativa, si bien se basa en hechos (en virtud del derecho penal del acto y no del autor), permite desligar al derecho penal de concepciones enteramente científico naturales. Atender a elementos naturales (o físicos) como criterios de distinción trae aparejada una serie de problemas, los cuales han sido progresivamente superados con

---

<sup>301</sup> COUSIÑO MAC IVER, Luis. *Derecho Penal chileno. Parte General. Tomo I*, p. 340.

<sup>302</sup> VERA SANCHEZ, Juan. *La consumación en el delito de hurto*, pp. 88-89.

<sup>303</sup> Norma, causalidad y acción. *Una teoría de las normas para la dogmática de los delitos de resultados puros*. Madrid, Marcial Pons, 2014, p. 59.

<sup>304</sup> OLAVE ALBERTINI, Alejandra. “El delito de hurto como tipo de resultado”, p. 191.

<sup>305</sup> *Derecho Penal. Parte General, Tomo I*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 59.

<sup>306</sup> BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio. “Delitos contra intereses instrumentales”, p. 300.

<sup>307</sup> VERA SANCHEZ, Juan. “La frustración en los delitos de mera actividad”, p. 254.



arreglo a criterios normativo-descriptivos y que han permitido desligar al Derecho Penal de concepciones puramente científico naturales. Como expresa Olave, los problemas que acarrea este enfoque aparecen cuando se confunden categorías, aplicando la distinción entre actividad y resultado a lo realizado en vez de aplicarla a la descripción, en este caso, el tipo penal. De ahí que, a juicio de la autora, resulte “[...] más preciso utilizar las categorías de tipos de actividad y de resultado, evitando entonces una posible confusión entre la descripción típica y aquello subsumido (lo realizado por el autor) bajo dicha descripción”<sup>308</sup>.

Para nosotros, un tipo de resultado especifica una acción que concluye con una modificación, producción o destrucción de un determinado estado<sup>309</sup>. Así, la acción descrita por un tipo de delito de resultado es susceptible de ser descrita como la acción productiva o destructiva de un determinado resultado. Dicho resultado cuenta como la «marca de éxito» de la acción, marca exigida por el tipo delictivo<sup>310</sup>. Ello quiere decir, empero, que semejante resultado no constituye un componente de la acción en cuestión, sino sólo de su descripción<sup>311</sup>. Piénsese, por ejemplo, que el respectivo tipo de acción queda especificado por la descripción «matar a otro». El carácter «resultativo» del correspondiente tipo de acción se muestra en el hecho de que la expresión «matar a otro» puede ser entendida como sinónima de «producir la muerte de otro»; en éste último contexto, la frase nominal «la muerte de otro» marca el lugar correspondiente al resultado que funge como «criterio de éxito» para la acción en cuestión, esto es: como la marca de satisfacción de la descripción que especifica el respectivo tipo de acción<sup>312</sup>, y que sirve de base a la pena de consumación<sup>313</sup>.

Ahora bien, en tal caso, el correspondiente resultado podría identificarse ya no con el estado de cuya producción o destrucción se trata, sino más bien con la *transformación* de un estado en el correspondiente estado contrario, esto es, en la transformación del estado de vida en un estado de muerte de alguna otra persona. De ahí que, para nosotros, el concepto técnico de resultado ha de definirse en el sentido de la modificación de un determinado estado en que se encuentra un objeto

---

<sup>308</sup> OLAVE ALBERTINI, Alejandra. “El delito de hurto como tipo de resultado”, p. 191. En efecto, el resultado, en la ciencia penal, es siempre un concepto jurídico, independiente de la acción y, aunque es su efecto, no la integra. En ese sentido, es correcto cuando se afirma que el resultado es un producto del legislador, esto es, de la definición legal (es decir, perteneciente por completo a la tipicidad), y que, juntamente con la acción, forman el hecho constitutivo del respectivo tipo penal realizado. GARRIDO MONTT, Mario. *Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación.*, p. 37. MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*, trad. por, Juan Córdoba Roda, Barcelona, Ediciones Ariel, 1962, p. 219.

<sup>309</sup> OLAVE, Alejandra. “El delito de hurto como tipo de delito de resultado”. p. 191.

<sup>310</sup> OLAVE ALBERTINI, Alejandra. “El delito de hurto como tipo de resultado”, p. 193.

<sup>311</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. *Norma, causalidad y acción. Una teoría de las normas para la dogmática de los delitos de resultados puros*, p. 33.

<sup>312</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. *Norma, causalidad y acción. Una teoría de las normas para la dogmática de los delitos de resultados puros*, p. 64.

<sup>313</sup> MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*, p. 212.

(sustancial, relacional, funcional)<sup>314</sup>, y que tiene relevancia sólo en la medida en que el legislador la ha incluido dentro de la descripción típica como elemento indispensable para la consumación del delito<sup>315</sup>.

Por contraste, la conducta descrita por un tipo de actividad no incluye la producción o destrucción de un determinado estado como resultado, sino que ella se completa nada más que con la realización del proceso mismo, sin que se requiera modificación ulterior alguna<sup>316</sup>. Quien desee evitar la realización de una actividad, sólo debe abstenerse de comenzar (o evitar que otro comience) a realizarla, ya que una vez comenzada, ésta ya se habrá realizado y se seguirá realizando hasta que el sujeto se detenga (siendo, entonces, imposible interrumpirla “después” de su inicio, pero “antes” de que se consume). Como reconoce Olave, esta “[...] diferencia entre actividades y acciones radica en la condición de homogeneidad que cumplen las primeras y que no cumplen las segundas”<sup>317</sup>. Así, quien “[...] realiza una actividad entre  $t_1$  y  $t_3$ , la ha realizado igualmente en el tiempo  $t_2$ , mientras quien inicia una acción en tiempo  $t_1$  que culmina con un determinado evento en  $t_3$ , no ha realizado el resultado (no se ha dado el evento) en el tiempo  $t_2$ ”<sup>318</sup>. Pues, mientras una acción se distingue por la posibilidad de quedar perfectamente ejecutada *en* algún punto de tiempo, una actividad se distingue por la posibilidad de ser desarrollada *a través* de algún lapso de tiempo. Es por esta característica que, en el caso de las actividades, la situación particular del sujeto al momento de seguir la norma es la que definirá si su deber es de *actuar* o de *abstenerse*, sin poder identificarse ya en la descripción típica, como sí ocurre en el caso de las acciones. Piénsese, por ejemplo, en la norma cuyo quebrantamiento es constitutivo de un delito de manejo en estado de ebriedad: para seguir la norma que prohíbe la actividad de conducir en estado de ebriedad, el sujeto deberá omitir manejar en tal estado o, en caso de ya encontrarse manejando, realizar la acción de detenerse<sup>319</sup>.

La ventaja del modelo aquí favorecido consiste en que permite neutralizar la naturaleza de la relación condicional entre la acción y su resultado reconocible en la estructura de un tipo penal de resultado, antes exclusivamente delimitada en términos de una relación de causalidad ontológica. Ello deja

---

<sup>314</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. *Norma, causalidad y acción. Una teoría de las normas para la dogmática de los delitos de resultados puros*, p. 56. En estos términos, el estatus categorial –y más precisamente: ontológico– del respectivo resultado ya no sería el de un estado, sino el de un evento, precisamente porque un evento puede ser identificado con la transformación de un estado a otro. *Norma, causalidad y acción. Una teoría de las normas para la dogmática de los delitos de resultados puros*, p. 35.

<sup>315</sup> REYES ALVARADO, Yesid. *El delito de tentativa*, p. 83.

<sup>316</sup> OLAVE, Alejandra. “El delito de hurto como tipo de delito de resultado”, pp. 192 y ss.

<sup>317</sup> OLAVE, Alejandra. “El delito de hurto como tipo de delito de resultado”, p. 192.

<sup>318</sup> OLAVE, Alejandra. “El delito de hurto como tipo de delito de resultado”, p. 193.

<sup>319</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. *Norma, causalidad y acción. Una teoría de las normas para la dogmática de los delitos de resultados puros*, pp. 28 y ss.

abierto, en otras palabras, la cuestión de si la naturaleza de la relación condicional que se predica entre los términos X e Y cuenta como una relación *conceptual, causal, institucional*, etc. De consiguiente, la estructura típica de los delitos de resultado está constituida por tres elementos: la acción, el resultado y una relación generativa entre ambos componentes. Por ello, la naturaleza de la relación condicional así enunciada por un tipo de resultado deberá ser enriquecida mediante una referencia a ciertas reglas que permitan reconocer dicho resultado, según cual sea la propiedad o característica relevante individualizada por la correspondiente descripción resultativa (tipo penal). Como salta a la vista llegado este punto, la cuestión que surge consiste en dilucidar si es posible reconocer tipos de resultado que produzcan una modificación perjudicial relativa a una determinada propiedad o característica exhibida por –o *atribuida a*– un determinado objeto como *resultado*, (1) sin que el resultado en cuestión esté referido a un cambio en el mundo «exterior»; y, (2) sin que dicho resultado sea una modificación «espacio-temporalmente diferenciada» de la acción típica.

## **2.5. La reconstrucción de la distinción: descripciones causalmente complejas y constitutivamente complejas**

Las acciones susceptibles de *describirse* como acciones productivas de un determinado resultado pueden ser de dos tipos, dependiendo de la relación que existe entre acción y resultado: por un lado, «causalmente complejas», en las que se describe una relación *causal* entre acción y resultado; y, por otro lado, «constitutivamente complejas», en las que se describe una relación *generativa* entre acción y resultado, y que depende de la existencia de ciertas reglas que permiten *reconocer* dicho resultado como tal. En ambos tipos de descripción, lo que se llama «resultado» no es más que un elemento de una descripción *más compleja* de la misma acción<sup>320</sup>.

Así reformulada la distinción precedente, el recurso al análisis causal como herramienta de subsunción sólo se vuelve pertinente en caso de que el respectivo tipo de acción se encuentre especificado a través de una descripción *causalmente* compleja, como consistente en la producción o el impedimento de un determinado resultado<sup>321</sup>. En cambio, tratándose de descripciones constitutivamente complejas, la relación entre las distintas descripciones no depende de reglas de causalidad, sino que la misma sería inmediatamente sensible a variables socio-normativas, esto es,

---

<sup>320</sup> OLAVE ALBERTINI, Alejandra. “El delito de hurto como tipo de resultado”, p. 195.

<sup>321</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. *Norma, causalidad y acción. Una teoría de las normas para la dogmática de los delitos de resultados puros*, p. 39.

institucionales<sup>322</sup>. En este último caso, estaría involucrado lo que se ha dado en llamar una «acción institucional», esto es, una acción individualizada por alguna de sus consecuencias normativas (en sentido amplio)<sup>323</sup>, identificando como su resultado una transformación –característicamente: institucional– del mundo<sup>324</sup>, de acuerdo a ciertas reglas de interpretación preexistentes<sup>325</sup>.

La estructura institucional que permite el reconocimiento de este nuevo estatus asignado a un fenómeno es lo que Searle denomina un “hecho institucional”, cuya existencia es dependiente de reglas que le otorgan dicho estatus, llamadas «reglas constitutivas», las que crean la posibilidad misma de ciertas actividades<sup>326</sup>. Las reglas constitutivas no regulan meramente una actividad preexistente, sino que *crean* o *definen* nuevas formas de conducta, cuya existencia es lógicamente dependiente de las reglas<sup>327</sup>. En otras palabras, las reglas constitutivas crean el estado de cosas mismo que representan, al introducir consecuencias adicionales a fenómenos naturales del mundo real, de manera tal que *cuenten como* algo distinto a sus rasgos puramente físicos. No hay nada en la estructura física del mundo que revele esto, sino que su existencia, a diferencia de la existencia de los “hechos brutos”, presupone la existencia de ciertas instituciones humanas, que sólo pueden explicarse en termino de sus reglas constitutivas subyacentes<sup>328</sup>. Por ejemplo, para que un pedazo de papel sea un billete de cinco dólares, tiene que haber la institución humana del *dinero*; de igual forma, para que ciertas formas de conducta constituyan el hecho de que el señor “M” se casó con la señora “G”, tiene que haber la institución humana del *matrimonio*. Y no se trata de asuntos de opinión, sentimientos, estados físicos o emociones brutas, sino de una parte de la realidad objetiva que existe, en parte, por acuerdo humano (i.e., como “hechos institucionales”)<sup>329</sup>.

Digo “en parte” porque para que algunos hechos sean institucionales, tiene que haber algunos otros hechos que sean brutos. Así, por ejemplo, un trozo de papel es un objeto material como cualquier

---

<sup>322</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. *Norma, causalidad y acción. Una teoría de las normas para la dogmática de los delitos de resultados puros*, nota 62, p. 34.

<sup>323</sup> REDONDO, María. *La noción de Razón para la Acción en el Análisis Jurídico*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996, p. 43.

<sup>324</sup> “El concepto de acción y el lenguaje de la imputación”. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 35, 2012, p. 683.

<sup>325</sup> SCHLEIDER, Tobías. *Acción y resultado. Un análisis del papel de la suerte en la atribución de responsabilidad penal*, p. 212.

<sup>326</sup> Por oposición a las “reglas regulativas”, las que regularían actividades previamente existentes, una actividad cuya existencia es lógicamente independiente de las reglas. Así, por ejemplo, la regla “conduzca por la mano derecha de la calzada” regula la conducción; pero la conducción puede existir antes de la existencia de esa regla. SEARLE, John. *La construcción de la realidad social*, p 45.

<sup>327</sup> SEARLE, John. *Actos de habla. Ensayo de filosofía del lenguaje*. Barcelona, Editorial Planeta, 1994, pp. 42-43.

<sup>328</sup> SEARLE, John. *Actos de habla. Ensayo de filosofía del lenguaje*, p. 61.

<sup>329</sup> Los hechos brutos no requieren, para su existencia, de instituciones humanas. Evidentemente, para poder *enunciar* un hecho bruto necesitamos la institución del lenguaje, pero el *hecho enunciado* debe ser distinguido del *enunciado* mismo. SEARLE, John. *La construcción de la realidad social*, pp. 21 y ss.

otro, pero al imponerle una función de *status* se crea un nivel de descripción del objeto por el que se le convierte en un objeto institucional, v.gr., un billete de veinte dólares<sup>330</sup>. Lo que importa ahora no es el billete de veinte dólares como objeto (en cuanto trozo de papel), sino que lo que cuenta es más bien que el poseedor del billete de veinte dólares tiene ahora un *poder* que no tendría de otro modo: el objeto no ha cambiado; lo que ocurre es que se ha asignado a un viejo objeto un nuevo *status* ligado a una función<sup>331</sup>. De esta manera, allí donde la regla (o sistema de reglas) es constitutiva (o), la conducta que está de acuerdo con la regla puede recibir especificaciones o descripciones que no podría recibir si la regla no existiese<sup>332</sup>. Así, un hecho institucional permite el reconocimiento de descripciones como constitutivamente complejas, esto es, una segunda descripción, que incluye como componente un resultado no causalmente conectado a la descripción de la acción<sup>333</sup>.

Desde una terminología diferente, pero en el mismo sentido, Kindhäuser plantea la distinción entre juicios *teóricos* y juicios *prácticos*. Los primeros constatan y explican «hechos brutos», esto es, se refieren a las propiedades que los objetos como tales exhiben en el mundo. Estas propiedades cuya verificación se constata empíricamente se denominan «propiedades naturales». Los juicios prácticos en cambio se refieren a aquella operación intelectual mediante la cual se constatan propiedades «no-naturales» que los objetos exhiben normativamente en el mundo, de acuerdo a reglas sociales de la vida humana. Los juicios prácticos entonces conciernen a la vida en conjunto de los seres humanos, esto es, ellos dicen qué vale de acuerdo con las reglas sociales. Estas propiedades que deben su existencia a una regla social se denominan «propiedades convencionales». Como expresa Kindhäuser:

“Pues así como un diamante en bruto puede procesarse y, al mismo tiempo, hacerse útil mediante el acto de cortarlo, tallarlo, pulirlo, etc., así mismo los hechos brutos

---

<sup>330</sup> Esto es lo que conoce como «la primacía lógica de los hechos brutos sobre los hechos institucionales». La estructura de los hechos institucionales es una estructura de jerarquías de la forma “X cuenta como Y en el contexto C”. En la base de esa jerarquía están fenómenos cuya existencia no tiene que ver con el acuerdo humano. Esto es otro modo de decir que cuando una función de *status* viene impuesta a algo, tiene que haber un algo al que se le impone. No hay, pues, hechos institucionales sin hechos brutos. Esto es una consecuencia de la estructura lógica de los hechos institucionales. SEARLE, John. *La construcción de la realidad social.*, p 72.

<sup>331</sup> SEARLE, John. *La construcción de la realidad social*, p 110.

<sup>332</sup> SEARLE, John. *Actos de habla. Ensayo de filosofía del lenguaje*, p. 44.

<sup>333</sup> Por ejemplo, en virtud de las reglas constitutivas se puede reconocer que ciertos movimientos de piezas cuentan como jugar ajedrez o que en ciertos contextos alzar una mano cuenta como votar. En este caso no se trata de una relación causal entre la acción y el resultado: el que un representante levante la mano durante una votación no causa un voto, sino que lo *constituye*. La mano levantada puede describirse como la emisión de un voto, gracias a determinadas reglas que permiten reconocer que dicha persona está investida de autoridad para votar en el contexto en que una votación a mano alzada está llevándose a cabo. OLAVE ALBERTINI, Alejandra. “El delito de hurto como tipo de resultado”, p. 196.

pueden ser procesados de distintas maneras y, con ello, se les puede otorgar significado”<sup>334</sup>.

El tránsito de un hecho bruto a un hecho procesado se concluye, entonces, con ayuda de una regla que especifica bajo qué condiciones puede deducirse la presencia de un hecho procesado. Este nuevo estatus que poseen los hechos procesados frente a los hechos brutos no tiene que referirse a algo sustancial, sino que permiten reconocerlo como algo diferente (como un hecho institucional, en la terminología de Searle)<sup>335</sup>. Piénsese, por ejemplo, en la identificación de un objeto como “documento”: un documento solo puede percibirse parcialmente por los sentidos (el papel y la escritura), pero su carácter de documento únicamente puede comprenderse intelectualmente mediante una valorización previa, consistente en la determinación del contenido normativo-cultural del mismo<sup>336</sup>, es decir, como corporización de una declaración que tiene carácter probatorio en el tráfico jurídico<sup>337</sup>. De ahí que resulta correcto cuando se dice que un escrito no se *conoce* como documento, sino que se *reconoce* como tal. Aquello de más que poseen los hechos procesados frente a los hechos bruto no es, entonces, algo que *es*, sino algo que *debe ser*. Y ese «deber ser» en la vida social es transferido al hecho procesado con ayuda de una regla conclusiva del esquema de análisis recién expuesto<sup>338</sup>.

Recapitulando: toda descripción de una acción particular individualiza como *resultado* aquello que se toma como su propiedad relevante<sup>339</sup>. Tratándose de una acción especificada a través de una descripción *causalmente* compleja, como *resultado* se identifica una segunda descripción, que incluye como componente una propiedad “natural” (esto es: empírica) del mundo *causalmente* conectada a la descripción de la acción. En cambio, tratándose de una acción especificada a través de una descripción *constitutivamente* compleja, como *resultado* se identifica una segunda descripción, que incluye como

---

<sup>334</sup> KINDHAÜSER. Urs. “Hechos brutos y elementos normativos del tipo”. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, N°2, 2014, pp. 4 y ss.

<sup>335</sup> OLAVE ALBERTINI, Alejandra. “El delito de hurto como tipo de resultado”, p. 196.

<sup>336</sup> WELZEL, Hans. *Naturalism und Wertphilosophie Strafrecht*, Berlin, Druck und Verlagshaus GMBH, 1935, pp. 75 y ss. Citado en: COUSIÑO MAC IVER, Luis. *Derecho Penal chileno. Parte General. Tomo I*, pp. 572-573.

<sup>337</sup> FARRÉ TREPAT, Elena. *La tentativa de delito*. Buenos Aires, 2ª ed., BdF, 2011, p. 513.

<sup>338</sup> KINDHAÜSER. Urs. “Hechos brutos y elementos normativos del tipo”, p. 13.

<sup>339</sup> Como sus consecuencias, en cambio, se identifican propiedades que no han sido consideradas como típicamente relevantes en tal sentido. Por ejemplo, al disparar una persona P su revolver, los efectos son múltiples: la presión del gatillo, el apuntar sobre un determinado objeto, la deflagración de la pólvora, el ruido de la descarga, la salida del proyectil, la herida sufrida por una persona (A), la muerte posterior de la misma, etc. Empero, tratándose de un tipo de acción especificado por la descripción “matar a otro”, que la acción ejecutada por P consistente en disparar su revolver sea descrita como una acción *productiva* de la muerte de A, implica ver como definitorios con respecto a la conducta realizada identificando como su *resultado* el acaecimiento de la muerte de otro (A), y que funge como marca de la satisfacción de la descripción que especifica el respectivo tipo de acción. SCHLEIDER, Tobías. *Acción y resultado. Un análisis del papel de la suerte en la atribución de responsabilidad penal*, p. 212.

componente una propiedad “convencional” (esto es: normativa) del mundo *institucionalmente* conectada a la descripción de la acción.

## 2.6. El hurto como delito de resultado intrínseco

Ya se ha establecido que las acciones susceptibles de describirse como acciones productivas de un determinado resultado pueden ser *causalmente* complejas o *constitutivamente* complejas, dependiendo de la relación que exista entre acción y resultado. Por tal razón, en lo que sigue se esbozan unas líneas destinadas a especificar la naturaleza de la relación condicional enunciada en cada uno de los tipos de descripciones complejas de una acción.

En cuanto a las primeras, la descripción se encuentra construida sobre una relación *causal* entre acción y resultado. Con arreglo al tratamiento tradicional del tema, una relación de causalidad se caracteriza por el carácter contingente (extrínseco) de la relación condicional enunciada respecto de las entidades empíricamente conectadas entre sí<sup>340</sup>. Las proposiciones causales son proposiciones *empíricas*, esto es, nos dicen algo acerca de cómo es el mundo, y comprobamos su verdad por una investigación material de ese mundo mediante observaciones o experimentos<sup>341</sup> (esto es, su verdad o falsedad puede descubrirse empíricamente). Ahora, el valor de verdad de enunciados causales singulares como “*c* causó *e*” depende, tradicionalmente, de la existencia de una ley causal de acuerdo con la cual *C* es regularmente seguida por *E*, donde *C* y *E* son clases de eventos, y *c* y *e* son eventos particulares que instancian cada una de esas clases<sup>342</sup>. Por consiguiente, lo que patentiza la verdad de una proposición causal es que, por lo menos, existe una correlación empírica regular entre dos tipos de eventos: el tipo al que pertenece la supuesta causa y aquel al que pertenece el supuesto efecto<sup>343</sup>. Piénsese, por ejemplo, en la frase “los venenos causan enfermedades”. El hecho de que por definición un «veneno» es algo que causa enfermedades no prueba que entre veneno y enfermedad pueda haber una relación causal. Lo que es verdadero es que nuestra identificación de algo como un veneno refleja un descubrimiento previo de que eso *causa* una enfermedad; y ese descubrimiento depende de descubrir

---

<sup>340</sup> OLAVE, Alejandra. “El delito de hurto como tipo de delito de resultado”, p. 198.

<sup>341</sup> SCHLEIDER, Tobías. *Acción y resultado. Un análisis del papel de la suerte en la atribución de responsabilidad penal*, p. 141.

<sup>342</sup> SCHLEIDER, Tobías. *Acción y resultado. Un análisis del papel de la suerte en la atribución de responsabilidad penal*: SCHLEIDER, Tobías. *Acción y resultado. Un análisis del papel de la suerte en la atribución de responsabilidad penal*, p. 289.

<sup>343</sup> En ese sentido, las proposiciones causales generales tales como «no hay efecto sin causa» o «cada efecto es a su vez una causa», se manifiestan como generalizaciones de proposiciones mucho más limitadas. Como lo expresa Nietzsche, “[e]n verdad, ante nosotros se encuentra una continuidad de la cual aislamos un par de trozos; es de la misma manera en que percibimos un movimiento, siempre y nada más que como puntos aislados, y por consiguiente, no lo vemos, sino que lo *inducimos* [...] Un intelecto que viese la causa y el efecto como una *continuidad* y no de la manera como nosotros lo hacemos –como estando arbitrariamente divididos y fragmentados–, que viese el fluir del acontecer, desearía el concepto de causa y efecto y negaría toda condicionalidad”. NIETZSCHE, Friedrich. *La gaya ciencia*, trad. por, José Jara, Barcelona, Editorial Planeta, 2019, § 112, p. 127.

una correlación *empírica* entre la ingestión de esa clase de sustancia (una sustancia no identificada como “veneno” sino, e.g., como “cianuro”) y la enfermedad. Por último, lo que hace a la frase anterior una proposición causal, cuya verdad o falsedad puede describirse empíricamente, es la ocurrencia de la acción (la ingesta del veneno) es identificable de manera independiente de la ocurrencia de su efecto (la enfermedad). Es factible saber que una persona ingirió veneno sin saber aún que eso le produjo una enfermedad: “ingirió veneno” no implica “se enfermó” (son conceptualmente independientes). La ocurrencia de la ingesta de veneno no implica necesariamente la ocurrencia de una enfermedad<sup>344</sup>. En otras palabras, tratándose de descripciones *causalmente* complejas, la relación entre causa y efecto tiene que ser tal que podría no darse<sup>345</sup>. Sólo así se deja entender el carácter lógicamente «contingente» que habría de exhibir una conexión causal en tanto relación «empírica» (esto es, con arreglo a determinadas correlaciones o regularidades nomológicas o “leyes causales”)<sup>346</sup>.

En el caso de las descripciones constitutivamente complejas, la descripción se encuentra construida sobre una relación *institucional* entre acción y resultado. A diferencia de las relaciones causales, este tipo de relaciones se caracteriza porque la conexión entre acción y resultado es lógicamente «necesaria» (intrínseca)<sup>347</sup>. En ambos casos lo que se hace o provoca son cambios, transiciones de un estado a otro. Sin embargo, en las descripciones constitutivamente complejas, tanto la acción como el resultado existe una conexión lógica interna, de manera tal que, *existiendo las circunstancias adecuadas*<sup>348</sup>, si el resultado no se materializa, la acción simplemente no ha sido ejecutada. En ese sentido, el resultado cuenta como una “parte esencial” de la acción<sup>349</sup>, pues su acaecimiento es una consecuencia intrínseca a la acción tal como la entendemos<sup>350</sup>. Por consiguiente, frente a este tipo de

---

<sup>344</sup> SCHLEIDER, Tobías. *Acción y resultado. Un análisis del papel de la suerte en la atribución de responsabilidad penal*, pp. 289 y ss. Ahora, esto no quiere decir que la causa y el efecto siempre deban ser identificadas independientemente una de otro, sino que *puedan* ser identificadas de ese modo. La frase “los venenos causan enfermedades” demuestra que muchas veces describimos también una causa en término de sus efectos, sin que eso signifique a su vez que no nos encontremos frente a una proposición causal genuina. En tal sentido, véase: SCHLEIDER, Tobías. *Acción y resultado. Un análisis del papel de la suerte en la atribución de responsabilidad penal*, pp. 289 y ss.

<sup>345</sup> SCHLEIDER, Tobías. *Acción y resultado. Un análisis del papel de la suerte en la atribución de responsabilidad penal*, pp. 290-291

<sup>346</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. “El concepto de acción y el lenguaje de la imputación”, nota 97, p. 681.

<sup>347</sup> OLAVE ALBERTINI, Alejandra. “El delito de hurto como tipo de resultado”, p. 198.

<sup>348</sup> En ese sentido, aquello “de más” que debe ser transferido al hecho institucional siempre es dependiente de un contexto determinado, esto es, de un trasfondo de circunstancias situacionales relevantes que hagan posible el paso del hecho bruto al correspondiente hecho procesado. KINDHÄUSER, Urs. “Hechos brutos y elementos normativos del tipo”, p. 9.

<sup>349</sup> SCHLEIDER, Tobías. *Acción y resultado. Un análisis del papel de la suerte en la atribución de responsabilidad penal*, p. 207.

<sup>350</sup> DUFF, Antony. *Criminal Attempts*, trad. por, Tobías Schleider, Oxford, Clarendon Press, 1996. Citado en: SCHLEIDER, Tobias J. *Acción y resultado*, pp. 291-292.



descripciones, la naturaleza de la relación entre acción y su resultado sería necesaria o conceptual, y no contingente<sup>351</sup>. Esto se ve con claridad en el siguiente caso:

“Con ocasión de una elección celebrada durante la *Primera Sesión del Directorio* de una Sociedad, el Director P levanta la mano durante una votación para designar al director Q como Gerente General de la Sociedad, quien, tras un breve debate, es designado en el cargo por unanimidad de los directores asistentes”.

En él, son distinguibles con claridad al menos dos acciones individuales de P: *alzar una mano* y *emitir un voto (a favor)*. Que bajo ciertas circunstancias alzar una mano *cuenta como* votar es una consecuencia lógica (intrínseca) y no causal de alzar una mano entre la acción y su resultado: que el Director P levante la mano durante una votación no *causa* su voto, sino que lo *constituye*. Así, que alzar una mano pueda describirse como la emisión de un voto, y no como mover un miembro simplemente, es gracias a determinadas reglas que permiten reconocer que dicha persona está investida de facultades para votar en el contexto en que una votación a mano alzada está llevándose a cabo (en este caso, para escoger a Gerente General de la Sociedad). La conexión lógica interna entre *alzar una mano* y *emitir un voto* se muestra en que no es posible imaginar hipotéticamente el acaecimiento del resultado (emitir un voto) sin que, al mismo tiempo, se haya ejecutado la acción (alzar una mano) en el contexto indicado.

Ahora, lo requerido para reconocer esta segunda descripción es una «oportunidad para (la ejecución de) la acción»<sup>352</sup>, esto es, una situación en la cual sea (lógicamente) posible condicionar el acaecimiento o el no-acaecimiento del cambio respectivo<sup>353</sup>. En el ejemplo del caso anterior, para que la acción del Director P consistente en alzar una mano *cuenta como* emitir un voto (a favor) depende lógicamente de que existan objetivamente las condiciones necesarias para producirlo, a saber: que exista en ese momento una votación a mano alzada para escoger al Gerente General de la Sociedad. Esto se debe a que la conexión en este tipo de acciones entre la acción y el resultado no es empírica, causal, sino que la estructura por la cual hacemos que ciertas cosas o acciones cuenten como un *status* distinto a ellas mismas o de sus consecuencias puramente físicas, se deja resumir en la siguiente fórmula «X cuenta como Y en el contexto C». Precisamente, dado que la función en cuestión no puede ser cumplida meramente en virtud de los rasgos físicos del objeto nombrado por el término X, para

---

<sup>351</sup> SCHLEIDER, Tobías. *Acción y resultado. Un análisis del papel de la suerte en la atribución de responsabilidad penal.*, p. 293.

<sup>352</sup> OLAVE ALBERTINI, Alejandra. “El delito de hurto como tipo de resultado”, p. 197.

<sup>353</sup> MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. “La tentativa y el desistimiento en el derecho penal. Algunas consideraciones conceptuales”, pp. 13-14.

que tenga lugar el tránsito desde estado de cosas especificado por el término *X* (nivel bruto) al estado de cosas designado por el término *Y* (nivel institucional), requiere lógicamente de la existencia de un contexto adecuado designado por el elemento *C* de la relación condicional<sup>354</sup>. Esto es lo que cabría llamar el aspecto «situacional» de una acción institucional, cuyo contexto ha de estar constituido por una ocasión que provea la correspondiente «oportunidad-para-la-acción», esto es, la oportunidad para omitir o ejecutar la acción en cuestión<sup>355</sup>. Ahora bien, lo importante del concepto de «oportunidad para-la-acción», en el caso de acciones constitutivamente complejas, es que ejecutada la acción existiendo las condiciones objetivamente idóneas para su realización, el acaecimiento del resultado es *necesario*. Esto es, satisfecho el «aspecto situacional» de la relación condicional, la relación «generativa» entre acción y resultado se encuentra *eo ipso* garantizada (i.e., el acaecimiento del resultado siempre podrá *reconocerse*)<sup>356</sup>.

Pues bien, en el caso del hurto, la razón por la cual debe negarse su clasificación como un tipo de mera actividad se encuentra en el verbo rector del hecho punible.<sup>357</sup> La descripción del tipo de hurto se encuentra construida sobre un determinado verbo resultativo de acción: “apropiar”. Por consiguiente, es *apropiarse* de una cosa mueble ajena lo que exige el tipo para su consumación, lo que, como se verá más abajo, requiere de un proceso que culmine con la constitución de una nueva custodia sobre el objeto, correspondiéndose con un resultado. Al igual que en la descripción de una carrera, en que la frase “el competidor Q ganó la carrera” sólo se hace verdadera si es que al momento de reportarse el evento el competidor en cuestión ya cruzó el meta primero que sus contendores, en el hurto análogamente podríamos decir que la frase “el sujeto P se apropió de una cosa mueble ajena” sólo se hace verdadera si es que al momento de reportarse el evento en cuestión el proceso de sustracción de la cosa ya se ha verificado. De ahí que, como sugiere Olave, resulta anómalo decir que alguien (todavía) “se está apropiando de algo” cuando ya se lo ha “apropiado”, en el sentido de que si se tratase de (una descripción de) una actividad, para su consumación bastaría con la realización del proceso mismo en cuestión, el que ya se habría realizado y se seguiría realizando hasta que el sujeto se detenga, sin que el verbo típico requiriese modificación ulterior alguna. Antes bien, quien se está apropiando de algo, está en proceso de conseguirlo, mas aún no lo ha logrado. Tal como ganar una carrera, hay un punto exacto en el tiempo en que se puede decir que el sujeto se *apropió* de una cosa mueble ajena, punto distinguible del lapso de tiempo en que está llevando a cabo el proceso de

---

<sup>354</sup> SEARLE, John. *La construcción de la realidad social.*, pp. 61 y ss.

<sup>355</sup> MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. “La tentativa y el desistimiento en el derecho penal. Algunas consideraciones conceptuales”, pp. 13-14.

<sup>356</sup> OLAVE ALBERTINI, Alejandra. “El delito de hurto como tipo de resultado”, p. 197.

<sup>357</sup> OLAVE, Alejandra. “El delito de hurto como tipo de delito de resultado”, p. 194.

apropiarse de ella<sup>358</sup>. Y esto es lo que distingue a las acciones de las actividades, en el sentido de que una acción se distingue por la posibilidad de quedar perfectamente ejecutada en algún punto de tiempo, a diferencia de las actividades, en que dicha distinción no es posible<sup>359</sup>. Esta reconstrucción del hurto deja en evidencia la naturaleza jurídica de esta infracción penal, esto es, de tratarse de un delito de resultado, pues la apropiación exigida por el tipo puede fijarse en un punto específico de tiempo y no *durante* un lapso de tiempo<sup>360</sup>.

Ahora, bajo la comprensión de la estructura típica compleja del delito de hurto aquí defendida, la *apropiación* debe concebirse no como un resultado distinguible o separable espacio-temporalmente de la acción, sino como un concepto macro, complejo, que implica al mismo tiempo acción y resultado<sup>361</sup>. La conclusión anterior en relación al tipo del hurto se deja entender precisamente como una descripción constitutivamente compleja de la naturaleza de la relación entre la conducta del agente y el resultado exigido por el tipo. Esto significa que toda acción que satisface el contenido semántico de la prohibición de hurto es susceptible de ser descrita como una acción *productiva* de un determinado resultado, consistente en una ruptura de custodia ajena sobre una cosa (ajena), acompañada de la constitución de una nueva custodia sobre la cosa, sin que tal relación «generativa» se deje entender como una relación causal<sup>362</sup>. Así, existiendo oportunidad para la acción, la sustracción de cosa mueble ajena con ánimo de apropiación por parte del autor tiene como resultado (intrínseco) la *ruptura* de custodia ajena y la *constitución* de una nueva custodia sobre el bien<sup>363</sup>.

Para explicar satisfactoriamente lo anterior, es menester atender al carácter de «hecho institucional» de la expresión «sustracción de cosa ajena». En los delitos contra la propiedad, entendida ésta última en su acepción jurídico penal como contenido fáctico de poder sobre una cosa corporal mueble, los

---

<sup>358</sup> OLAVE, Alejandra. “El delito de hurto como tipo de delito de resultado”. pp. 194 y ss.

<sup>359</sup> Véase, *infra* 2.4. y ss.

<sup>360</sup> La conclusión anterior es incompatible con la postura tradicional de la doctrina en Chile, siendo mayoritaria la que considera al hurto un tipo de delito de actividad. Véase, *infra* 2.3.

<sup>361</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, José. “Concepto de Hurto”. En: *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, Editorial Francisco Six S.A., 1962, p. 197. YAÑEZ ARRIAGADA, Rodrigo. “Una revisión crítica de los habituales conceptos sobre el iter criminis en los delitos de robo y hurto”, pp. 91-92.

<sup>362</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. *Norma, causalidad y acción. Una teoría de las normas para la dogmática de los delitos de resultados puros*, nota 62, p. 34. En sentido similar, Olave afirma que “[e]n tanto acción, el hurto se clasifica como un tipo que describe una acción de resultado intrínseco, en la que el vínculo entre acción y resultado no es causal”. OLAVE ALBERTINI, Alejandra. “El delito de hurto como tipo de resultado”, p. 203.

<sup>363</sup> OLAVE ALBERTINI, Alejandra. “El delito de hurto como tipo de resultado”, p. 198. Una idea similar sostiene Yáñez, pero valiéndose de los conceptos de «desposesión» y «expropiación». En efecto, históricamente, se trata de situaciones contemporáneas, pues al momento en que se toma la cosa con ánimo de lucro se desposee y se expropia al mismo tiempo. Conceptualmente, en cambio, la desposesión es un *prius lógico* respecto de la expropiación, es el medio por el que la expropiación se verifica en los delitos contra la propiedad por medios materiales. Así, el autor sostiene que la desposesión podría identificarse, en líneas generales, con la acción y la expropiación con el resultado. YAÑEZ ARRIAGADA, Rodrigo. “Una revisión crítica de los habituales conceptos sobre el iter criminis en los delitos de robo y hurto”, p. 114.

delitos de apropiación descansan sobre un «hecho bruto»: la relación fáctica de poder existente entre el cuerpo de una persona y el cuerpo de una cosa (aspecto ontológico). No obstante, para que la creación de una relación de esa índole por el autor pueda ser descrita no solamente como un simple apoderamiento material (*facta bruta*), sino como una apropiación *mediante sustracción* –en los términos de la reconstrucción dogmática de la noción de acción de apropiación del artículo 432 del Código Penal–, en ciertos casos resultará indispensable atender a consideraciones normativas, que permitan valorar dicha modificación de la situación fáctica de la cosa en su dimensión de hecho institucional, haciéndola explícita. Esto es, a determinadas reglas convencionales en virtud de las cuales pueda deducirse de aquel cambio en la relación espacial entre la cosa y su detentador una transformación –característicamente: institucional<sup>364</sup>– del mundo, consistente en la «ruptura» de esa relación y la «constitución» de un nuevo enclave de custodia sobre la cosa (aspecto valorativo). Eso depende, una vez más, no de aquellos rasgos del mundo que son puros y brutos asuntos físicos (realidad independiente), cuya constatación tenga lugar mediante una percepción sensorial de las cosas, sino de criterios normativos de reconocimiento con cargo a los cuales ese cambio de la detentación física del bien sin la voluntad de su dueño y con ánimo de apropiación cuente como *algo diferente*, esto es, como una «sustracción de cosa ajena». Por consiguiente, lo definitivo en esta materia –la apropiación mediante sustracción de especies– no es la dimensión física de la relación entre el dueño y la cosa (componente ontológico), sino su dimensión de sentido (significado social).

Esto significa que el reconocimiento de un quiebre total de custodia (y, por lo tanto, de la consumación) resulta esencialmente relativo al complejo de reglas que definen constitutivamente las condiciones de aplicación del concepto de sustracción en el marco que cada ordenamiento jurídico pueda disponer, especialmente en lo referente a la institución jurídica de la posesión de los bienes muebles y la comprensión simbólica de su inviolabilidad frente a conductas de terceros que puedan controvertir la «continuidad» de esa relación de exclusividad sobre la cosa, aun cuando físicamente el objeto pueda seguir al interior del espacio físico de resguardo de la víctima en cuestión (o de quien detenta legítimamente el bien). En este sentido, es posible sugerir la idea de que el concepto de sustracción, necesario para la realización del tipo de hurto, funciona en la forma de un “elemento en blanco”, cuyas condiciones de realización se encuentran fijadas por el correspondiente complejo de reglas constitutivas. Esto quiere decir que no tiene sentido preguntar si el comportamiento de una persona realiza, aisladamente, una “sustracción de cosa ajena”, puesto que la respuesta a la pregunta acerca del momento de la ruptura de custodia ajena es siempre relativa al conjunto de reglas

---

<sup>364</sup> Esto es, como una consecuencia «lógica» y no «causal» de una acción determinada. SCHLEIDER, Tobías. *Acción y resultado. Un análisis del papel de la suerte en la atribución de responsabilidad penal*, p. 244.

constitutivas subyacentes que especifican las condiciones bajo las cuales un comportamiento puede describirse como una sustracción de una cosa mueble ajena<sup>365-366</sup>.

Piénsese, a modo de adelanto de la discusión que se verá al final de este trabajo<sup>367</sup>, en el caso de quien, dentro de la sala de ventas de un supermercado, toma y esconde una cosa entre sus vestimentas, estableciendo con ello un cierto nivel de custodia sobre el bien, a pesar de no haber salido aún del espacio físico de la tienda. Cuál de esas “esferas concéntricas” es la que cuenta como custodia vigente, eso no es algo que pueda determinarse “en crudo”, esto es, no hay nada en la estructura causal de la realidad física del mundo que revele esto, sino que podrá arribarse a conclusiones diferentes según cual sea la relevancia jurídico-cultural que se reconozca por ejemplo al porte de una cosa por una persona distinta del dueño, especialmente cuando aquella es introducida –con ánimo de apropiación– en espacios de privacidad que puedan resultar social o culturalmente resguardados de toda intromisión “externa”, esto es, donde los terceros no puedan acceder, aun so pretexto de ser custodios de una “esfera mayor” sobre la cosa. Por esta razón, como se verá más adelante, no es correcto hacer de los criterios espaciales (neutrales) los únicos criterios de reconocimiento de la ruptura de la custodia ajena sobre la cosa y constitución de una nueva custodia sobre ella, puesto que la (muy difícil) pregunta acerca del momento preciso en que el autor quiebra esa relación e inaugura una nueva sobre la cosa se revela aquí como irreductiblemente normativa.

## **2.7. Etapas imperfectas de ejecución del delito de hurto**

### **2.7.1. La frustración en el delito de hurto**

En lo tocante al estado de desarrollo de la conducta, resulta indiscutiblemente dificultoso determinar cuándo un delito de hurto no consumado debe calificarse como frustrado. Conforme al artículo 7° inciso 2° del Código Penal, “hay crimen o simple delito frustrado cuando el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el delito se consume y ello no se verifica por causas independientes de su voluntad”. En efecto, tratándose el hurto de un delito de resultado intrínseco, la identificación de qué cuenta como la realización de todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consume, sin que esto se verifique por causas independientes a la voluntad del autor, resulta especialmente difícil, pues el resultado no se conecta causalmente con la acción realizada, en las que es

---

<sup>365</sup> En sentido similar, respecto a la ajenidad de la cosa como un “elemento en blanco” del tipo, véase: “Tentativa, error y dolo. Una reformulación normológica de la distinción entre tentativa y delito putativo”. *Política Criminal*, Vol. 14, N°27 (2019), p. 315.

<sup>366</sup> Precisamente, por esta vía se vuelve inteligible “[l]a proposición dogmática según la cual la aplicación del concepto de «sustracción» sería inmediatamente sensible a variables socio-normativas, esto es, institucionales. MAÑALICH, Juan Pablo. *Norma, causalidad y acción*. P. 34, Nota N°62.

<sup>367</sup> Véase, *infra*, 3.3.4.

conceptualmente posible identificar un momento en que la acción completa ya se ha realizado, sin que el resultado haya acaecido, sino que, tal como se dijo anteriormente, el hurto se caracteriza por una conexión intrínseca entre acción y resultado: existiendo oportunidad para la acción, si se ejecuta la acción que ejemplifica el tipo de acción, necesariamente se da el resultado<sup>368</sup>. Desde esta perspectiva, en principio, pareciera que en los delitos de resultado intrínseco no es conceptualmente posible la frustración, pues cada vez que el agente ejecuta todos los actos necesarios para conducir a la consumación, el resultado al mismo tiempo se produce. En otras palabras, ejecutada íntegramente la acción típica, pareciera que no hay otra alternativa que la consumación.

No obstante, en nuestra opinión sí sería estructuralmente concebible la frustración en un delito de resultado intrínseco, a saber: cuando la acción se ejecuta de manera completa en una situación inapropiada objetivamente<sup>369</sup>. En efecto, en la medida que el énfasis recae en la acción típica y se distingue ésta de la realización del tipo, puede constatarse que en el ámbito de la tentativa (*lato sensu*)<sup>370</sup>, si bien la realización (completa) del tipo necesariamente ha de faltar (pues de lo contrario habría delito consumado), la acción típica sí puede encontrarse total o parcialmente ejecutada. Esta constatación da lugar, fundamentalmente en la doctrina alemana, a la distinción entre tentativa acabada e inacabada y, bajo el Código Penal chileno, a la distinción entre delito frustrado y tentativa de delito (en sentido estricto)<sup>371</sup>.

Bajo esta comprensión de las etapas imperfectas de ejecución del delito, lo distintivo de la frustración radica en que el sujeto activo cree, según su representación, haber ejecutado toda la acción típica<sup>372</sup> necesaria para la consumación del tipo, aunque objetivamente no sea así<sup>373</sup>. Por tanto, es la visión del autor –y no la apreciación de un tercero como espectador imparcial ajeno a dicha ejecución<sup>374</sup>– lo que determinará el esquema de ejecución de la acción y, por tanto, si en el momento en que ocurrieron los hechos había terminado o no su ejecución. Esto significa que el acabamiento de la tentativa sólo

---

<sup>368</sup> OLAVE ALBERTINI, Alejandra. “El delito de hurto como tipo de resultado”, pp. 199 y ss.

<sup>369</sup> En el mismo sentido, pero tratándose de los delitos de mera actividad, véase: SCHLEIDER, Tobías. *Acción y resultado. Un análisis del papel de la suerte en la atribución de responsabilidad penal*, p. 304. JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General*. Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 140. CURY URZÚA, Enrique. *Tentativa y delito frustrado: el proceso ejecutivo del delito*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 140.

<sup>370</sup> Por tentativa “en sentido lato” entendemos un concepto de tentativa comprensivo de los casos en que se practican todos o parte de los actos que deberían producir el resultado, esto es, que abarque la parcial y total realización de los actos de ejecución. Al respecto, véase: SOLA RECHE, Esteban. *La llamada ‘tentativa inidónea’ del delito*. Granada, Comares, 1996, p. 121.

<sup>371</sup> MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. “La tentativa y el desistimiento en el derecho penal. Algunas consideraciones conceptuales”, pp. 159-160. “Inicio de la tentativa y oportunidad-para-la-acción”. *Revista Chilena de Derecho*, Vol., 46, N°3, nota 1, p. 821.

<sup>372</sup> VERA SANCHEZ, Juan. “La frustración en los delitos de mera actividad”, p. 248.

<sup>373</sup> CURY URZÚA, Enrique. *Tentativa y delito frustrado: el proceso ejecutivo del delito*, p. 83.

<sup>374</sup> En este sentido, véase: GARRIDO MONTT, Mario. *Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación*, p. 102.

se produce cuando el autor, de acuerdo a su plan<sup>375</sup> y con el conocimiento que dispone en ese momento, considera (aunque sólo sea eventualmente) haber realizado todos los actos directos necesarios para la ejecución de la acción en relación al tipo penal que se propuso concretar<sup>376</sup>. Donde eso no ha sucedido y el agente aún considera –bajo su representación de las circunstancias– que le restan objetivamente actos (de ejecución) por realizar, hay tentativa y no frustración<sup>377</sup>. En consecuencia, a nuestro juicio, la identificación de qué cuenta como todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consume (en los términos de la fórmula contenida en el inciso 2º del artículo 7 del Código Penal), debe ser determinado de acuerdo al número de actos (de ejecución) que, bajo la representación de las circunstancias atribuible al agente, se hayan materializado para el acaecimiento del resultado típico en cuestión: en la tentativa, parte de ellos; en la frustración, todos<sup>378</sup>.

Desde este punto de vista, es posible observar que, tratándose de *acciones constitutivamente complejas* como la descrita en el tipo de hurto, hay una etapa que podríamos denominar impropiamente “intermedia”<sup>379</sup> entre la ruptura, quiebre o vulneración y apropiación que le es seguida, en donde la acción, en cuanto a actividad personal y según su representación del hecho, se ha completado, pero el resultado (intrínseco) al que tendía objetivamente no se produce, no obstante la conclusión de la ejecución así entendida, en razón de que la acción en cuestión fue ejecutada en un contexto en el cual era (lógicamente) imposible condicionar el acaecimiento del cambio respectivo, esto es, sin que exista (objetivamente) la correspondiente «oportunidad para la acción». Con ello, el espacio que queda para la frustración sólo se puede identificar con una representación errónea de que existe la correspondiente oportunidad-para-la-acción<sup>380</sup>, error que lleva a que el nexo institucional entre la completa ejecución de la acción típica y el resultado típico (consumación) que se pretende obtener esté destinado a fallar (por su conexión intrínseca con el resultado).

---

<sup>375</sup> Con el nombre “plan del autor” no se quiere significar que en la tentativa (lato sensu) siempre se requiera de una preparación detallada y exhaustiva de la comisión del hecho. En efecto, no es infrecuente en la práctica que la comisión de delitos sea consecuencia de una repentina excitación afectiva, a pesar de lo cual también sea posible determinar cuándo el sujetado a ejecutado, según su representación, toda la acción típica (aunque objetivamente no sea así). En contra de esta denominación y a favor de distinguir entre plan y la representación del autor, véase: REYES ALVARADO, Yesid. *El delito de tentativa*, nota 71, p. 122.

<sup>376</sup> En sentido similar, véase: SCHLEIDER, Tobías. *Acción y resultado. Un análisis del papel de la suerte en la atribución de responsabilidad penal*, p. 114.

<sup>377</sup> GARRIDO MONTT, Mario. *Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación*, pp. 101 y ss.

<sup>378</sup> Por todos, véase: POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMIREZ GUZMÁN, Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial*, p. 376.

<sup>379</sup> Esto último, por supuesto, si uno quisiera ser respetuoso con el tradicional recurso doctrinal a la noción de *iter criminis*, para tematizar los “estadios” o “fases” que característicamente atravesaría la materialización del “proyecto delictivo”. Para una revisión de la incapacidad explicativa de semejante modelo, véase: “Inicio de la tentativa y oportunidad-para-la-acción”. *Revista Chilena de Derecho*, Vol., 46, N°3 (2019): pp. 33 y ss.

<sup>380</sup> OLAVE ALBERTINI, Alejandra. “El delito de hurto como tipo de resultado”, p. 200.

En un delito de hurto, ello ocurrirá, por ejemplo, cada vez que el autor asuma –al menos con dolo eventual<sup>381</sup>– haber franqueado mediante su conducta todos los hitos posesorios o resguardos necesarios para generar un quiebre total de la custodia de la víctima sobre la cosa (ajena) y, por tanto, la consumación del delito, en circunstancias que, objetivamente y por causas ajenas a su voluntad, la especie aún se encontraba bajo la custodia de su propietario. Por consiguiente, a nuestro juicio, mientras el autor no se haya representado (erróneamente) haber agotado todos los actos de ejecución necesarios para condicionar como resultado (intrínseco) una ruptura de la custodia ajena y la generación de una nueva custodia sobre la cosa, no puede ese comportamiento calificarse como un delito de hurto frustrado. Con ello, la acción de sustracción del sujeto activo, no obstante haber agotado toda su actividad delictiva según su representación del hecho, no ha logrado el resultado de la ruptura de custodia y constitución de una nueva custodia sobre la cosa. Es este caso, la custodia del titular, aunque debilitada, no se ha quebrantado por completo: los mecanismos de vigilancia y resguardo dispuestos por la víctima para impedir la sustracción de la especie lo han impedido. Nótese que en este supuesto, la inexistencia de la correspondiente “oportunidad-para-la-acción” (i.e., de las condiciones objetivamente necesarias para el acaecimiento del resultado en cuestión) no obsta a la ejecución completa de la acción bajo la representación de las circunstancias atribuible al agente (sin consumación del tipo) , la que de haber existido (esto es: de haber fracasado los mecanismos de protección y resguardo dispuestos por la víctima para impedir la sustracción de la cosa) hubiera efectivamente tenido como resultado un quiebre de la custodia ajena y la constitución de una nueva custodia sobre la cosa<sup>382</sup>.

Ahora bien, cabe señalar que tanto en la tentativa como en el delito frustrado es requisito *sine qua non* la no verificación del resultado típico por causas independientes o ajenas a la voluntad del hechor. Como sostiene Garrido Montt: “[l]o distintivo radica en lo que se hace, mas nunca en lo que no sucede”. En este sentido, la imposibilidad consumación en cuanto marca de “imperfección” delictiva es una propiedad exhibida por todo comportamiento que llega a ser constitutivo de tentativa (lato

---

<sup>381</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General*, p. 909. La posibilidad de concebir la tentativa con dolo eventual ha sido discutida. Sin embargo, no encontramos ninguna razón categórica que impida dicha posibilidad. En ese sentido, Garrido Montt afirma que “[l]a afirmación de que no se puede intentar algo que sólo se acepta, jurídicamente carece de sentido. El derecho penal estima que se quiere todo lo que queda comprendido como evento previsto por el agente, consecuencia de su actuar, de modo que se puede intentar todo aquello que se quiere materializar, aun como mera posibilidad (...) En el dolo eventual hay una resolución firme, ya adoptada, de ejecutar el hecho y aceptar el resultado como probable si éste acaece”. GARRIDO MONTT, Mario. *Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación*, p. 134-135. A favor de la misma postura, Vera señala que “[e]l resultado que el hechor no quiere pero que acepta como probable, es la lesión del bien jurídico protegido. Si el delito consumado no tiene ninguna exigencia de dolo directo, pues no habría inconveniente de concebir la tentativa de hurto con dolo eventual” VERA SANCHEZ, Juan. *La consumación en el delito de hurto*, pp. 174-175.

<sup>382</sup> OLAVE ALBERTINI, Alejandra. “El delito de hurto como tipo de resultado”, p. 200.



sensu)<sup>383</sup>. En esta dirección, la Excma. Corte Suprema ha expresado que “[l]a distinción entre tentativa y delito frustrado radica en que, en el primero, la ejecución de la acción descrita por el tipo respectivo ha quedado inconclusa, pues el autor se ha visto interrumpido antes de completarla por una causa ajena a su voluntad, al paso que, en el segundo, la acción se ha realizado íntegramente pero no ha logrado producir el resultado exigido para la consumación del hecho típico, también por una causa independiente de la voluntad del autor”<sup>384</sup>. En efecto, todas las definiciones que de tentativa (lato sensu) se ofrecen por la doctrina y jurisprudencia a partir del reconocimiento de un itinerario criminal, admiten la presencia de un “fracaso” del autor en su empeño por conseguir un determinado resultado, atribuible a factores exógenos o ajenos a su voluntad que trastornan o vuelven (objetivamente) ineficaces o insuficientes los actos de ejecución realizados para la consumación del tipo.

Pues bien, a nuestro juicio, en un delito de hurto, en donde el autor debe conducir por sí mismo y de manera adecuada el proceso de sustracción de la especie, identificando y eludiendo para ello todos los factores exógenos a su voluntad que eventualmente puedan obstaculizar el condicionamiento de un quiebre de la custodia ajena y constitución de una nueva custodia sobre la cosa, es posible imaginar dos momentos en que puede tener lugar la interposición de un evento de esa naturaleza: a) cuando el agente, durante la ejecución de la sustracción de la cosa, pierda el control sobre las circunstancias fácticas objetivamente necesarias para la producción del resultado típico (e.g., porque fue descubierto sin notarlo por un tercero o la víctima durante la sustracción de la especie, lo que conduce a su detención *in situ*); o bien b) cuando el agente, ya desde un inicio de la ejecución de la sustracción, no cuente con capacidad de control de las circunstancias fácticas objetivamente necesarias para la producción del resultado típico (e.g., porque la cosa que se pretende hurtar no es ajena). Desde este punto de vista, podría afirmarse que, en el primer caso, el autor se enfrenta a una imposibilidad fáctica sobrevenida de producción del resultado típico, pues si bien los actos (de ejecución) previos desarrollados por aquel son potencialmente eficaces para la consumación del delito, los actos (de ejecución) restantes se tornan ineficaces para la realización del tipo, desde que es “neutralizado” por los mecanismos de custodia establecidos por la víctima. En tanto que, en el segundo, el autor ya se encontraba, desde el inicio de los actos de ejecución, en una situación de imposibilidad fáctica de producción del resultado típico.

---

<sup>383</sup> En ese sentido, véase: “Tentativa, error y dolo. Una reformulación nomológica de la distinción entre tentativa y delito putativo”, p. 334. “La tentativa de delito como hecho punible. Una aproximación analítica”. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 44, N°2, p. 476.

<sup>384</sup> Corte Suprema, Rol N°199-2001, 20 de junio de 2001, c. 2. En: *Revista Gaceta Jurídica*, N°252 (2001).

Nótese que, en ambos ejemplos, a pesar de que el autor conoce la valoración jurídica de su acción como prohibida (o sea, es consciente la existencia de una norma penal que sanciona su conducta como un delito de hurto), se equivoca en su apreciación cognitiva de las circunstancias fácticas (i.e., objetivas) constitutivas de la apropiación mediante sustracción de la especie: o asume erróneamente la ajenidad del objeto sobre el cual había de recaer la apropiación, o asume erróneamente la capacidad de la(s) maniobra(s) por él ejecutada(s) para condicionar (constitutivamente) una ruptura de la custodia ajena y constitución de nueva custodia sobre la cosa. Lo que sucede es que, en situaciones como las referidas, el autor fracasa en su acción de apropiarse la cosa debido a que se halla en situación de error sobre la situación fáctica, y más específicamente, en una situación de error sobre los elementos del tipo objetivo necesarios para producir el resultado típico<sup>385</sup>.

En la literatura especializada, este error en la ejecución de la conducta se conoce comúnmente como un «error de tipo *al revés*», consistente en una representación *positiva* errónea de que se está realizando con la conducta un tipo que en realidad no se realiza<sup>386</sup> (v.gr., toma una persona muerta por viva y le dispara), y que tiene relevancia en el ámbito de la tentativa (lato sensu) por su efecto *fundante* de responsabilidad penal (a diferencia de un error de tipo “a secas”, consistente en la *ausencia* de una representación correcta sobre determinados hechos que cumplen el tipo, la llamada *ignorantia facti*, y que se caracteriza por su efecto *excluyente* de la punibilidad)<sup>387</sup>.

Pues bien, un error en que el autor acepta la existencia de una característica ausente del tipo objetivo se corresponde, bajo el principio de inversión<sup>388</sup>, con la categoría de la «tentativa inidónea». Tradicionalmente en Chile, por «tentativa inidónea» se ha entendido aquella que se identifica como

---

<sup>385</sup> RODRÍGUEZ MORULLO, Gonzalo. *Comentarios al Código Penal*. Madrid, Editorial Civitas, 1997, p. 226. Citado en: FARRÉ TREPAT, Elena. *La tentativa de delito.*, p. 508.

<sup>386</sup> PUPPE, Igeborg. “El alcance lógico de la llamada conclusión inversa”. En: PUPPE, Igeborg. *El derecho penal como ciencia*, Buenos Aires, BdF, 2014, pp. 39-40.

<sup>387</sup> Aun cuando en ambas figuras como se verá lo determinante es la valoración externa de la configuración de la realidad y no la personal del autor, la diferencia fundamental radica en que mientras en la tentativa el sujeto dirige su conducta a la comisión de un delito punible a partir de una concreta representación de la realidad sobre la que actúa, en el error eximente de responsabilidad el autor desarrolla su comportamiento sin intención de cometer un delito, a partir de cierta configuración de la realidad. REYES ALVADARO, Yesid. *El delito de tentativa*, p. 205. Así, por ejemplo, quien no sabe que aquel que grita a lo lejos quiere ser salvado de ahogarse, no conoce una circunstancia bajo la cual se debe llevar a cabo una acción de salvamento. Esto es, no cuenta con una representación correcta de las condiciones empíricas bajo las cuales la situación de hecho expresada por la norma es verdadera (o podrá serlo), o sea, con el conocimiento de los presupuestos de hecho necesarios para poder seguir la norma. “Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho”. En: VV.AA., *El error en el derecho penal*, Buenos Aires, AdHoc, 2010, p. 151. De ahí que, como señala Puppe, en un error de tipo “al derecho” no influye qué es lo que el autor se representó en el momento relevante, v.gr. que creyera que la persona sobre la que disparó era un jabalí, un tronco de un árbol o de un espantapájaros, sino únicamente que no pensó que su objetivo fuera un ser humano. PUPPE, Igeborg. “El alcance lógico de la llamada conclusión inversa”, pp. 39-40.

<sup>388</sup> En efecto, de acuerdo al principio de inversión, “(...) lo que en caso de conocimiento acertado fundamenta dolo de tipo, en caso de suposición errónea debe comportar tentativa”. JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General*, p. 879. Ahora bien, “[e]l recurso al principio de inversión, que es un criterio formal, no puede implicar un prejuzgamiento de la punibilidad o impunidad de un determinado supuesto, pues esto sólo puede determinarse mediante la utilización de un criterio material. Véase, con ulteriores referencias: MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. “La tentativa y el desistimiento en el derecho penal. Algunas consideraciones conceptuales”, p. 151.

no apta para la realización del tipo, es decir, que no representa peligro alguno para el bien jurídico protegido<sup>389</sup>. Ahora bien, la tentativa inidónea –por ineptitud de la acción, del medio empleado o del objeto del delito– no siempre debe quedar sin castigo<sup>390</sup>. En efecto, toda tentativa examinada desde su desenlace (ex post) es, por definición, inidónea<sup>391</sup>, pues no resulta apta para producir el resultado (si lo hubiera sido se habría llegado a la consumación); al igual que toda tentativa, examinada desde el punto de mira del autor en el momento de emprender la acción (subjctivamente *ex ante*), resulta idónea para quien la emprende<sup>392</sup>, pues en caso de que así no fuera no estaría actuando con la intención de conseguir el resultado, sino tan sólo deseándolo<sup>393</sup>.

A nuestro juicio, la demarcación de la conducta que merece ser sancionada de la que debe quedar impune, estriba en determinar si en el caso concreto es posible o no adscribir una apreciación de la realidad mínimamente suficiente para una imputación a título de dolo<sup>394</sup>. En efecto, la exigencia de una imputación subjetiva dolosa en el tipo de injusto de la tentativa (lato sensu) es prácticamente indiscutida<sup>395</sup>. Así, lo característico de una imputación a título de tentativa es que el autor se representa como segura o como probable la realización –antijurídica<sup>396</sup>– de un tipo-de-delito que no se

---

<sup>389</sup> OLAVE ALBERTINI, Alejandra. “El delito de hurto como tipo de resultado”, p. 200.

<sup>390</sup> CURY URZÚA, Enrique. *Tentativa y delito frustrado: el proceso ejecutivo del delito*, p. 179. La cuestión es distinta tratándose de los casos de inidoneidad del sujeto. Como expresa Mañalich, lo anterior se debe a que en tales casos “[s]e trata de la supuesta realización de tipos de delitos que exigen una cualificación del autor, esto es, de delitos respecto de los cuales sólo determinados sujetos, que reúnen ciertas cualidades, pueden ser autores idóneos. Se trata, por ende, de delitos de infracción de deber, particularmente, de delitos especiales propios. La cuestión crucial radica en que en estos delitos lo que fundamenta la imputación (a título de autor, por lo menos) no es la organización de un determinado curso de acción peligroso o lesivo sino la infracción de un deber especial”. MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. “La tentativa y el desistimiento en el derecho penal. Algunas consideraciones conceptuales”, p. 150. Lo anterior es de toda lógica, pues, como expresa Jakobs, “el elemento del tipo que caracteriza al autor limita el ámbito de destinatarios de la norma, ámbito que un «ejecutor» no puede ampliar mediante su error”. JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General*, p. 876.

<sup>391</sup> En este sentido, véase. MAÑALICH, Juan Pablo. *Tentativa, error y dolo*... pp. 330 y ss.

<sup>392</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General*, pp. 872-873. Así, por ejemplo, si se adopta una perspectiva *ex ante* habrían de estimarse idóneos el intento del sujeto de disparar sobre su enemigo cuando no era apreciable el defecto del arma empleada; el de hacer lo propio sobre alguien que duerme en su cama cuando en realidad se trataba de un bulto cuidadosamente preparado para confundir al autor. Desde una perspectiva *ex post*, en cambio, el pronunciamiento acerca de la inidoneidad de tales acciones arroja un resultado distinto. SOLA RECHE, Esteban. *La llamada ‘tentativa inidónea’ del delito*, p. 165.

<sup>393</sup> REYES ALVARADO, Yesid. *El delito de tentativa*, p. 154.

<sup>394</sup> En este sentido, véase: SOLA RECHE, Esteban. *La llamada ‘tentativa inidónea’ del delito*, p. 176. “La tentativa de delito como hecho punible. Una aproximación analítica”. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 44, N°2 (2017), p. 488. MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. “La tentativa y el desistimiento en el derecho penal. Algunas consideraciones conceptuales”, 163.

<sup>395</sup> MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. “La tentativa y el desistimiento en el derecho penal. Algunas consideraciones conceptuales”, p. 163.

<sup>396</sup> En efecto, tal como observa Mañalich, adicionalmente “[e]s necesario complementar la referencia a la potencial realización del tipo, en el sentido de que ha de tratarse de la potencial realización antijurídica del tipo en cuestión. Pues si el agente se representara circunstancias que, de concurrir objetivamente, darían lugar a una exclusión de la antijuricidad del comportamiento proyectado, nos encontraríamos ante un error (“de tipo permisivo”) excluyente del dolo, y así incompatible con una imputación a título de tentativa”. MAÑALICH, Juan Pablo. “Inicio de la tentativa y oportunidad-para-la-acción”, p. 828.

produce<sup>397</sup>, es decir, en la tentativa el autor posee una representación, que si fuese acertada, realizaría objetivamente el tipo de un delito<sup>398</sup>.

Para ello, empero, será indispensable que el autor de la tentativa actúe a partir de un entendimiento de la realidad que pueda ser valorado como correcto desde el punto de vista externo<sup>399</sup>, esto es, como la representación de un estado de cosas que, de configurarse objetivamente, hubiese tenido lugar la descripción relevante. En términos más abstractos, esto puede explicarse por el hecho de que sólo puede ser comunicativamente relevante una representación mínimamente relevante del mundo<sup>400</sup>, pues sólo puede infringir una norma penal quien entiende adecuadamente la realidad sobre la que actúa y es consciente de que despliega una conducta que está prohibida por ella<sup>401</sup>. De este modo, en la medida que el autor desarrolla su comportamiento desde una perspectiva *ex ante* a partir de una representación de la realidad que en un contexto social podía ser valorado como correcto, su conducta puede ser calificada como una tentativa inidónea punible<sup>402</sup>. Por el contrario, si el autor organiza su comportamiento desde una perspectiva *ex ante* de un modo irracional, a partir de una representación de la realidad que exteriormente puede ser calificada como incorrecta, nos encontraremos frente a una conducta que carece de trascendencia jurídica y que por tanto no merece ser sancionada como delictiva<sup>403</sup>.

Por consiguiente, lo que permite reconocer como impunes tales conductas no es su falta de peligrosidad *ex ante* para el bien jurídico tutelado desde la óptica de un observador imparcial dotado

---

<sup>397</sup> FARRÉ TREPAT, Elena. *La tentativa de delito*, p. 509.

<sup>398</sup> KINDAHÄUSER, Urs. “Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho”, p. 158. En ese sentido, se sostiene que en el ámbito del tipo subjetivo, la tentativa y el delito consumado serían plenamente equivalentes (no así en el ámbito del tipo objetivo). De ahí que el tipo de la tentativa, en tanto tipo de imperfecta realización, sería un tipo incongruente por exceso subjetivo. Ahora bien, sobre esto último cabría agregar que, además del dolo, la tipicidad subjetiva de la tentativa supone la concurrencia de otros elementos subjetivos especiales que el respectivo tipo de la Parte Especial comprenda. Por todos, véase: MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. “La tentativa y el desistimiento en el derecho penal. Algunas consideraciones conceptuales”, p. 163.

<sup>399</sup> REYES ALVARADO, Yesid. *El delito de tentativa*, pp. 194-195.

<sup>400</sup> MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. “La tentativa y el desistimiento en el derecho penal. Algunas consideraciones conceptuales”, p. 150.

<sup>401</sup> REYES ALVARADO, Yesid. *El delito de tentativa*, p. 122.

<sup>402</sup> Desde este punto de vista, resulta interesante constatar que la identificación de aquello que cuenta como una “tentativa inidónea” (i.e., como una conducta punible) es siempre relativo a un determinado «paradigma de base», esto es, a una matriz de distinciones primarias a través de las cuales cada cultura define lo que es real, la estructura de nuestra sensibilidad, la capacidad de conocimiento de los hombres, los criterios de validez argumental, el sentido de la existencia y las posibilidades de acción humana. En ese sentido, el concepto de «paradigma de base» apunta a una dimensión de capacidad operativa efectiva, que compromete y determina el conjunto de la existencia y acciones humanas en una época y cultura determinada. Pues, como observa Echeverría, “[l]os «paradigmas de base» no siempre han sido los mismos e, incluso, suelen ser distintos en un mismo momento para sociedades diversas, según sea la radicalidad de las diferencias culturales. La distinción entre la cultura occidental y la oriental, por ejemplo, apunta directamente a diferencias presentes en ese campo. Pero incluso dentro del desarrollo histórico de la cultura occidental, podemos distinguir con mucha claridad la existencia de «paradigmas de base» diferentes asociados, por ejemplo, a la antigüedad clásica, a la Edad Media y lo que actualmente llamamos la Modernidad”. Al respecto, sobre el concepto de paradigma de base, véase: ECHEVERRÍA, RAFAEL. *El búho de minerva. Introducción a la filosofía moderna*. Santiago, JCSéeditor, 2012, pp. 19 y ss.

<sup>403</sup> REYES ALVARADO, Yesid. *El delito de tentativa*, pp. 194-195.

de conocimientos promedio y situado en la misma posición del autor (en los términos de una concepción objetivo-subjetivista de la punibilidad<sup>404</sup>), sino que su impunidad se deriva de errores en la configuración del aspecto cognoscitivo fáctico de la realidad, en cuanto se la imagina a partir de un conocimiento del acontecer terrenal que difiere de la representación de un hombre razonable (v. gr., una apreciación de la realidad configurada de acuerdo con fuerzas sobrenaturales), lo que afecta la existencia misma del elemento subjetivo del dolo en su conducta<sup>405</sup>.

En la dogmática continental, estos casos en que el autor persigue el resultado típico basándose en una concepción absurda o supersticiosa de la realidad se corresponden al fenómeno usualmente denominado bajo la etiqueta de “tentativa irreal” o “tentativa supersticiosa”<sup>406</sup>, en los cuales no es imputable tentativa alguna, precisamente a consecuencia de que en la constelación de casos así designada no es posible adscribir el dolo del respectivo delito al agente y por tanto son generalizadamente tenidas por no punibles sin más<sup>407</sup>. Así, por ejemplo, quien desde el jardín de su casa acciona su revolver contra un avión que vuela a varios miles de pies de altura debe permanecer impune, no porque su actuación pueda ser valorada *ex ante* como apta o no para conseguir la

---

<sup>404</sup> Tradicionalmente, las diversas versiones de una concepción objetivista del fundamento de punibilidad de la tentativa, han tendido a quedar asociadas a alguna exigencia de peligrosidad del respectivo comportamiento como presupuesto de punibilidad a título de tentativa. Así, según la teoría mixta de la fundamentación de lo injusto de la conducta punible, para distinguir la tentativa sancionable de aquella que debe quedar impune, debe efectuarse un juicio de peligrosidad desde la óptica de un observador situado en la misma posición del autor en el momento en que los hechos tuvieron ocurrencia (esto es, fijada desde una perspectiva *ex ante*) y dotado tanto de los conocimientos del hombre medio como de los especiales que en tal situación poseyera el autor. De esta manera, la conducta será punible a título de tentativa inidónea cuando, tanto el autor como un espectador objetivo dotado de conocimientos promedio pero adicionalmente familiarizado con el plan y las circunstancias concretas que conocía ese autor, no dudarían en establecer que se trata de una conducta concretamente *peligrosa*, es decir, como apta para ocasionar una lesión al bien jurídico objeto de protección, aunque luego, en un segundo momento (esto es, desde una perspectiva *ex post*), pueda comprobarse que alguna de las circunstancias –no cognoscibles *ex ante*– en las que se llevó a cabo demuestran que su ejecución o que su producción era imposible. Como se ve, la conducta debe ser valorada desde una perspectiva *ex ante*, o sea, con los conocimientos que se poseen en el momento en que la misma es desplegada, absteniéndose de incorporar datos que sólo serían conocidos después de terminada su ejecución. Ya que es en ese momento en que se puede determinar si fue desplegada sobre una correcta comprensión de la realidad y tenía posibilidades de conseguir la pretendida lesión del bien jurídico. En síntesis, de acuerdo con este planteamiento objetivo-subjetivista, sólo debe afirmarse la punibilidad de aquellas conductas que, desde la perspectiva de alguien (medianamente) inteligente situado en el lugar del autor (o sea, de acuerdo con la experiencia general y los conocimientos especiales que haya podido poseer), aparezcan objetivamente como peligrosas para el bien jurídico protegido, aunque *ex post* se demuestren, una vez conocidas todas las características del hecho, como –lógicamente– inidóneas. Según sus partidarios, esta interpretación tiene la ventaja de que permite reconocer como impunes a las llamadas “tentativa irreal o supersticiosa”, o sea, aquellos casos en que ya *ex ante* las acciones en cuestión no serían juzgadas peligrosas por parte de un sujeto medianamente inteligente, es decir, ni siquiera un observador objetivo en la posición del autor admitiría la peligrosidad de la acción. En ese sentido, sobre éste último concepto se suele hacer una última precisión, en cuanto que él no comprende los casos en que se actúa por motivos irreales pero con medios reales, como cuando se dispara contra el gobernante de turno (media real) con el convencimiento de que su muerte proporcionará beneficios espirituales al autor del homicidio (motivo irreal). Al respecto, véase: REYES ALVADARO, Yesid. *El delito de tentativa*. pp. 137 ss y 183 ss SOLA RECHE, Esteban. *La llamada ‘tentativa inidónea’ del delito*, p. 125.

<sup>405</sup> En este sentido, véase: REYES ALVARADO, Yesid. *El delito de tentativa*, pp. 193-203.

<sup>406</sup> SOLA RACHE, p. 126-127.

<sup>407</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. “Tentativa, error y dolo. Una reformulación normológica de la distinción entre tentativa y delito putativo”, pp. 335 y ss. De ahí que, como sostiene Mañalich, “[n]o sea posible renunciar a las comillas cuando se hace uso (parasitario) de ambas denominaciones, puesto que ninguna de ellas designa casos en las cuales se configure una *tentativa*”. MAÑALICH, Juan Pablo. MAÑALICH, Juan Pablo. “Tentativa, error y dolo. Una reformulación normológica de la distinción entre tentativa y delito putativo”, p. 338.

pretendida lesión del bien jurídico, sino porque su configuración de la realidad es externamente valorada como incorrecta, ya que a través de esa acción es improbable dar muerte a los ocupantes de la aeronave. Por el contrario, quien acciona su pistola contra una persona creyendo (como cualquier otra persona en su lugar lo hubiese creído) que se hallaba dentro del radio de acción del arma, se habrá representado la realidad de la misma forma en que ella es percibida socialmente y, por consiguiente, su conducta será punible como tentativa sin necesidad de entrar a discutir si recurrió o no al empleo de un medio real o irreal<sup>408</sup>. En definitiva, la imposibilidad de producción del resultado no precluye siempre el castigo, mas para determinar aquello es indispensable examinar la percepción (conocimiento) de la realidad reconocible en el autor durante el desarrollo de su conducta, a efectos de determinar si el aspecto cognoscitivo (fáctico) del dolo está presente en la misma, que es lo que en último término debe decidir la imputación<sup>409</sup>.

Ahora bien, cabe señalar que es posible formular una vía de solución alternativa al método previamente reseñado para determinar si el autor contó, en la oportunidad pertinente, con una representación fundante-de-dolo. En efecto, como sugiere Mañalich<sup>410</sup>, la solución de estos casos pasa por advertir que el concepto mismo de dolo no se encuentra a disposición del agente que puede fungir como sujeto pasivo de una imputación a título de dolo, sino que semejante criterio de imputación subjetiva se encuentra sujeto a ciertos parámetros objetivos referidos a las circunstancias fácticas que el agente tiene por existentes y que condicionan su aplicación. Con ello, se evita que sea el propio sujeto activo el que decida –de acuerdo a sus creencias o convicciones– cuándo su comportamiento debe ser relevante para el derecho penal<sup>411</sup>, pues ese “hito” no es colocado arbitrariamente por el autor, sino cuando su representación del hecho pueda ser objetivamente interpretada de esa manera

---

<sup>408</sup> REYES ALVARADO, Yesid. *El delito de tentativa*, p. 206.

<sup>409</sup> Así, por ejemplo, es diferente la valoración jurídica de la situación en la que el autor se representa matar a alguien disparando una pistola cargada, que no lo está realmente, de aquella en que el autor se representa querer matar a su enemigo por medio de procedimientos mágicos o espiritistas (v. gr., clavándole alfileres a un muñeco o usando agua destilada para dañarle pretendiendo que causa los mismos efectos que un ácido), indiscutiblemente catalogada como «tentativa irreal impune». SCHLEIDER, Tobías. *La suerte penal...*p. 118. Del mismo modo, quien equivocadamente cree que el azúcar es una sustancia venenosa incurre en un error burdo que da lugar a una tentativa irreal y por consiguiente impune, mientras que aquel que en un intento por envenenar a su enemigo se confunde y toma un poco de azúcar en lugar del arsénico que se encontraba en el recipiente contiguo, actúa cobijado por un error que cualquiera hubiese podido cometer, y por ende su conducta sería sancionable a título de tentativa inidónea. FARRÉ TREPAT, Elena. *La tentativa de delito*. 2ª Ed, Madrid, Buenos Aires y Montevideo: Edisofer y BdH, 2011, p. 401 y 403. Nótese que, en ambos casos calificados como “tentativa irreal”, es posible reconocer una “causalidad putativa”, esto es, una conexión causal imaginaria entre un comportamiento y el pretendido acaecimiento de un evento, que descansa en una postulación (explícita o implícita), por parte del agente, de una o más leyes causales igualmente imaginarias, lo que quiere decir: de presuntas leyes causales cuya producción no encuentra apoyo en el conocimiento científicamente afianzado. Al respecto, véase: MAÑALICH, Juan Pablo. *Tentativa, error y dolo...*p. 338.

<sup>410</sup> Véase, en lo que sigue: MAÑALICH, Juan Pablo. *La tentativa de delito como hecho...*pp. 473 ss y 488 y ss. MAÑALICH, Juan Pablo. *Tentativa, error y dolo...*pp. 336 y ss y 339 y ss.

<sup>411</sup> FARRÉ TREPAT, Elena. *La tentativa de delito*. 2ª Ed, Madrid, Buenos Aires y Montevideo: Edisofer y BdH, 2011, p. 154-155.

Así, desde una concepción objetivista de la fundamentación del dolo, la objetividad de la adscripción del dolo descansaría sobre la base del recurso a un determinado catálogo de «indicadores-de-dolo», esto es, a un conjunto de descriptores (doctrinal y jurisprudencialmente) codificados de síndromes de riesgo referidos al acaecimiento del resultado cuyo condicionamiento –causal o constitutivo– tiene relevancia típica. Esto se traduce en que la adscripción de dolo en la constitución –por vía de imputación– de una tentativa de delito queda condicionada por la exigencia de que el potencial autor se haya representado –en el sentido de tenido por existente– circunstancias constitutivas de un correspondiente síndrome de riesgo, cuya aplicación sería mínimamente suficiente para hacer racional o razonablemente esperable el condicionamiento (causal o constitutivo) del resultado típicamente relevante.

De este modo, la clave para la demarcación entre los casos de tentativa inidónea frente a los casos de la llamada “tentativa supersticiosa o irreal”, consistiría en identificar síndromes de riesgo estandarizados o estereotipados, los cuales pueden servir como indicadores (derrotables) de la existencia de la respectiva creencia predictiva cuya adscripción puede dar lugar a una eventual fundamentación de responsabilidad jurídico-penal a título de tentativa de delito. Así, tal creencia puede ser adscrita al agente si se comprueba –bajo el estándar de prueba que resulte aplicable– que tuvo por verdadero que se daban las circunstancias constitutivas del correspondiente síndrome de riesgo, con independencia de que efectivamente ello haya sido el caso. Así, por ejemplo, si una persona tiene por probable que, por la vía de acuchillar a un muñeco de cera, ella habrá de matar a su pretendida víctima, no será posible adscribir a aquella una creencia predictiva, fundante de la correspondiente falta personal, que pudiera sustentar la imputación de un homicidio tentado. Pues, de acuerdo con lo recién sugerido, la representación de la circunstancia consistente en estar acuchillando a un muñeco de cera no es la representación de un síndrome de riesgo-de-homicidio que, de acuerdo con el conocimiento científico disponible, reclame ser objetivamente reconocida (caso en el cual se trataría de una “tentativa supersticiosa”).

Recapitulando: puede argumentarse, de todas formas, que sí es posible una tentativa acabada de un delito de hurto, bajo la modalidad de una tentativa inidónea. Luego, lo determinante es, en primer término, establecer si el sujeto activo consideró haber realizado total o definitivamente la acción típica que, bajo su representación, hubiese tenido como consecuencia la consumación del delito, no obstante lo cual el resultado (intrínseco) de ruptura de custodia ajena y constitución de una nueva custodia sobre la cosa no se produce, al haber sido ejecutada la apropiación mediante sustracción en una situación inapropiada objetivamente, esto es, sin que haya existido la correspondiente «oportunidad-para-la-acción». Esta imposibilidad de alcanzar el resultado típico puede reconocerse (ya) al inicio

de la ejecución, como en el caso de quien trata de hurta algo propio creyendo que se trata de algo ajeno, o bien puede reconocerse durante el transcurso de la fase de ejecución, como en el caso de quien cree haber superado “subrepticamente” todos los mecanismos dispuestos para la custodia de la cosa ajena, sin percatarse de que la víctima o un tercero se dio cuenta de su actuar durante la ejecución del delito, lo que conduce luego a su detención *in situ*. En ambos casos, la inexistencia objetiva de una situación generadora de la «oportunidad-para-la-acción» lleva a que la realización de la acción esté *destinada* a fallar pues, según ya se sostuviera<sup>412</sup>, en el delito de hurto el resultado de ruptura de la custodia ajena y la constitución de una nueva custodia sobre la cosa no se conecta causalmente con la acción en cuestión, sino que se corresponde con un delito de resultado constitutivamente condicionado, en que la conexión entre acción y resultado es de carácter intrínseco (necesario). Desde este punto de vista, lo importante es advertir que la inexistencia de una «oportunidad-para-la-acción» no obsta a la ejecución completa de la acción típica según la representación del autor, oportunidad que, de haber existido objetivamente, efectivamente hubiese condicionado constitutivamente como resultado un quiebre total de la custodia ajena y constitución de una nueva custodia sobre el objeto<sup>413</sup>.

En segundo término, es necesario analizar si esa representación de la realidad a partir de la cual el autor desarrolla su conducta, puede ser valorada al momento de su actuación como correctamente configurada desde un punto de vista externo (aspecto cognoscitivo fáctico del dolo). Lo anterior se explica por cuanto la tentativa inidónea sólo es punible cuando, de haber correspondido la realidad a la representación del autor, el delito se hubiera consumado<sup>414</sup>. En caso contrario, no se trata de una verdadera tentativa, sino más bien de una “tentativa irreal o supersticiosa”, esto es, de actuaciones en las que el sujeto organiza su conducta de un modo irracional, a partir de una equivocada percepción (conocimiento) de la realidad sobre la que actúa, lo que afecta la existencia misma del dolo (en cuanto requisito indispensable para la existencia de toda tentativa)<sup>415</sup>. De este modo, en la medida que se diferencia la categoría de la “tentativa inidónea” (si es que se quiere seguir empleando la expresión) de la (mal) llamada “tentativa irreal o supersticiosa”, la variante de hurto frustrado tipificada por el

---

<sup>412</sup> Véase, *supra*, 2.6.

<sup>413</sup> En este sentido, véase: OLAVE ALBERTINI, Alejandra. “El delito de hurto como tipo de resultado”, p. 200.

<sup>414</sup> REYES ALVARADO, Yesid. *El delito de tentativa*, p. 137

<sup>415</sup> En ese sentido, sostiene que las representaciones supersticiosas del autor respecto a la existencia de un riesgo no constituyen en realidad un problema específico de la tentativa, sino del dolo en cuanto presupuesto general de imputación subjetiva, común a las estructuras de la consumación, la tentativa acabada y la tentativa inacabada. De consiguiente, la impunidad de la tentativa irreal o supersticiosa no se derivaría de la pretendida ausencia de voluntad delictiva, sino de errores en la configuración del elemento cognoscitivo (fáctico) de la realidad sobre la que se actúa, es decir, en lo que Jakobs denomina el “objeto del dolo”. Al respecto, véase: REYES ALVARADO, Yesid. *El delito de tentativa*, p. 203.



legislador en el artículo 494 bis del Código Penal no sólo es conceptualmente posible, sino que, además, amerita la atribución de responsabilidad jurídico-penal.

### 2.7.2. La tentativa en el delito de hurto

Mirado desde la óptica de los partidarios de la teoría del *iter criminis*, el problema de determinar cuándo comienza la realización de la acción típica se reduce a precisar en qué momento el autor abandona el campo de los actos preparatorios y da inicio a los ejecutivos<sup>416</sup>. Si bien esta delimitación general puede resultar teóricamente clara y sencilla, la determinación práctica de cuándo se ha dado comienzo a la realización de los actos ejecutivos constituye uno de los puntos de mayor discusión en la dogmática de la tentativa<sup>417</sup>. De ahí que numerosos penalistas incluso hayan expresado sus dudas acerca de la posibilidad práctica de distinguir entre actos preparatorios y actos de ejecución<sup>418</sup>.

Sobre el supuesto que el derecho penal regula las más variadas relaciones sociales, es cierto que no puede fijarse un parámetro único que funcionando con la precisión de una fórmula matemática permita distinguir sin mayor esfuerzo entre las actuaciones penalmente irrelevantes y las que deben ser punidas a título de tentativa. Sin embargo, ello no quiere decir que no sea posible la confección de un parámetro general que, siendo lo suficientemente dúctil como para acomodarse a las vicisitudes de la vida social, permita establecer con relativa exactitud los límites entre los actos preparatorios y la tentativa<sup>419</sup>.

Conforme al artículo 7º inciso tercero del Código Penal, hay tentativa de crimen o simple delito cuando se da principio a su ejecución por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento. El problema de la tentativa se centra en buena parte en las expresiones empleadas por el artículo 7º y que se han prestado a diversas interpretaciones: a) la exigencia de que se “de principio a la ejecución”; y b) que ello se haga con “hechos directos”<sup>420</sup>. La existencia de tentativa jurídico-penalmente relevante depende entonces de que pueda reconocerse el carácter ejecutivo del comportamiento que pretende realizar la resolución delictiva<sup>421</sup>. Como expresa Mañalich, “[d]esde la concepción del tipo de tentativa como un tipo dependiente, esto se explica en el sentido de que, no obstante las reglas de

---

<sup>416</sup> REYES ALVARADO, Yesid. *El delito de tentativa*, p. 277.

<sup>417</sup> VON HIPPEL, Robert. *Deutsches Strafrecht*. Scientia Verlag, Aalen, 2. Band, 1971. Citado en: REYES ALVARADO, Yesid. *El delito de tentativa*, p. 283.

<sup>418</sup> Por todos, véase: NOVOA MONREAL, Eduardo. “Algunas consideraciones acerca de la tentativa”. *Revista de Ciencias Penales*, Tomo XX, Nº1 (1960), p. 7. Con todo, cabe señalar que si bien el reconocimiento del carácter ejecutivo del comportamiento puede resultar muy difícil en el caso concreto, el «principio de ejecución» sí constituye una referencia capaz de servir de «límite estructural» entre actos preparatorios y tentativa inacabada. KAUFMANN, Artmin. *La parte dogmática del Proyecto Alternativo*. En: Estudios de derecho penal, año 2013, 1ª Edición, Editorial BdF, pp. 205 y ss. .

<sup>419</sup> KRATZSCH, Dietrich. *Die Bemühungen um Präzisierung der Ansatzformel (S 22 StGB) – ein absolut untauglicher Versuch?*. En: REYES ALVARADO, YESID. *El delito de tentativa*. p. 276.

<sup>420</sup> GARRIDO MOTT, Mario. *Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación*, p. 117.

<sup>421</sup> SOLA RECHE, Esteban. *La llamada “tentativa inidónea” del delito.*, p. 144.

la tentativa posibilitan la imputación a pesar que el tipo no haya sido ejecutado completamente, sí se requiere que el tipo haya sido ejecutado parcialmente, esto es, que pueda afirmarse un “principio de ejecución”<sup>422</sup>. De ahí que se hayan formulado diversas teorías para la delimitación entre actos preparatorios y actos ejecutivos, esto es, para la concreción del concepto de principio de ejecución<sup>423</sup>. Al respecto, las teorías subjetivas vinculan la solución, en mayor o menor grado, a la configuración concreta del plan del autor<sup>424</sup>. Las teorías objetivas, en cambio, buscan la delimitación entre los actos preparatorios y la tentativa a partir de datos externos, otorgando al plan del autor una funcional claramente secundaria<sup>425</sup>.

Ahora bien, a nuestro juicio, el reconocimiento de un inicio de la tentativa habría de identificarse con el momento en que el agente, estando resuelto-al-hecho y representándose como existentes las circunstancias constitutivas de la correspondiente oportunidad-para-la-acción, (ya) da inicio a la ejecución de la acción principal que, vía redescrición, resultaría prohibida o requerida por la norma en cuestión<sup>426</sup>. No obstante, antes de analizar sus consecuencias en el ámbito del hurto, conviene destinar algunas líneas para justificar la plausibilidad de esta afirmación bajo la regulación contenida en el Código Penal chileno.

Como se demostró anteriormente, el dolo puede ser entendido como un título de imputación fundamentado a través de la adscripción de una determinada «creencia predictiva»<sup>427</sup>, cuyo aspecto “situacional” ha de estar constituido por –la creencia de encontrarse en– una situación que provea la correspondiente «oportunidad-para-la-acción»<sup>428</sup>, esto es, “[u]na situación en la cual para el agente es posible condicionar el acaecimiento del cambio respectivo, satisfaciendo la descripción que especifica el correspondiente tipo de acción”<sup>429</sup>. Desde este punto de vista, la particularidad de una imputación a título de tentativa radica en que la creencia predicativa del agente resulta ser, *ex post*, desacertada, esto es: falsa<sup>430</sup>. De ahí que, estructuralmente, toda tentativa queda definida por la existencia de una discrepancia entre la creencia predictiva atribuible al autor, por un lado, y la

---

<sup>422</sup> MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. “La tentativa y el desistimiento en el derecho penal. Algunas consideraciones conceptuales”, p. 154.

<sup>423</sup> MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. “La tentativa y el desistimiento en el derecho penal. Algunas consideraciones conceptuales”, pp. 158-159.

<sup>424</sup> MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. “La tentativa y el desistimiento en el derecho penal. Algunas consideraciones conceptuales”, pp. 158-159.

<sup>425</sup> KRATZSCH, Dietrich. *Die Bermühungen um Präzisierung der Ansatzformel (§ 22 StGB) – ein absolut untauglicher Versuch?*, 1983. pp. 421-422. En: REYES ALVARADO, YESID. *El delito de tentativa*, p. 285.

<sup>426</sup> En sentido similar, véase: MAÑALICH, Juan Pablo. “Inicio de la tentativa y oportunidad-para-la-acción”, p. 836

<sup>427</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. “Tentativa, error y dolo. Una reformulación normológica de la distinción entre tentativa y delito putativo”, p. 304.

<sup>428</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. “La tentativa de delito como hecho punible. Una aproximación analítica”, p. 474.

<sup>429</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. “Inicio de la tentativa y oportunidad-para-la-acción”, p. 833.

<sup>430</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. “Tentativa, error y dolo. Una reformulación normológica de la distinción entre tentativa y delito putativo”, p. 298.

descripción que llega a ser verdadera de su comportamiento según la situación del mundo resultante de ese comportamiento, por otro<sup>431</sup>. Esta caracterización, a su vez, permite demostrar cómo la gramática del concepto de tentativa se encuentra internamente conectada con la gramática del concepto de error<sup>432</sup>, pues el dolo de cuya adscripción depende la imputabilidad de un comportamiento a título de tentativa se deja identificar con un error del agente cuya estructura se obtiene ‘invirtiendo’ la estructura de un error excluyente del dolo del respectivo delito<sup>433</sup>, esto es, como un error que fundamenta (posibilita) la imputación a título de tentativa del respectivo delito. En suma, lo importante es advertir que una imputación a título de dolo no se ve alterada por el hecho de que la situación constitutiva de la correspondiente oportunidad-para-la-acción, tenida por existente por el autor, se muestre *ex post* como inexistente<sup>434</sup>.

Lo anterior nos permite volver por un momento al problema planteado al comienzo de esta parte del trabajo, concerniente a la distinción entre la tentativa acabada y la tentativa inacabada enunciada al comienzo de esta parte de la investigación<sup>435</sup>. Pues, en lo específicamente concerniente a la estructura de la tentativa<sup>436</sup>, lo definitorio de una tentativa *acabada* consiste en que se trata de una tentativa constituida por el aprovechamiento *exhaustivo* de la oportunidad para ejecutar la acción que, bajo la creencia predictiva atribuible al agente, este tendría que haber omitido para adecuar su comportamiento a la norma en cuestión, mostrándose *ex post* falsa esa misma creencia. Frente a ello, el espacio que queda para la tentativa inacabada se corresponde con un comportamiento imputable al agente que no logre ser identificado con el aprovechamiento exhaustivo de la oportunidad para ejecutar una acción que, según la creencia predictiva que le fuera atribuible, aquel tendría que haber omitido para adecuar su comportamiento a la norma en cuestión.

Esto último determina que el reconocimiento de una tentativa inacabada solo puede tener lugar si el comportamiento del agente es indicativo de un déficit por “falta de materialización”, en el sentido de que no ha alcanzado a desplegar, bajo su representación, un comportamiento que haga suficientemente probable –en el sentido de que satisface el umbral mínimo de probabilidad que es co-

---

<sup>431</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. “Tentativa y resolución-al-hecho. Una reconstrucción desde la filosofía de la acción”, p. 31

<sup>432</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. “Tentativa y resolución-al-hecho. Una reconstrucción desde la filosofía de la acción”, p. 31

<sup>433</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. “Tentativa, error y dolo. Una reformulación nomológica de la distinción entre tentativa y delito putativo”, pp. 315-316.

<sup>434</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. “Tentativa, error y dolo. Una reformulación nomológica de la distinción entre tentativa y delito putativo”, p. 310. Precisamente, el hallazgo de que toda tentativa queda definida por el hecho de que la situación en la que se encontraba el autor se muestra, *ex post*, como una situación en la cual aquél no contaba con la correspondiente oportunidad-para-la-acción, confiere sentido a aquella observación según la cual toda tentativa es, desde un punto de vista *ex post*, toda tentativa se muestra inidónea MAÑALICH, Juan Pablo. “Tentativa, error y dolo. Una reformulación nomológica de la distinción entre tentativa y delito putativo”, p. 330.

<sup>435</sup> Véase, *supra*, 2.7.1.

<sup>436</sup> En lo que sigue, véase; “Tentativa y resolución-al-hecho. Una reconstrucción desde la filosofía de la acción”, p. 32.

definitorio del concepto de dolo— las circunstancias que realizarían (injustificadamente) el correspondiente tipo-de-delito<sup>437</sup>.

Es recién en este punto en que la exigencia de la así llamada “resolución-al-hecho” antes enunciada se vuelve inteligible, pues si el agente no llegó a ejecutar plena o definitivamente la acción que, bajo su representación, habría tenido que omitir para ajustar su comportamiento a la norma, es necesario contar con un indicador (intrínseco) adicional que permita interpretar su comportamiento como expresivo de una declaración concluyente de una falta de reconocimiento subjetivo de la norma como premisa vinculante<sup>438</sup>, esto es, como una decisión definitiva (y no provisional) a favor de la respectiva tentativa en cuanto alternativa de comportamiento incompatible con el seguimiento de la norma en cuestión<sup>439</sup>.

Ahora bien, en cuanto categoría (privativa) de la tentativa inacabada, la “resolución-al-hecho” se deja entender como una “intención previa” de ejecutar una acción que, bajo la creencia predictiva en cuestión, el agente tendría que omitir para así adecuar su comportamiento a la norma<sup>440</sup>. Que la adscripción de tal resolución-al-hecho dependa de la identificación una intención previa resulta del rol funcional desempeñado por una intención de esa índole, a saber: como el rol funcional de un determinado «compromiso práctico» que el agente asume en cuanto a ejecutar una acción de cierta clase, sea en el futuro inmediato, próximo o remoto<sup>441</sup>.

En ese sentido, la noción de intención previa se caracteriza por la relativa estabilidad que acompaña al compromiso práctico por quien, de ese modo, se decide —o “resuelve”— hacer o no hacer algo. Pues, a diferencia de un deseo —que puede desaparecer o reaparecer sin más—, una intención no puede ser abandonada o alterada sin que el agente reabra un proceso de deliberación que precisamente ha de haberse visto (previamente) cerrado a través de su adopción<sup>442</sup>. De este modo, la especificidad de una

---

<sup>437</sup> En sentido similar, véase: “Tentativa y resolución-al-hecho. Una reconstrucción desde la filosofía de la acción”, p. 39.

<sup>438</sup> “Tentativa y resolución-al-hecho. Una reconstrucción desde la filosofía de la acción”, p. 52. Esto es: como una razón eficaz para la omisión de la acción en cuestión. MAÑALICH, Juan Pablo. “La tentativa de delito como hecho punible. Una aproximación analítica”, p. 469.

<sup>439</sup> “Tentativa y resolución-al-hecho. Una reconstrucción desde la filosofía de la acción”, p. 48. Al respecto, resulta interesante constatar que, en la doctrina tradicional sobre el tema, este criterio de compensación suele ser tematizado como la necesidad de que no decaiga el propósito delictivo, en el sentido de que “[l]a tentativa requiere que propósito del sujeto de llegar a la consumación del tipo se mantenga sin desmayo”. Al respecto, véase: NOVOA MONREAL, Eduardo. *Algunas consideraciones acerca de la tentativa*. *Revista de Ciencias Penales*, XX, N° 1 (3ª época), 1961, p. 13.

<sup>440</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. *Inicio de la tentativa y oportunidad...* p. 822

<sup>441</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. “Algunas consideraciones acerca de la tentativa”, p. 40

<sup>442</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. “Tentativa y resolución-al-hecho. Una reconstrucción desde la filosofía de la acción”, p. 44. Esto es tematizado por Dold a través del recurso al así llamado “principio enlazador”, el cual especificaría las condiciones bajo las cuales es “racional”, para un agente que se ha formado una intención, realizar esta intención cuando, bajo la representación del propio agente, “llega la hora para ello”. O formulado al revés: el principio enlazador especifica las condiciones bajo las cuales el agente se comporta “irracionalmente” si abandona una intención que ya se ha formado. Al respecto, véase: DOLD, Dennis. *Eine Revision der Lehre vom Rücktritt vom Versuch*. Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, pp.

intención previa consiste en que, por esta vía, el agente adquiere un determinado compromiso, que sustenta la expectativa de que él en efecto llegue a realizar esa misma intención, ejecutando la acción respectiva cuando bajo su representación de las circunstancias se configure la correspondiente «oportunidad-para-la-acción»<sup>443</sup>.

Esta último tiene importancia para explicar la relación en que se encuentran las categorías de resolución-al-hecho e inicio de la tentativa. La clave para ello está en dar cuenta de cómo la constatación de un inicio de la tentativa queda sometida a lo que Schuhr tematiza como un «principio de simultaneidad». Conforme al referido principio, “[u]na resolución al hecho existe recién en el momento en el cual es puesta en marcha”<sup>444</sup>. Esto significa que una intención “previa” de ejecutar una acción de cierta clase, sólo se ve *actualizada* como “resolución-al-hecho” desde el momento en que el agente llega, en efecto, a ejecutar una acción de la clase proyectada. Con otras palabras, de acuerdo al principio de simultaneidad, sólo se encuentra “resuelto-al-hecho” quien llega efectivamente a realizar esa misma intención (previa) ejecutando la acción respectiva cuando, bajo su representación de las circunstancias, se configure la correspondiente “oportunidad-para-la-acción”. La implicancia fundamental de esta última proposición consiste en que, de ese modo, la intención previa solo queda actualizada como resolución-al-hecho en el instante en el que se satisface el criterio de reconocimiento de un inicio de la tentativa y que, como se explicará a continuación, bajo la regulación del Código Penal chileno debe quedar asociado a la fórmula de “da [r] principio a la ejecución del [...] delito por hechos directos”<sup>445</sup>.

Recapitulando: bajo el modelo aquí favorecido, la relación entre la adscripción de la correspondiente resolución-al-hecho y la satisfacción del criterio de inicio de la tentativa bajo la fórmula legislativa que corresponda, convierte la “puesta en marcha” de la intención constitutiva de la resolución-al-hecho en un criterio de demostración *ostensiva* –en oposición a un mero síntoma– de la

---

85 ss. y 111 ss y pp. 78 y 86. Citado en: MAÑALICH, Juan Pablo. “Tentativa y resolución-al-hecho. Una reconstrucción desde la filosofía de la acción”, p. 42.

<sup>443</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. “Inicio de la tentativa y oportunidad-para-la-acción”, p. 822. En este punto, cabe enfatizar que la así llamada “resolución-al-hecho” no admite ser confundida, ya sea en todo o en parte, con el dolo referido a la realización del respectivo tipo-de-delito. En efecto, semejante intención necesita ser estrictamente diferenciada del dolo en cuanto presupuesto general de imputación subjetiva, común a las estructuras de la consumación, la tentativa acabada y la tentativa inacabada, por un lado, y la *infraestructura* de la “resolución-al-hecho” en cuanto categoría privativa de ésta última. En estos términos, la necesidad de adscribir una intención previa al agente para que pueda constituirse una tentativa inacabada, no implica en lo absoluto que semejante tentativa haya de quedar vinculada con una exigencia de “dolo directo de primer grado”. Al contrario, es perfectamente posible por ejemplo que el agente asuma que la efectiva *realización* de su resolución pueda depender de la verificación de una o más condiciones que se encuentran más allá de su capacidad de control, lo cual no es sino una implicación fundamental de la compatibilidad de la forma de punibilidad de la tentativa inacabada con la forma básica de dolo, que se corresponde con el dolo eventual. Al respecto, véase: “Tentativa y resolución-al-hecho. Una reconstrucción desde la filosofía de la acción”, pp. 32 y ss.

<sup>444</sup> SCHUR, Jan. “Der ‚Entschluss‘, spätestens überüberüberübermorgen zu töten (usw.)”. *HRRS*, N°10, pp. 402. Citado en: “Tentativa y resolución-al-hecho. Una reconstrucción desde la filosofía de la acción”, p. 46.

<sup>445</sup> En este sentido, véase: “Tentativa y resolución-al-hecho. Una reconstrucción desde la filosofía de la acción”, p. 47.

correspondiente intención<sup>446</sup>. Esto es: permite *hacer explícito* el compromiso práctico susceptible de ser atribuido al agente, en la forma de una “resolución-al-hecho”, para decidirse en favor de una alternativa de comportamiento cuya realización resulta incompatible con el seguimiento de la norma que, bajo su representación de las circunstancias, vería satisfecha sus condiciones de aplicación.

El enfoque recién reseñado nos deja a su vez en condiciones de abordar un tercer aspecto susceptible de clarificación, concerniente a la determinación del criterio de cuya satisfacción depende la constatación de un inicio de la tentativa en cuestión y que, según ya se anticipara, bajo el artículo 7° del Código penal chileno debe quedar vinculado a la fórmula de que el autor “d[é] principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos”.

Ahora bien, en términos generales o abstractos, como criterio para el inicio de la tentativa de un delito cualquiera, solo puede venir en consideración una fórmula que resulte compatible cualquiera sea la estructura del tipo de delito de cuya posible tentativa se trata. Bajo tales presupuestos de aplicación, resulta especialmente satisfactoria una reciente defensa que se ha intentado en la doctrina nacional de la teoría del acto intermedio como fórmula para la determinación del comienzo de la ejecución, y más específicamente en su variante de la fórmula de la “inmediatez-de-acción”.

En su formulación original, la teoría de la acción intermedia sostiene que el potencial autor da inicio a la tentativa del delito respectivo si su comportamiento, según su representación de las circunstancias, “ha llegado ya tan lejos que la acción siguiente configuraría ya la realización (parcial) del tipo”<sup>447</sup>. Así perfilado, empero, este criterio no puede tomarse al pie de la letra. Pues, según ya se anticipara<sup>448</sup>, para que cualquier discusión sobre la determinación del inicio de la tentativa goce de plausibilidad inicial, es necesario abandonar la tematización de una “realización parcial” del tipo<sup>449</sup>. Antes bien, el punto de referencia para la determinación del principio de ejecución debe ser el inicio de la acción típica,<sup>450</sup> que es aquella que en definitiva puede encontrarse *parcial* o *totalmente* ejecutada según la representación del autor<sup>451</sup>.

---

<sup>446</sup> “Tentativa y resolución-al-hecho. Una reconstrucción desde la filosofía de la acción”, p. 49.

<sup>447</sup> BERZ, Ulrich. “Grundlagen des Versuchsbeginns”. *Juristische Ausbildung*, 1984: p. 514. Citado en: MAÑALICH, Juan Pablo. “Inicio de la tentativa y oportunidad-para-la-acción”, p. 828.

<sup>448</sup> Véase, *supra*, 2.7.1.

<sup>449</sup> Adicionalmente, según Mañalich, para que el criterio de la acción intermedia goce de plausibilidad inicial como criterio general (i.e., respecto de un delito cualquiera) necesita ser corregido en otros dos aspectos: por un lado, es necesario complementar la referencia a la potencial realización del tipo, en el sentido de que ha de tratarse de la potencial realización *antijurídica* del tipo en cuestión; por otro lado, el nivel de generalidad que ha de exhibir el criterio exige que su formulación resulta inmediatamente pertinente con independencia del carácter *comisivo* u *omisivo* del delito de cuya tentativa se trata. Al respecto, véase: MAÑALICH, Juan Pablo. “Inicio de la tentativa y oportunidad-para-la-acción”, p. 828.

<sup>450</sup> REYES ALVARADO, Yesid. *El delito de tentativa*, p. 282.

<sup>451</sup> En efecto, como sugiere Mañalich, “[i]dentificar el concepto de tentativa con el concepto de una ‘realización parcial’ del tipo en cuestión resulta ya analíticamente equívoco, en cuanto indicativo de un error categorial, en la medida en que la comprobación de la realización del tipo tiene el carácter lógico de una operación binaria, que como tal no resiste

Aclarado lo anterior, en segundo lugar cabe observar que, en los términos del criterio recién enunciado, el lugar (hipotético) de una «acción intermedia» encuentra un paralelismo directo con lo que en teoría de las normas suele ser tematizado como una «acción auxiliar» –o «necesitada de complemento»– en relación a la «acción principal» que el agente tendría que omitir (o ejecutar) para dar seguimiento a la norma de prohibición (o requerimiento) en cuestión<sup>452</sup>. Según Mañalich, como acción principal sólo cuenta una acción que satisface por sí misma la descripción que especifica el tipo de acción sometido a prohibición. El estatus de acción principal de una acción ejecutada descansa, entonces, en un criterio de autosuficiencia semántica, esto es: en el hecho de que ella satisface por sí misma la descripción que especifica el tipo de acción sometido al operador de prohibición. De este modo, la caracterización de una acción como principal o auxiliar es siempre relativa a una determinada descripción, a saber: a la descripción que especifica un determinado tipo-de-acción<sup>453</sup>.

Ahora, lo importante de este último punto es que contribuye a dilucidar la «función negativa» que en tal medida cabría reconocer, bajo esta fórmula original, a la tematización de la acción preparatoria en cuanto “acción intermedia”<sup>454</sup>. En línea de principio, esto significa que no es posible reconocer un inicio de la tentativa de un delito cualquiera en la medida que, bajo su representación de las circunstancias, el agente todavía necesite ejecutar alguna acción –en tal medida: preparatoria– para quedar en posición de ejecutar (u omitir) la respectiva acción principal<sup>455</sup>. Según Mañalich, que la teoría de la acción intermedia opere, literalmente, en la forma de un *test* negativo, vuelve inteligible

---

cuantificación alguna. Lo que puede verse ‘realizado parcialmente’, en cambio, es el proceso que sirve de sustrato a la eventual realización del tipo”. MAÑALICH, Juan Pablo. “La tentativa de delito como hecho punible. Una aproximación analítica”, p. 476. En ese sentido, el autor sostiene que “[l]a posibilidad de descomponer analíticamente un tipo cualquiera en múltiples ‘elementos’, [...] no autoriza a suponer que la satisfacción de uno o más de esos elementos, mas no de todos, daría lugar a una ‘realización parcial’ del tipo en cuestión. Pues esta jerga desconoce que la realización de todo tipo-de-delito, en cuanto relación de satisfacción semántica, queda sometida a un principio de indivisibilidad”, esto es, a una descripción unitaria que especifica una forma de comportamiento que por esa vía adquiere relevancia jurídico-penal. Al respecto, véase: MAÑALICH, Juan Pablo. “Inicio de la tentativa y oportunidad-para-la-acción”, pp. 824-825.

<sup>452</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. “Inicio de la tentativa y oportunidad-para-la-acción”, pp. 829.

<sup>453</sup> Así, por ejemplo, como una acción principal sólo vendrá en consideración una acción que signifique un “matar”, un “sustraer”, etc. Ahora, el carácter intensional –esto es, relativo-a-la-descripción– del estatus de una acción principal determina que, tratándose de normas que prohíben la producción de un determinado resultado, la caracterización de una acción como auxiliar –o «necesitada de complemento»– no concierne a su (menor o mayor) distancia *temporal*, sino a su distancia *lógica* de la ejecución de una acción productiva del resultado, esto es, a aquella instancia de comportamiento que pueda ocupar –vía redescrípción– el lugar de la ejecución de una acción *principal*. Por vía de ejemplo: bajo la prohibición del homicidio, una acción consistente en fabricar el arma de fuego a través de cuyo uso alguien produce la muerte de otra persona no cuenta como una acción principal cuya omisión esté exigida –en sus propios términos– por la misma norma. Pues bajo tal descripción, semejante acción sólo puede contar como una acción auxiliar –y más precisamente: preparatoria–, quedando en tal medida necesitada de complemento. Lo mismo tendría que decirse de una acción consistente en proveer a otro de un arma a través de cuyo uso éste pudiera producir la muerte de otra persona: su conexión con la producción de la muerte de la víctima es relativa a la descripción que la sitúa en una relación de dependencia semántica para con la acción principal de otro. Al respecto, véase: MAÑALICH, Juan Pablo. *Norma, causalidad y acción. Una teoría de las normas para la dogmática de los delitos de resultados puros*, pp. 71 y ss.

<sup>454</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. “Inicio de la tentativa y oportunidad-para-la-acción”, p. 829.

<sup>455</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. “Inicio de la tentativa y oportunidad-para-la-acción”, p. 836.

la razón por la cual dicho criterio suele ser –correctamente– presentado en la forma de una exigencia (positiva) de inmediatez. Pues si el inicio de la tentativa depende de que, bajo su representación de las circunstancias, para el agente *no* sea necesario ejecutar u omitir alguna acción auxiliar para quedar en posición de ejecutar u omitir la acción principal que él sin embargo tendría que omitir o ejecutar para dar seguimiento a la norma, en principio esto habría de significar que, bajo esa misma representación, el agente *ya* se encuentra en posición de ejecutar u omitir la acción cuya ejecución u omisión exhibe relevancia delictiva<sup>456</sup>.

Lo anterior ofrece un punto de partida para intentar una reformulación del criterio de la acción intermedia, y más precisamente en la forma de un criterio (positivo) de la “inmediatez-de-acción”, a partir del modelo de la “oportunidad para la acción” antes delineado. Según lo ya explicado, tratándose de una norma que prohíbe acciones de cierta clase, el agente ha de encontrarse en posición de ejecutar una acción que, de ser acertada su representación de las circunstancias, habría de ejemplificar, vía redescipción, el tipo-de-acción sometido a prohibición<sup>457</sup>. Con ello, quedamos en condiciones de reformular el criterio de la acción intermedia ya introducido, en la forma de un criterio de la inmediatez-de-acción.

Según ya fuera sugerido, la diferencia fundamental es que, bajo la formulación original, el criterio de la acción intermedia opera, literalmente, en la forma de un *test* negativo, esto es: no hay inicio de la tentativa en la medida en que el agente todavía necesite, de acuerdo con su representación, ejecutar pasos intermedios que en lo dejen en posición de ejecutar la respectiva acción principal. Siguiendo a Mañalich, una ventaja asociada a la reformulación del criterio de la acción intermedia como un criterio de la inmediatez-de-acción radica en el carácter positivo del *test* por esta vía obtenido: hay inicio de la tentativa de un delito cualquiera si el agente, de acuerdo a su representación de las circunstancias, cuenta ya con la oportunidad para ejecutar (u omitir) la respectiva acción principal que habría de omitir (o ejecutar) para así dar seguimiento a la norma prohibitiva (o de requerimiento) en cuestión<sup>458</sup>.

---

<sup>456</sup> En ese sentido, véase: MAÑALICH, Juan Pablo. MAÑALICH, Juan Pablo. “Inicio de la tentativa y oportunidad-para-la-acción”, pp. 829-830.

<sup>457</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. MAÑALICH, Juan Pablo. “Inicio de la tentativa y oportunidad-para-la-acción”, p. 833.

<sup>458</sup> Según el autor, una segunda ventaja asociada a la fórmula de la inmediatez-de-acción consiste en que, por esta vía, hace posible abandonar la hipótesis favorecida por el modelo del *iter criminis*, de que toda tentativa se vería precedida por la ejecución de una o más acciones preparatorias. En efecto, es posible, desde luego, que un hecho punible sea objeto de una actividad preparatoria, pero es claro que –en los términos del modelo aquí favorecido– aquello no constituye una variable que pueda ser generalizable al mismo nivel de generalidad que exhibe la categoría misma de la tentativa. Al respecto, véase: MAÑALICH, Juan Pablo. Inicio de la tentativa y oportunidad... p. 836. MAÑALICH, Juan Pablo. “Tentativa y resolución-al-hecho. Una reconstrucción desde la filosofía de la acción”, p. 34.



En este punto conviene advertir, empero, que la viabilidad de semejante propuesta de determinación del inicio de la tentativa bajo la regulación chilena dependerá de que ésta pueda ser operativizada de *lege lata*. Y esto se explica porque todavía es posible reconocer dos versiones alternativas del criterio de la inmediatez-de-acción, según cuales sean las fórmulas legislativas susceptibles de ser reconstruidas como modulaciones alternativas del criterio genérico así perfilado.

Como se dijo anteriormente, de acuerdo al artículo 7° del Código Penal chileno el momento de inicio de la tentativa puede ser abstractamente identificado con el momento en que el autor “da principio a la ejecución del [...] delito por hechos directos”. Si nos centramos en la expresión “hechos directos”, el legislador ha optado por limitar el comportamiento imputable a título de tentativa (inacabada), al incluir como elemento definidor de la tentativa sólo a aquellos actos que, conforme a la representación del autor, aparezcan clara e inequívocamente<sup>459</sup> dirigidos al condicionamiento (causal o constitutivo) del acaecimiento del resultado correspondiente<sup>460</sup>. Esto último tiene importancia para determinar el instante en que puede reconocerse iniciada la tentativa de un delito cualquiera de acuerdo con la variante del criterio de la acción intermedia aquí defendido. Pues, bajo semejantes condiciones de aplicación, el reconocimiento de un inicio de la tentativa habría de acercarse a una formulación más bien estricta del criterio de la acción intermedia ya enunciado<sup>461</sup>. Para ilustrar en qué consiste semejante versión estricta del criterio en cuestión, considérese el caso siguiente<sup>462</sup>:

El sicario S se ha instalado en la azotea de un edificio de mediana altura, desde donde logra apuntar su rifle de largo alcance hacia el lugar donde tendría que aparecer P, la persona que se le ha encomendado matar. Transcurridos unos pocos minutos, y mientras S mantiene el rifle apuntado hacia el lugar, aparece P; S no alcanza a tirar del gatillo antes de que P súbitamente desaparezca del sitio.

Según ya se anticipara, es posible contrastar dos versiones del criterio de la inmediatez-de-acción, a saber: una laxa y una estricta, y que en la terminología favorecida por Vogel respectivamente se corresponden con el instante “más temprano” y “más tardío” en que podría verse iniciada la tentativa de un delito cualquiera. Bajo el § 22 del StGB, en que el criterio de la inmediatez-de-acción queda asociado a la fórmula del “disponerse inmediateamente a la realización del tipo”, el inicio de una

---

<sup>459</sup> GARRIDO MOTT, Mario. *Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación*, p. 119.

<sup>460</sup> Según si el resultado consista en un evento perteneciente al nivel de la realidad natural o de la realidad institucional, respectivamente. Al respecto, véase: MAÑALICH, Juan Pablo. “Inicio de la tentativa y oportunidad-para-la-acción”, p. 832.

<sup>461</sup> En este sentido, véase: MAÑALICH, Juan Pablo. “Inicio de la tentativa y oportunidad-para-la-acción”, p. 831.

<sup>462</sup> El caso es propuesto por Mañalich para ejemplificar la ventaja asociada a la fórmula de la inmediatez-de-acción en relación a la superación de la hipótesis de que el reconocimiento de un inicio de la tentativa necesariamente dependería de una “transición conductual” atribuible al destinatario de la norma. Al respecto, véase: MAÑALICH, Juan Pablo. “Inicio de la tentativa y oportunidad-para-la-acción”, p. 836.

tentativa de homicidio habría de ser identificado con el instante (“más temprano”) en que el agente, según su representación de las circunstancias, ha concluido la ejecución de la o las acciones preparatorias eventualmente necesarias para la configuración de la respectiva oportunidad-para-la-acción<sup>463</sup>.

De ahí que, en un caso como el recién considerado, la regla plasmada en el Código Penal alemán permita reconocer que S ya ha dado inicio a la tentativa cuando, bajo su representación de las circunstancias, aparece la persona en relación con la cual ya se ha formado, previamente, la intención de disparar su rifle, intención que se ve actualizada como resolución-al-hecho en ese mismo instante. Puesto que S ya se encuentra apuntando el rifle hacia el lugar en el que debería aparecer P, la situación en que S se representa como dada en ese instante es una que, configurándose objetivamente, ya proveería a aquel de la oportunidad para efectuar el disparo que se encuentra resuelto a ejecutar y que, sin embargo, tendría que omitir para así dar seguimiento a la prohibición del homicidio<sup>464</sup>.

Por el contrario, bajo el inciso 3º del artículo 7º del CPch, en que el criterio de la inmediatez-de-acción queda asociado a la fórmula del “principio de ejecución [...] del delito por hechos directos”, el inicio de la tentativa de homicidio habría de ser identificado con el instante (“más tardío”) en que el agente, según su representación de las circunstancias, ya da inicio a la ejecución de la acción que él tendría que omitir bajo la respectiva norma de prohibición<sup>465</sup>. De ahí que, en referencia al mismo caso, no sea posible reconocer que S ha dado inicio a la tentativa de homicidio en cuestión. Pues, a pesar de que S (ya) se encuentra apuntando el rifle hacia el lugar en que habría de aparecer la persona en relación a la cual ya se ha formado, previamente, la intención de disparar su rifle, la situación que S se representa como dada en ese instante consistente en que aparezca la persona que identifica como P, no es todavía un comportamiento que, con arreglo al principio de simultaneidad antes referido, pueda ser interpretado como una “puesta en marcha” bajo la regla del Código Penal chileno de la intención constitutiva de la resolución-al-hecho a través de la correspondiente fórmula de “da[r] principio a la ejecución del [...] delito por hechos directos” en cuanto criterio de determinación *ostensiva* de la correspondiente intención.

---

<sup>463</sup> VOGUEL, Theo. “§ 22”. En: *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, coord. por. JESCHECK, Hans-Heinrich, RUSS, Wolfgang y WILLS, Günther, Berlin, 10ª ed., 1985, pp. 230 y ss. Citado en: MAÑALICH, Juan Pablo. “Inicio de la tentativa y oportunidad-para-la-acción”. p. 835.

<sup>464</sup> En efecto, bajo semejante fórmula legislativa, “[e]llo no se ve alterado por el hecho de que, como en efecto ocurre, P desaparezca del lugar antes de que S llegue a tirar del gatillo, en la medida en que, al advertir la aparición del primero, S haya asumido que contaba con la chance de efectuar el disparo”. MAÑALICH, Juan Pablo. “Inicio de la tentativa y oportunidad-para-la-acción”, p. 837.

<sup>465</sup> Véase: VOGUEL, Theo. “§ 22”, pp. 231 y ss. Citado en: MAÑALICH, Juan Pablo. Inicio de la tentativa y oportunidad...p. 835.

Esto quiere decir que, bajo una regulación más exigente como la chilena, para poder afirmar que S ha dado inicio a la tentativa de homicidio de P, además uno tendría que estar en condiciones de constatar que S ya ha empezado a tirar –al menos infinitesimalmente– del gatillo del rifle que se encuentra apuntando hacia el lugar en que, según su representación de las circunstancias, se encuentra la persona que identifica como P<sup>466</sup>. Puesto que sólo en ese instante la intención en cuestión se habrá actualizado como resolución-al-hecho con cargo al respectivo criterio de cuya satisfacción depende la constatación del inicio de una tentativa de homicidio, en virtud de la cual pueda atribuírsele al agente un compromiso práctico que resulte incompatible con el seguimiento de la norma en cuestión.<sup>467</sup>

Ahora, llegado a este punto corresponde hacer una aclaración, que puede verse como una especificación de las condiciones de cuya satisfacción depende que un comportamiento tenga el carácter de “acción ejecutiva”. La descripción de una conducta que constituye tentativa es siempre una descripción complementaria, en el sentido de que ella no tiene valor aisladamente y cobra vida solamente en relación con un tipo concreto de la parte especial<sup>468</sup>. Esta relación de dependencia semántica significa que no hay una “tentativa en sí”, sino sólo, por ejemplo, “tentativa de homicidio, de hurto o de estafa”<sup>469</sup>. La constatación de que la estructura de la tentativa no exhibe la propiedad de ser típicamente adecuada (autónoma), sino solo la de encontrarse referida al tipo en cuestión<sup>470</sup>, conduce a la comprensión de las reglas de la tentativa como reglas a las cuales les corresponden tipos-de-delito, esto es, supuestos de hecho, subordinados a los tipos expresados en la parte especial<sup>471</sup>.

Una consecuencia fundamental que se sigue de esta aproximación consiste en que, en último término, el inicio de la tentativa es siempre relativo al delito de cuya tentativa se trata. Con otras palabras, desde el punto de vista de las figuras descritas en la Parte Especial, la constatación de un principio de

---

<sup>466</sup> Ahora, como sugiere Mañalich, el hecho de que “[l]a persona que S identifica como P en efecto sea P, carece de toda relevancia para la imputación, en razón de la irrelevancia de un posible *error in personae vel objecto* para la constitución del dolo de homicidio”. MAÑALICH, Juan Pablo. Inicio de la tentativa y oportunidad...p. 837, Nota N° 94.

<sup>467</sup> En cuanto soporte performativo de esa falta de reconocimiento de la norma en cuestión. MAÑALICH, Juan Pablo. “Tentativa y resolución-al-hecho. Una reconstrucción desde la filosofía de la acción”, pp. 48 y ss. y pp 55 y ss.

<sup>468</sup> La forma como la tentativa amplía las descripciones típicas es captando un desarrollo de los hechos típicos anterior a su total realización; de este modo su referencia genérica tiene el efecto de hacer típica una etapa del desarrollo del hecho descrito en el tipo que sin esa referencia habría quedado como no tipificada. NOVOA MONREAL, Eduardo. “Algunas consideraciones acerca de la tentativa”, p. 5. En ese sentido, la relación entre un tipo de delito de la parte especial y su tentativa es de interdependencia, y que tiene su razón de ser en que, al no concurrir la totalidad de los requisitos exigidos por el tipo con relación a la conducta, el comportamiento susceptible de ser calificado como tentativa de delito, respecto de delito consumado, es atípico. Aquello justifica que se tipifique expresamente la tentativa. VERA SANCHEZ, Juan. *La consumación en el delito de hurto*, p. 117.

<sup>469</sup> SOLA RECHE, Esteban. *La llamada ‘tentativa inidónea’ del delito*, p. 130

<sup>470</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. “Inicio de la tentativa y oportunidad-para-la-acción”, p. 827. Precisamente, así se deja entender la naturaleza “derivativa” de la criminalidad del concepto de tentativa, en el sentido de que la significación criminal de una tentativa de delito sólo es derivable de aquella que es propia del correspondiente delito consumado. MAÑALICH, Juan Pablo. “La tentativa de delito como hecho punible. Una aproximación analítica”, p. 479.

<sup>471</sup> El tipo de la tentativa es, entonces, al menos desde una perspectiva formal, un tipo dependiente. MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. “La tentativa y el desistimiento en el derecho penal. Algunas consideraciones conceptuales”, p. 138.

ejecución por hechos directos necesariamente debe ser analizada desde la óptica del verbo de acción que conforma la descripción que especifica el tipo-de-acción cuya realización integral persigue el autor a través de su conducta<sup>472</sup>.

Siendo entonces un factor determinante para el reconocimiento de un inicio de la tentativa la cercanía *lógica* de la acción ejecutada por el agente y el verbo rector o acción principal de la figura delictiva en cuestión<sup>473</sup>, cabe preguntarse cuándo el autor da inicio por hechos directos a la acción central de las figuras de apropiación descritas en el artículo 432 del Código Penal. Según lo expuesto anteriormente, una interpretación sistemática de las disposiciones relativas al hurto permite concluir que la apropiación, en principio, debe verificarse a través de una sustracción de la cosa objeto material del delito. Con otras palabras, conforme al Código Penal chileno, en el hurto y el robo la cosa debe ser apropiada, en general, mediante sustracción<sup>474</sup>. En estos términos, el delito de hurto se deja entender como un tipo de acción modalmente especificado<sup>475</sup>, pues la configuración de la respectiva oportunidad para la acción de apropiación depende de que el agente se encuentre en posición de condicionar, constitutivamente, el acaecimiento del resultado típico a través del correspondiente “modo de operación”, consistente en el proceso de ruptura de custodia ajena sobre la cosa en cuestión, esto es: mediante una “sustracción” de esa cosa<sup>476</sup>.

En consecuencia, de acuerdo con el criterio de la inmediatez-de-acción aquí perfilado, la tentativa de un delito de hurto se encuentra iniciada en el instante en que el autor, estando resuelto-al-hecho y representándose como existente una situación que proveyería a aquel la correspondiente oportunidad-para-la-acción, da inicio a la ejecución de la acción de sustracción con ánimo de apropiación mediante la cual habría de condicionar constitutivamente el resultado de la ruptura de custodia y la constitución de una nueva custodia sobre la cosa. Esto quiere decir que, bajo la regulación del inciso 3º del artículo

---

<sup>472</sup> REYES ALVARADO, Yesid. *El delito de tentativa*, p. 97.

<sup>473</sup> YAÑEZ ARRIAGADA, Rodrigo. “Una revisión crítica de los habituales conceptos sobre el iter criminis en los delitos de robo y hurto”, p. 110.

<sup>474</sup> OLVIER, Guillermo. *Delitos contra la propiedad*, p. 69. Que lo anterior valga solo en principio se debe a que, como observa Mañalich, “[l]a regulación del delito de robo en el Código Penal chileno contempla algunas hipótesis que, *prima facie* al menos, parecen no corresponderse con la noción de acción de apropiación del artículo 432, reconstruida como apropiación mediante sustracción (esto es, como ruptura de esfera de custodia y constitución de una nueva custodia sobre la cosa: sustracción con ánimo de apropiación)”. Al respecto, véase: MAÑALICH, Juan Pablo. “El ‘hurto-robo’ frente a la autotutela y la legítima defensa de la posesión”, p. 66.

<sup>475</sup> Esta clasificación es introducida por Mañalich para demostrar la operatividad del concepto de oportunidad-para-la-acción en referencia a un tipo de delito cualquiera, y no solo respecto de un tipo de acción puramente resultativa (v. gr., homicidio). Al respecto, véase: MAÑALICH, Juan Pablo. “Inicio de la tentativa y oportunidad-para-la-acción”, p. 835.

<sup>476</sup> Como fuera sugerido al estudiar la estructura de delito de resultado cortado del hurto (véase, *supra* 1.6.), el hecho de que una misma acción pueda ser descrita no sólo como “sustracción”, sino también como “apropiación”, se explica por la función que desempeña el ánimo de apropiación como constituyente subjetivo específico del injusto del hurto, para lo cual es imprescindible, sin embargo, reconocer una proyección subjetiva de la pretensión de privar al propietario del poder de disposición sobre la cosa sustraída de un modo o más o menos duradero. MAÑALICH, Juan Pablo. “Justicia, propiedad y prevención”, nota 36, p. 180.

7° del Código Penal chileno, para poder reconocer un inicio de la tentativa de hurto, al menos el agente tendría que haber empezado a ejecutar clara e inequívocamente aquellos actos que, vía redescipción, habrían de ejemplificar el proceso de ruptura, quiebre o vulneración de la custodia de ajena de la cosa<sup>477</sup>, puesto que es en ese instante en que la respectiva intención previa se ve actualizada como resolución-al-hecho como un principio de ejecución por hechos directos en los términos del inc. 3° del artículo 7 del Código Penal.

Ahora bien, según ya se dijo, “[e]l concepto de custodia es uno eminentemente práctico, que varía según las circunstancias”<sup>478</sup>. De ahí que el proceso de ruptura de custodia “[s]e podrá dar de distintas maneras dependiendo de la forma en que se encuentre objetivamente configurada la custodia sobre el objeto”<sup>479</sup> y las circunstancias fácticas que el autor conocía o al menos se representó como dadas al momento de ejecutar la conducta. De consiguiente, para determinar el momento de inicio de una tentativa de hurto, deberá estarse a la representación del autor al momento de ejecutar la sustracción de la especie, especialmente en todo lo referente a las modalidades de custodia, la capacidad de inspección y las facultades de control que la víctima haya sido capaz de ejercer en relación con la especie objeto del delito<sup>480</sup>.

Al respecto, cobra relevancia la utilización de ciertos indicios prácticos sobre la cosa, que permitan establecer desde un punto de vista externo aquellos actos de terceros que el dueño está dispuesto a tolerar en relación con el (legítimo) ejercicio de su derecho de propiedad, por un lado, y aquellos actos que él mismo no está dispuesto a aceptar bajo ninguna circunstancia, por considerar que atentan contra la legitimidad del contenido de su derecho<sup>481</sup>. Así, por ejemplo, no siempre bastará para reconocer un indicio de sustracción la circunstancia de que el agente haya tomado o cambiado de lugar el objeto en cuestión, si es que estamos racionalmente en condiciones de establecer al mismo tiempo que la víctima ha mantenido abierta dicha posibilidad por parte de terceros en relación con la cosa de su propiedad<sup>482</sup>, lo cual ciertamente puede aumentar el margen de las conductas atípicas a su respecto<sup>483</sup>. Piénsese, a modo de adelanto de la discusión que se verá al final de este trabajo<sup>484</sup>, en los

---

<sup>477</sup> En tal sentido, véase: OLIVER CALDERON, Guillermo. *Delitos contra la propiedad*, p. 122.

<sup>478</sup> OLAVE, Alejandra. *El delito...* p. 203.

<sup>479</sup> En sentido similar, véase: OLAVE ALBERTINI, Alejandra. “El delito de hurto como tipo de resultado”, p. 187.

<sup>480</sup> DAMIANOVICH DE CERREDO, Laura. *Delitos contra la propiedad.*, p. 62. A título ilustrativo, esta percepción de la realidad incluye la existencia del objeto que se pretende sustraer, su localización al momento de experimentar esa modificación, los hitos posesorios o resguardos que pudo reconocer o suponer y la forma específica en que se los pretendió eludir o superar desde el momento inicial del proceso ejecutivo hasta su completa ruptura y constitución de una nueva custodia sobre la cosa.

<sup>481</sup> En sentido similar, véase: YAÑEZ ARRIAGADA, Rodrigo. “Una revisión crítica de los habituales conceptos sobre el iter criminis en los delitos de robo y hurto”, p. 109.

<sup>482</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General*, pp. 886-887.

<sup>483</sup> SANCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo. “Consideraciones sobre los delitos de hurto y robo cometidos en establecimientos de autoservicio”, p. 246.

<sup>484</sup> Véase, *infra*, 4.3.2.

casos de negocios configurados como autoservicio, en los que los administradores permiten a los clientes ingresar bolsas o mochilas, sacar los productos de las vitrinas e introducirlos en dichos recipientes para trasladarlos hasta las cajas de pago en cuestión<sup>485</sup>. Como se ve, la delimitación entre los actos preparatorios y la tentativa de hurto es algo que debe ser apreciado según las circunstancias situacionales del caso<sup>486</sup>.

En síntesis, bajo la postura aquí defendida, podemos señalar que, para precisar si estamos frente a una tentativa de hurto, lo relevante será determinar si el agente, estando resuelto-al-hecho y representándose como existente una situación en la cual ya es (lógicamente) posible condicionar el cambio relevante en cuestión, da inicio a la ejecución de la (acción de) sustracción con ánimo de apropiación de la cosa ajena que, empero, tendría que haber omitido para así dar seguimiento a la prohibición del hurto en cuestión. Al igual que en el ejemplo de una tentativa de homicidio, para satisfacer la fórmula del “principio de ejecución” del inciso 3° del artículo 7° del Código Penal tratándose de una tentativa de hurto, no resultará suficiente con que el agente (ya) se encuentre, según su representación de las circunstancias, en posición de condicionar (constitutivamente) el acaecimiento del resultado (intrínseco) de la completa ruptura de la custodia sobre la cosa y la generación de una custodia nueva sobre la misma (esto es: el instante en que él se representa como existentes las circunstancias constitutivas de la correspondiente oportunidad-para-la-acción), sino que, además, sería necesario constatar que el agente (ya) ha empezado –al menos infinitesimalmente– a modificar la custodia ajena sobre la cosa mediante la superación de los mecanismos de resguardo dispuestos por el dueño (o quien legítimamente detente el objeto) para la protección de la especie y, por esta vía, a constituir un nuevo enclave de custodia sobre el objeto en cuestión. Lo anterior, pues es en ese instante (“más tardío”) que, bajo la regla del Código Penal chileno, la respectiva intención previa se actualiza –con arreglo al principio de simultaneidad ya introducido– como la correspondiente resolución-al-hecho mediante el comportamiento del potencial autor, en cuanto expresivo de una declaración (concluyente) de una falta de reconocimiento de la norma como premisa vinculante<sup>487</sup>, al decidirse en favor de una alternativa de comportamiento cuya realización bajo su representación de las circunstancias resulta incompatible con el seguimiento de la norma en cuestión<sup>488</sup>.

---

<sup>485</sup> En ese sentido, véase: OLAVE ALBERTINI, Alejandra. “El delito de hurto como tipo de resultado”, p. 187.

<sup>486</sup> En sentido similar, véase: SANCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo. “Consideraciones sobre los delitos de hurto y robo cometidos en establecimientos de autoservicio”, p. 246.

<sup>487</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. “Tentativa y resolución-al-hecho. Una reconstrucción desde la filosofía de la acción”, p. 52.

<sup>488</sup> “Tentativa y resolución-al-hecho. Una reconstrucción desde la filosofía de la acción”, pp. 43-44.

Por último, en cuanto a su diferenciación de la frustración, lo distintivo de la (simple) tentativa de hurto ha de encontrarse en la falta de realización completa de la acción (típica) por razones independientes a la voluntad del autor. En estos términos, el espacio que queda entonces para la tentativa inacabada de hurto se corresponde con una realización incompleta, parcial, de la acción de sustracción, por causas ajenas e independientes a su voluntad, en que si bien el agente (ya) ha comenzado bajo su representación a debilitar la custodia ajena del titular del objeto en cuestión, el comportamiento atribuible al agente no logra ser identificado, bajo esa misma representación de las circunstancias, con un aprovechamiento exhaustivo de la correspondiente oportunidad-para-la-acción que, configurándose objetivamente, habría tenido que condicionar constitutivamente el acaecimiento del resultado (intrínseco) de la completa ruptura de la custodia anterior y constitución de una nueva custodia sobre la cosa.

### **CAPÍTULO III.**

#### **LA CONSUMACIÓN EN EL DELITO DE HURTO**

##### **3.1. Generalidades**

La determinación del instante preciso en que se produce la consumación de un delito no puede resolverse a nivel general<sup>489</sup>, sino acudiendo a la descripción legal de cada figura delictiva en particular<sup>490</sup>. Con ello, “el concepto de consumación constituye una categoría concerniente al tipo-de-acción de cuya ejemplificación [...] se trata, en cuanto concepto que expresa la satisfacción de la descripción que especifica ese mismo tipo de acción”<sup>491</sup>. Ahora bien, la comprensión del momento de consumación como marca de satisfacción de la descripción que especifica el correspondiente tipo de acción, y no de la completitud de la ejecución (o la omisión) de una acción particular que lo ejemplifica, conduce al entendimiento de la consumación como un concepto formal, que surgiría a la vida jurídica en el momento en que la conducta del autor satisface íntegramente los requisitos típicos de una determinada disposición penal<sup>492</sup>, esto es, cuando el autor realiza con su actividad todas las exigencias objetivas y subjetivas<sup>493</sup> del tipo penal<sup>494</sup>, y que puede coincidir o no con un ataque material al bien jurídico tutelado, aunque no es necesario<sup>495</sup>.

---

<sup>489</sup> GARRIDO MONTT, Mario. *Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación*, p. 211.

<sup>490</sup> ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*. Santiago, 3ª ed., Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 67.

<sup>491</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. “La tentativa de delito como hecho punible. Una aproximación analítica”, p. 475.

<sup>492</sup> REYES ALVARADO, Yesid. *El delito de tentativa*. p. 271.

<sup>493</sup> GARRIDO MONTT, Mario. *Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación*, p. 210.

<sup>494</sup> POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMIREZ GUZMÁN, Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte General*. Santiago: 2ª ed., Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 370.

<sup>495</sup> En efecto, bajo una concepción formal del concepto de consumación, “la consumación de un determinado tipo, esto es, la realización completa del supuesto de hecho de una norma punitiva, no prejuzga en modo alguno cuál sea la relación entre esa realización completa y el grado de afectación del objeto de protección de la norma. En otros términos, no existe una

Como anticipamos, la determinación del momento en que el hurto se consuma es lo que ha preocupado mayormente a quienes se han dedicado a estudiar el tema. Al respecto, se han propuesto una serie de teorías, algunas de orden descriptivo y otras de orden normativo. A continuación, analizaremos en primer lugar las teorías tradicionales sobre el momento de consumación en el hurto, cuyos nombres generalmente se expresan en latín, y luego abordaremos las teorías de corte moderno o contemporáneo acerca de la consumación en el hurto, donde encontramos la mayoría de las teorías actuales.

### 3.2. Teorías tradicionales sobre la consumación en el hurto

Históricamente, el modo de examinar el momento de consumación del delito de hurto es figurando una sucesión de los varios instantes susceptibles de apreciarse a lo largo de la ejecución de la acción típica<sup>496</sup>, de manera que cada una de ellas incluye la anterior o anteriores<sup>497</sup>. No obstante, podríamos señalar que todas estas formas graduales de acción tienen en común el hecho de que atienden exclusivamente a la relación espacial entre la cosa y el sujeto activo. Así, siguiendo una terminología heredada del derecho común, se distingue entre la *contractatio*, la *amotio*, la *aprehensio*, la *ablatio*, la *illatio* y la *locupletatio* de la cosa<sup>498</sup>.

#### 3.2.1. Teoría de la *contractatio*

Conforme a esta, la consumación del hurto se produce cuando tiene lugar el tocamiento de la cosa<sup>499</sup>. Esta teoría se origina en el Derecho romano, para delimitar el hurto, recordando que en Roma no se contaba con la noción de tentativa<sup>500</sup>, razón por la cual era necesario anticipar el momento de la consumación<sup>501</sup>.

Esta postura constituye una tutela harta exagerada del derecho de propiedad, y una protección desmesurada, pero absoluta, a la tenencia ajena<sup>502</sup>. Lo cierto es que la simple acción de poner la mano sobre el objeto parece sumamente mecánico y, en no pocos supuestos, apenas ofrecería dato efectivo alguno sobre si el hecho era, v. gr., un hurto, o una acción atípica<sup>503</sup>. Basta imaginar el caso de quien

---

vinculación necesaria entre consumación y lesión de un bien jurídico: en ese sentido, por ejemplo, los delitos de peligro también se consuman con la completa realización del tipo MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. “La tentativa y el desistimiento en el derecho penal. Algunas consideraciones conceptuales”, pp. 139 y ss.

<sup>496</sup> OLIVER CALDERON, Guillermo. *Delitos contra la propiedad*, p. 127.

<sup>497</sup> SANCHEZ-OSTIZ, Pablo. *Consideraciones sobre los delitos de hurto y robo cometidos en establecimientos comerciales*, p. 244.

<sup>498</sup> BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio. “Delitos contra intereses instrumentales”, pp. 299-300.

<sup>499</sup> VERA SANCHEZ, Juan. *La consumación en el delito de hurto*, p. 189. OLIVER CALDERON, Guillermo. *Delitos contra la propiedad*, pp. 127-128.

<sup>500</sup> DONNA, Alberto. *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II-B*, p. 23.

<sup>501</sup> OLIVER CALDERON, Guillermo. *Delitos contra la propiedad*, pp. 127-128.

<sup>502</sup> VALENCIA, Jorge. “La acción material constitutiva del delito de hurto en el nuevo Código Penal”, p. 58.

<sup>503</sup> QUERALT JIMÉNEZ, Joan. *Derecho Penal español. Parte Especial*, p. 260.



sólo ha llegado a poner la mano sobre la cartera ajena, sin llegar a siquiera abrirla, o moverla de lugar, para darse cuenta que esta teoría es inadmisibile<sup>504</sup>, convirtiéndola actualmente en una postura dogmática inaceptable<sup>505</sup>.

### **3.2.2. Teoría de la *aprehensio***

Esta teoría identifica el momento consumativo del hurto cuando el sujeto activo aprehende la cosa con sus manos<sup>506</sup>. Si bien esta teoría denota una exigencia de mayor actividad para el ladrón que va más allá del mero contacto con la cosa<sup>507</sup>, la gran crítica que enfrenta es que esta postura hace inconcebible la tentativa<sup>508</sup> y también debe ser rechazada, por implicar un inaceptable adelantamiento de la barrera de protección penal del bien jurídico<sup>509</sup>. En efecto, no parece aceptable, en la mayoría de los casos desde el principio de proporcionalidad, fijar el momento de la consumación del hurto en la simple captación material del objeto del delito, por cuanto esto podría significar comprender actos simplemente preparatorios<sup>510</sup>, extendiéndose de manera irrazonable la idea de hurto consumado en el Código Penal.

### **3.2.3. Teoría de la *amotio***

De acuerdo con ésta, no basta con tocar la cosa y aprehenderla, sino que además es necesario trasladarla o moverla de un lugar a otro<sup>511</sup>, sin que sea necesario sacarla del lugar físico en que se encuentra<sup>512</sup>. Ahora, no toda remoción, en sí misma, implica una conducta constitutiva de hurto. De ahí que, desde la óptica de esta teoría, la cuestión redunde en cómo diferenciar entre las remociones punibles de las que no lo son<sup>513</sup>.

Al respecto, se distingue entre la remoción definitiva y la remoción preparatoria. La primera sería aquella que el ladrón realiza con el fin de sustraer la cosa, en tanto que la segunda sería aquella que el autor realiza sólo para abrirse camino para alcanzar la cosa que verdaderamente quiere llevarse. De acuerdo con esto, sólo la remoción definitiva consume el hurto; en cambio, la remoción preparatoria, tal como su nombre lo indica deberá ser considerada una etapa anterior a la ejecución del delito de

---

<sup>504</sup> DONNA, Alberto. *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II-B*, p. 23.

<sup>505</sup> VERA SANCHEZ, Juan. *La consumación en el delito de hurto*, p. 190.

<sup>506</sup> OLIVER CALDERON, Guillermo. *Delitos contra la propiedad*, p. 128.

<sup>507</sup> VERA SANCHEZ, Juan. *La consumación en el delito de hurto*, p. 192.

<sup>508</sup> BULLEMORE, Vivian; MACKINNON, John. *Curso de Derecho penal. Parte Especial, Tomo IV*, p. 77.

<sup>509</sup> VALENCIA, Jorge. “La acción material constitutiva del delito de hurto en el nuevo Código Penal”, p. 161.

<sup>510</sup> BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Barcelona, 2ª ed., Editorial Ariel, 1986, p. 196.

<sup>511</sup> CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal. Parte Especial. Tomo IV*, p. 14.

<sup>512</sup> OLIVER CALDERON, Guillermo. *Delitos contra la propiedad*, pp. 127-128.

<sup>513</sup> VERA SANCHEZ, Juan. *La consumación en el delito de hurto*, p. 192.

hurto y, consecuentemente, será punible sólo cuando esté sancionada expresamente como acto preparatorio (situación que no acontece en nuestro país)<sup>514</sup>.

A pesar de que la *amotio* es una doctrina mucho más elaborada que las teorías anteriores, provoca algunos inconvenientes, pues parece que sigue adelantando en demasía el momento de la consumación y no soluciona satisfactoriamente todos los casos que pueden darse<sup>515</sup>. En efecto, que el hurto esté invariablemente consumado por la simple remoción de la cosa que se pretende sustraer, sin tener en cuenta la extensión ni el lugar en que queda el objeto removido, ni la tutela del tenedor, llegándose a sancionar como consumados en lugar de en grado de tentativa casos típicos, como el del ladrón que es sorprendido con el objeto que quiso robar junto al mueble del cual lo extrajo<sup>516</sup>. En suma, la remoción en sí misma no parecer ser indicativa –prima facie– del grado de afectación del bien jurídico protegido que el tipo exigiría para la consumación, principalmente porque la tipificación del núcleo de la conducta del hurto como *apropiarse* parece evocar una mayor exigencia en el plano delictivo, más allá de la mera remoción<sup>517</sup>.

#### 3.2.4. Teoría de la *ablatio*

Conforme a esta teoría, además de tocar, aprehender y mover la cosa, se requiere sacarla del lugar físico en el que se encuentra<sup>518</sup>. Es decir, denota una mayor actividad del sujeto activo<sup>519</sup>, debiendo ser trasladada *fuera* del lugar original en que se encontraba<sup>520</sup>, no pudiendo en consecuencia considerarse el hurto como consumado hasta que no se haya retirado la cosa de la oficina, piso, habitación, dependencias, etc., donde se guardaba<sup>521</sup>.

A pesar de ser la doctrina de corte histórico que ha tenido mayor relevancia en Chile<sup>522</sup>, la *ablatio* en “sentido material o físico” tampoco soluciona en forma satisfactoria todos los casos que pueden darse. A veces, peca por exceso. Así, por ejemplo, se sostiene que “parece razonable apreciar consumación cuando un sujeto que está siendo atendido por un empleado en un servicio público, en un momento de descuido del funcionario, toma un objeto perteneciente a éste que se encuentra encima del escritorio y lo guarda entre sus ropas, a pesar de que aún no lo saca de la oficina, ni del piso, ni del

---

<sup>514</sup> CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal. Parte Especial. Tomo IV*, p. 15.

<sup>515</sup> ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III*. Santiago, 3ª ed., Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 297.

<sup>516</sup> TOZZINI, Carlos. *Los delitos de hurto y robo (en la legislación, la doctrina y la jurisprudencia)*. Buenos Aires, Depalma, 1995, p. 100.

<sup>517</sup> VERA SANCHEZ, Juan. *La consumación en el delito de hurto*, p. 192.

<sup>518</sup> OLIVER CALDERON, Guillermo. *Delitos contra la propiedad*, pp. 127-128.

<sup>519</sup> VERA SANCHEZ, Juan. *La consumación en el delito de hurto*, p. 196.

<sup>520</sup> FRIAS CABALLERO, Jorge. *El proceso ejecutivo del delito: notas de dogmática jurídica en torno del art. 42 del Código Penal*. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1956, p. 310.

<sup>521</sup> CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal. Parte Especial. Tomo IV*, p. 310.

<sup>522</sup> En ese sentido, véase: VERA SANCHEZ, Juan. *La consumación en el delito de hurto*, p. 196.

edificio, ni de sus dependencias adyacentes”<sup>523</sup>. En otras, por defecto. Así, “un sujeto puede consumir una cosa ajena, por ejemplo, comiéndosela, con lo cual indudablemente se la estará apropiando, a pesar de que no la haya sacado del lugar en que se encuentra”<sup>524</sup>.

### 3.2.5. Teoría de la *illatio*

De acuerdo con ésta, la consumación se alcanza cuando la cosa es trasladada por el sujeto activo al lugar al que se proponía originalmente llevarla<sup>525</sup>, exigencia que se traduce en que el objeto extraído del lugar sea puesto cuando menos a salvo, es decir, en lugar seguro<sup>526</sup>, haciéndose verdaderamente inalcanzable para la víctima<sup>527</sup>. De ahí que, para la *illatio*, constituya un aspecto importante el lugar mismo donde se traslada la cosa, o sea, el lugar *ad quem*<sup>528</sup>, independientemente de si ello representa o no una ventaja patrimonial para el sujeto activo<sup>529</sup>.

Esta teoría constituye una mayor exigencia para el autor que las teorías antes mencionadas –es decir, tocar, remover y sacar la cosa fuera del lugar en que se encontraba–, lo cual retrasa el momento consumativo del hurto. En efecto, esta teoría no peca por defecto, sino por exceso, pues el poner la cosa a buen recaudo dice relación más bien con la etapa de agotamiento del delito dentro de las etapas ejecutivas del *iter criminis*<sup>530</sup>. De ahí que la idea de fijar el momento de consumación en el instante en que el sujeto activo logra llevar la cosa hasta el lugar en que se proponía esconderla, ocultarla o albergarla debe ser rechazada, pues dejaría en la impunidad innumerables hechos lesivos de la propiedad y, por ende, un retraso inaceptable de la barrera de la protección penal<sup>531</sup>. Así, por ejemplo, se sostenido que “no podría apreciarse consumación si el sujeto entrega la cosa a un tercero para que la guarde por algunos días, antes de llevarla a su destino final”<sup>532</sup>.

### 3.2.6. Teoría de la *locupletatio*

Por último, de acuerdo con ésta la consumación del hurto se produce cuando el sujeto activo logra el efectivo aprovechamiento de la cosa<sup>533</sup>, esto es, cuando el autor de la conducta alcanza la incautación

---

<sup>523</sup> OLIVER CALDERON, Guillermo. *Delitos contra la propiedad*, p. 130

<sup>524</sup> NÚÑEZ, Ricardo C. *Delitos contra la propiedad, Principios generales hurto, robo, extorsión*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1951, p. 102.

<sup>525</sup> OLIVER CALDERON, Guillermo. *Delitos contra la propiedad*, pp. 127-128.

<sup>526</sup> RODRIGUEZ DEVESA, José María. “El hurto propio”. En: *Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 3ª Serie de Monografías de Derecho Español*, Madrid, Ministerio de Justicia y C.S.I.C., 1946, p. 208.

<sup>527</sup> BULLEMORE, Vivian; MACKINNON, John. *Curso de Derecho penal. Parte Especial, Tomo IV*, p. 77.

<sup>528</sup> VERA SANCHEZ, Juan. *La consumación en el delito de hurto*, p. 196.

<sup>529</sup> VERA SANCHEZ, Juan. *La consumación en el delito de hurto*, p. 210.

<sup>530</sup> MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario, *El delito de hurto*. Bogotá, Editorial Leyer, 1997, p. 31.

<sup>531</sup> DONNA, Alberto. *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II-B*, p. 26.

<sup>532</sup> VALENCIA, Jorge. “La acción material constitutiva del delito de hurto en el nuevo Código Penal”, p. 162.

<sup>533</sup> OLIVER CALDERON, Guillermo. *Delitos contra la propiedad*, pp. 127-128.

de un provecho cierto enriqueciéndose de alguna manera con el despojo (usarla, consumirla, donarla, venderla, o simplemente quedársela)<sup>534</sup>.

Esta teoría, al igual que la anterior, peca por exceso, pero en mayor grado<sup>535</sup>, porque juzga consumado el delito cuando el hechor obtuvo el provecho perseguido<sup>536</sup>. En efecto, para el delito de hurto es indiferente el destino final que se le dé a la cosa<sup>537</sup>, por lo cual no se justifica determinar el momento consumativo otorgándole un significado prevalente al fin último que el autor se propuso al hurtar la cosa<sup>538</sup>, algo que ciertamente el mismo tipo no exige<sup>539</sup>. De ahí que esta teoría tampoco goce de aceptación, pues, al igual que la teoría anterior, confunde la consumación del delito con su agotamiento, a lo cual se suele agregar que “por algo el legislador exige ánimo de lucrarse y no que, efectivamente, se obtenga el lucro o provecho buscado”<sup>540</sup>.

### 3.3. Teorías actuales sobre la consumación en el hurto

Sin perjuicio de las críticas formuladas a cada una de las teorías anteriores, todas adolecen de un defecto en común: su empeño en utilizar únicamente consideraciones descriptivas que toman en cuenta sólo la relación espacial entre la cosa y su detentador<sup>541</sup>. Lo problemático de fijar un criterio estático, relacionado con un punto específico en el espacio para el momento de la consumación, es que falla en comprender que la custodia sobre una cosa es una relación fáctica, variable, que es reconocida y dotada de sentido tanto por reglas sociales como de orden jurídico<sup>542</sup>. En efecto, como ya se dijo anteriormente, el concepto de custodia es uno eminentemente práctico, que varía según las circunstancias<sup>543</sup> y las particularidades de la especie objeto del delito. Por esta razón, no es correcto hacer de los criterios espaciales los únicos criterios de reconocimiento de la ruptura de custodia y constitución de una nueva custodia<sup>544</sup>, pues dependerá de distintas variables para determinar si basta o no con aprehender el objeto o cambiarlo de lugar para la consumación del delito<sup>545</sup>.

Frente a la imposibilidad de las teorías tradicionales para solucionar satisfactoriamente el problema de la determinación del momento consumativo del hurto, surgieron otros criterios

---

<sup>534</sup> VALENCIA, Jorge. “La acción material constitutiva del delito de hurto en el nuevo Código Penal”, p. 169.

<sup>535</sup> VERA SANCHEZ, Juan. *La consumación en el delito de hurto*, p. 212

<sup>536</sup> LABATUT GLENA, Gustavo. *Derecho Penal. Tomo II*. Santiago, 7ª ed., Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 197.

<sup>537</sup> VERA SANCHEZ, Juan. *La consumación en el delito de hurto*, p. 212.

<sup>538</sup> FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Derecho Penal. Parte Especial*. Buenos Aires, 17ª ed., AbeledoPerrot, 2008, p. 441. En: VERA SANCHEZ, Juan. p. 212.

<sup>539</sup> MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario, *El delito de hurto*, p. 33.

<sup>540</sup> OLIVER CALDERON, Guillermo. *Delitos contra la propiedad*, p. 130.

<sup>541</sup> OLIVER CALDERON, Guillermo. *Delitos contra la propiedad*, p. 127.

<sup>542</sup> OLAVE ALBERTINI, Alejandra. “El delito de hurto como tipo de resultado”, p. 185.

<sup>543</sup> OLAVE ALBERTINI, Alejandra. “El delito de hurto como tipo de resultado”, p. 203.

<sup>544</sup> BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio. “Delitos contra intereses instrumentales”, p. 300.

<sup>545</sup> OLAVE ALBERTINI, Alejandra. “El delito de hurto como tipo de resultado”, p. 185.

complementarios<sup>546</sup>, lo suficientemente dúctiles como para acomodarse a todas las hipótesis que puedan darse según la situación concreta de que se trate. Para ello, sobre el supuesto de que el derecho penal regula las más variadas relaciones sociales, se abandona todo criterio que ligue al hurto con aspectos inflexibles o rígidos, para abordar en cambio el problema de la determinación del *iter criminis* del hurto desde un punto de vista normativo, a fin de evitar los yerros a que habían conducido en la práctica las teorías puramente descriptivas.

### 3.3.1. Teoría de la extracción de la esfera de custodia.

Conforme a ésta, no basta para la perfección de la acción que el hurtador remueva la cosa del lugar donde se encuentra o se desplace físicamente en ella, si en uno u otro caso no logra extraerla fuera de la esfera de protección o custodia del tenedor<sup>547</sup>. Como se ve, lo relevante y decisivo no es tanto el manejo material de la cosa por el autor, cuanto extraerla del ámbito de control de titular<sup>548</sup> o de su tenencia simbólica<sup>549</sup>. En otras palabras, lo relevante no es el “lugar” donde queda la cosa, sino la sustracción de la especie al control de su propietario<sup>550</sup>. Para algunos, esta teoría constituye el mismo criterio sentado por la teoría de la *ablatio*, al que se le agrega un elemento normativo: la esfera de custodia o resguardo, fuera de la cual debe sacarse la cosa<sup>551</sup>.

El concepto de esfera de custodia o resguardo, dada su abstracción y elasticidad, permite gran ductilidad en su aplicación a las distintas situaciones que pueden darse. Así, unas veces coincidirá con un espacio físico determinado; en otras, no estará delimitado en forma precisa, como el espacio que rodea a quien deja momentáneamente en el suelo un bolso, mientras fuma un cigarrillo<sup>552</sup>. Cualquiera sea el caso, lo determinante para la consumación del hurto será que el autor logre colocar el bien fuera del ámbito de control y custodia del dueño<sup>553</sup>, y ello no se produce con la toma de los bienes o su traslación fuera del lugar donde la tenía su dueño, sino con la frustración de la pretensión del propietario de mantener bajo su control fáctico la cosa<sup>554</sup>. De ahí que, con cargo a este criterio, no parece lúcido sostener que “el agente ha consumado la acción ejecutiva cuando no logra eludir las barreras de protección montadas alrededor de la cosa o superar la esfera de poder de quien ejerza

---

<sup>546</sup> OLIVER CALDERON, Guillermo. *Delitos contra la propiedad*, p. 127.

<sup>547</sup> VALENCIA, Jorge. “La acción material constitutiva del delito de hurto en el nuevo Código Penal”, p. 162.

<sup>548</sup> SANCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo. “Consideraciones sobre los delitos de hurto y robo cometidos en establecimientos de autoservicio”, p. 247

<sup>549</sup> NÚÑEZ, Ricardo C. *Delitos contra la propiedad. (Principios generales hurto, robo, extorsión)*, p. 182.

<sup>550</sup> En sentido similar, véase: SANCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo. “Consideraciones sobre los delitos de hurto y robo cometidos en establecimientos de autoservicio”, pp. 246 y ss.

<sup>551</sup> Por todos, véase: OLIVER. *Delitos contra la propiedad*, p. 131.

<sup>552</sup> OLIVER. *Delitos contra la propiedad*, p. 131.

<sup>553</sup> VALENCIA, Jorge. “La acción material constitutiva del delito de hurto en el nuevo Código Penal”, p. 167.

<sup>554</sup> En sentido similar, véase: SANCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo. “Consideraciones sobre los delitos de hurto y robo cometidos en establecimientos de autoservicio”, p. 246.

autonomía sobre la misma”<sup>555</sup>. Al respecto, la mayoría de la jurisprudencia nacional parece inclinarse por entender que el delito de hurto se encuentra consumado cuando la cosa ajena es sustraída por un tercero sacándola de la esfera de custodia de su legítimo poseedor, independiente de que pueda disponerse de ella o no<sup>556</sup>. De consiguiente, la acción de apropiarse, típica de los delitos de hurto y robo, “se completa en el momento en que el sujeto activo saca de la esfera ideal de resguardo y custodia en que la conserva el legítimo tenedor”<sup>557</sup>.

Ahora, esto presenta consecuencias para los casos de persecución inmediata del autor de la sustracción. Pues si el resultado del delito se produce cuando la cosa u objeto material abandona la esfera de custodia del afectado, la circunstancia de que el sujeto activo haya sido perseguido y luego alcanzado por la víctima o por terceros que intervinieron en su auxilio, recuperando así la especie sustraída, no altera el hecho de que el delito se encuentre irrevocablemente consumado. En efecto, una cosa puede haber salido de la esfera de custodia o vigilancia de su propietario, pero permanecer dentro de su esfera de disponibilidad (potencial), como sucede por ejemplo con las cosas extraviadas dentro del propio hogar<sup>558</sup>. De consiguiente, la apropiación ha sido cometida cuando el autor extrae la cosa del ámbito de control de su propietario, que es (o puede ser) un momento previo a la posibilidad de aprovecharse totalmente de la cosa sustraída.

En efecto, conforme a esta teoría, sostener que el delito de hurto se consuma en el instante en que el autor adquiere la disponibilidad potencial inherente a la incorporación de la especie a su patrimonio, es confundir el momento de la consumación con el del agotamiento de este tipo de delitos, esto es, el momento posterior en que el autor logra efectivamente el objetivo perseguido con su conducta delictual<sup>559</sup>. En este sentido, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 31 de julio de 2018, en un caso de robo por sorpresa de un celular que el autor arrebató a la víctima de sus manos y luego dándose a la fuga, siendo detenido a pocos metros del lugar por un testigo del hecho que salió en su persecución, señala que “en la especie, desde que el sujeto activo quitó de sus manos el teléfono celular y huyó, obviamente la cosa fue extraída, salió de la esfera de resguardo de la víctima, sin

---

<sup>555</sup> VALENCIA, Jorge. “La acción material constitutiva del delito de hurto en el nuevo Código Penal”, p. 167.

<sup>556</sup> A modo de ejemplo, véase: Corte de Apelaciones de Chillán, Rol N°4032019-2018, 27 de diciembre de 2019, c. 6. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°3778-2018, 31 de julio de 2018, c. 4. Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°205-2018, 21 de febrero de 2018, c. 7. Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N°1062-2010, 27 de septiembre de 2010, c. 6. Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°803-2014, 3 de julio de 2014, c. 6.

<sup>557</sup> Corte Suprema, Rol N°199-2001, 20 de junio de 2001, c. 4. En: *Revista Gaceta Jurídica*, N°252 (2001).

<sup>558</sup> Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°1827-2017, 30 de octubre de 2017, c. 4.

<sup>559</sup> Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°462-2019, 29 de marzo de 2019, c. 6. En sentido similar, el Tribunal Oral de la Penal de Viña del Mar en sentencia de fecha 21 de febrero de 2019, estimó que el hecho que la víctima “haya podido recuperar las especies sustraídas, a raíz de la intervención de terceros civiles que persiguieron, capturaron y retuvieron al acusado hasta la espera de Carabineros, no inciden en la verificación del tipo penal, ya que el acusado se había apropiado de las especies, sin que su efectiva disposición incida en su consumación, sino más bien en una etapa posterior al iter criminal, el agotamiento, razón por la cual este Tribunal califica el grado de desarrollo como el de *consumado*”<sup>559</sup>. Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, RIT N°515-2018, 21 de febrero de 2019, c. 7.

perjuicio que, en este caso particular, un tercero haya ido en persecución del agente y lo haya aprendido cerca del lugar de los hechos”<sup>560</sup>. Otro ejemplo de este criterio puede verse en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de fecha 21 de febrero de 2018, donde tratándose de un caso de hurto de una bicicleta que el autor sustrajo desde el patio de la casa de la víctima, siendo detenido por funcionarios policiales varias cuadras más adelante, resolvió que se trataba evidentemente de un delito consumado, “lo que no puede controvertirse por la mera circunstancia que el imputado no alcanzare a evadir la persecución policial o disponer de la cosa sustraída”<sup>561</sup>. Por último, la Corte de Apelaciones de Valparaíso en sentencia de fecha 29 de marzo de 2019, en un caso de hurto de un computador que el autor sustrajo a la víctima desde una mochila mientras viajaba en el transporte público, siendo interceptado por terceros civiles mientras huía con la especie, resolvió que “la circunstancia, acreditada en el juicio, que la especie fue prontamente recuperada, por la intervención de terceros que retuvieron al acusado, no implica que no haya existido apropiación”<sup>562</sup>.

### **3.2.2. Teoría de la ruptura de la custodia y constitución de una nueva custodia**

Conforme a ésta, la consumación del delito de hurto se produce con la ruptura de la custodia y la constitución de una nueva custodia sobre la cosa, realizadas con ánimo de apropiación<sup>563</sup>. En efecto, la noción de acción de apropiación del artículo 432 del Código Penal, reconstruida como apropiación mediante sustracción<sup>564</sup>, suponen un acto de arrogación del contenido de poder correlativo a la posición jurídico formal de propietario<sup>565</sup>, que se materializa a través de una ruptura de la custodia ajena sobre la cosa y la constitución de una nueva sobre la cosa<sup>566</sup>.

Bajo tal interpretación de la conducta de apropiación del hurto y los demás delitos construidos sobre esa modalidad de ataque a la propiedad, hay consumación del delito en el momento en que el autor

---

<sup>560</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°3778-2018, 31 de julio de 2018, c. 4. En sentido similar, el Tribunal Oral en lo Penal de Valparaíso en sentencia de fecha 15 de diciembre de 2017, en un caso de robo por sorpresa de un celular sustraído por el autor desde el bolsillo de la víctima, siendo detenido por funcionarios policiales a unos metros del lugar mientras huía con la especie, señala que “el despojo señalado fue contra la voluntad de la víctima ya que el individuo fue perseguido, denunciado y luego alcanzado por Carabineros, no obstante lo cual el malhechor se apropió de la cosa sustraída ya que alcanzó a correr con ella un buen trecho, cerca de dos cuadras, sustrayéndola de la esfera de resguardo y custodia de su dueña”. Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso, RIT N°515-2017, 15 de diciembre de 2017, c. 7.

<sup>561</sup> Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°205-2018, 21 de febrero de 2018, c. 8. En sentido similar, la Corte de Apelaciones de Coyhaique en sentencia de fecha 16 de diciembre de 2017, en un caso de robo de una cocina a gas que el autor sustrajo desde el inmueble de la víctima, siendo detenido en la vía pública por funcionarios policiales, se señala que “el objeto del delito fue extraído de la esfera de protección de su dueño, la víctima, y consecuentemente condenó al imputado como autor del delito consumado de robo en lugar destinado a la habitación (...) en cuanto el imputado fue detenido en la vía pública con la especie –una cocina a gas– en sus manos”. Corte de Apelaciones de Coyhaique, Rol N°141-2017, 16 de diciembre de 2017, c. 5.

<sup>562</sup> Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°462-2019, 29 de marzo de 2019, c. 6.

<sup>563</sup> OLIVER. *Delitos contra la propiedad*, p. 136.

<sup>564</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. “El ‘hurto-robo’ frente a la autotutela y la legítima defensa de la posesión”, p. 66.

<sup>565</sup> BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio. “Delitos contra intereses instrumentales”, p. 301.

<sup>566</sup> MAÑALICH, 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*, p. 70.

establece una nueva posesión sobre el objeto del delito<sup>567</sup>, esto es, cuando el autor comienza a ejercer una relación fáctica de custodia sobre la cosa, que es expresión de su voluntad de dominación, y que tendría que ser vencida por el anterior detentador de la cosa para obtener su devolución<sup>568</sup>. Así, en el marco de los delitos de apropiación por medios materiales, el concepto de sustracción designa la dimensión objetiva de la acción de apropiación<sup>569</sup>, a través de la cual “el autor aparta la cosa de la custodia de otro y la trae a su propia custodia”<sup>570</sup>, proceso que se dará por culminado cuando el autor venza por completo el control pretendido por el titular y establezca un nuevo control sobre la cosa, apropiándose del objeto<sup>571</sup>. En este sentido, la jurisprudencia ha fallado que “en esta clase de delitos por apropiación material, la consumación se produce cuando termina de romperse la custodia anterior sobre la cosa, constituyéndose una nueva”<sup>572</sup>.

Esta teoría parte de la base de que en la determinación de la existencia de una relación de custodia sobre una cosa no sólo pueden influir consideraciones descriptivas (espaciales), sino también normativas (jurídicas y culturales)<sup>573</sup>. Como se vio anteriormente, en los delitos de hurto y robo la cosa ajena se encuentra bajo la custodia de otro. De ahí que la acción típica requiera de la ruptura de esa custodia ajena. En atención a que la custodia sobre cosas corporales se ejerce de un modo primariamente fáctico, en general este criterio espacial será suficiente para determinar el momento de su ruptura, esto es, de la consumación del delito de hurto. Así, en todos los casos en que la custodia se entienda ejercida sobre un determinado espacio físico, se entiende también que esa custodia perdura mientras la cosa permanece dentro de ese ámbito. Sin embargo, esta tesis no es operativa como definición general de la consumación del delito. Piénsese, por ejemplo, en quien esconde entre sus ropas un producto de un local comercial, sometándolo al estatus de cosa custodiada por el porte, aunque la cosa no haya salido del espacio originalmente custodiado.Cuál de esas esferas concéntricas es la que cuenta como custodia vigente, no puede determinarse desde un punto de vista puramente descriptivo, sino desde un punto de vista normativo.

---

<sup>567</sup> SANCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo. “Consideraciones sobre los delitos de hurto y robo cometidos en establecimientos de autoservicio”, p. 244.

<sup>568</sup> En sentido similar, véase: BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio. “Delitos contra intereses instrumentales”, p. 300.

<sup>569</sup> MAÑALICH, 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*, p. 70.

<sup>570</sup> BELING, Ernst von. *Esquema de Derecho Penal y la Doctrina del Delito Tipo*. Trad. por, Sebastian Soler, Buenos Aires, 11ª ed., Editorial Depalma, 1994, p. 147.

<sup>571</sup> OLAVE ALBERTINI, Alejandra. “El delito de hurto como tipo de resultado”, p. 187.

<sup>572</sup> Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, RIT N°344-2018, 30 de octubre de 2018, c. 12. En sentido similar, aunque valiéndose de la terminología propia de la teoría de la ablatio, la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Concepción de fecha 3 de septiembre de 2019, en un caso de hurto de un celular en la vía pública, señala que “el delito está consumado por cuanto la acción de ambos encartados permitió sacar de la esfera de custodia de la víctima su celular, constituyendo un nuevo límite de resguardo conformado por Clarke Villouta [...]”. Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, RIT N°181-2019, 3 de septiembre de 2019, c. 11.

<sup>573</sup> En este sentido, véase: OLIVER, *Delitos contra la propiedad*, p. 136.



En otras palabras, según los partidarios de esta teoría, en los casos de esferas concéntricas no interesa la dimensión física del sujeto activo con la cosa objeto del delito, sino que lo esencial está en determinar si esa relación (el porte de la cosa en un bolsillo de vestir) cuenta *socialmente* como modo paradigmático de ejercicio de custodia y, por lo tanto, como (completa) ruptura de la esfera de custodia anterior y constitución de una nueva custodia sobre la cosa, esto es, como *sustracción* a la disposición. De ahí que no sea correcto hacer de los criterios espaciales los únicos criterios de reconocimiento de la ruptura de la custodia y constitución de una nueva custodia<sup>574</sup>. La cuestión no es baladí, pues de ello dependerá la eventualidad de que la acción y el resultado estén completos, con la consiguiente consumación del delito, o bien sólo un delito imperfecto (tentado o frustrado, según corresponda).

Por último, la teoría de la ruptura y constitución de nueva custodia conduce a resultados análogos a la teoría anterior en cuanto a la solución de los casos de persecución inmediata del autor de la sustracción. En efecto, si bajo este criterio se entiende que la apropiación ha sido cometida cuando el autor ha finalizado la sustracción, constituyendo una nueva custodia sobre la especie, precisamente en los casos en que el dueño persigue al hechor y logra darle captura, es correcto entender que el delito se encuentra indudablemente consumado. Pues si bien el ejercicio de la custodia regularmente se extiende a todos los medios materiales y humanos situacionalmente dispuestos por el autor para la protección externa de la cosa, ella no puede extenderse a todo el espacio que medie entre la persona y el delincuente cuando éste huye. En efecto, ello importaría, por una parte, extender inapropiadamente la custodia ya delimitada de la víctima sobre la cosa y, por otra, desconocer en lo que se refiere a la construcción de un nuevo estado de parte del hechor con el objeto hurtado<sup>575</sup>. Ello no implica, ciertamente, que el propietario o el tercero que actúa en su favor no cuenten con una correspondiente autorización por legítima defensa frente al ladrón que huye con lo hurtado, en la medida que subsista todavía una agresión actual en los términos exigidos por el tipo (permisivo) de la legítima defensa<sup>576</sup>, agresión que no culmina sin más por la sola obtención de custodia en el hurto<sup>577</sup>.

---

<sup>574</sup> BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio. "Delitos contra intereses instrumentales", pp. 299 y ss.

<sup>575</sup> Así, a modo ejemplar, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de fecha 28 de julio de 2017, en un caso de robo con fuerza de especies en lugar de uso público, señala que "el delito se consuma cuando se han realizado o cumplido todas las etapas o todos los elementos típicos descritos por la norma pertinente, incorporando el agente, con ánimo de señor y dueño, a su propia esfera de cuidado, la especie ajena. Por ello, la pretensión que la apropiación, además, debe estar complementada con la posibilidad de sacar provecho de la cosa robada, es un requisito no incorporado al ordenamiento jurídico positivo, constituyendo una apreciación doctrinaria que dice relación con el agotamiento del delito, que la norma del artículo 432 del Código Penal desconoce". Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°1128-2017, 28 de julio de 2017, c. 7.

<sup>576</sup> En este sentido, véase: MAÑALICH, Juan Pablo. "El 'hurto-robo' frente a la autotutela y la legítima defensa de la posesión", pp. 89 y ss.

<sup>577</sup> MAURACH, Reinhart. *Derecho Penal. Parte General. Vol. 1*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1994. Citado en: MAÑALICH, Juan Pablo. "El 'hurto-robo' frente a la autotutela y la legítima defensa de la posesión", p. 90.

### 3.3.3. Teoría de la disponibilidad

Según esta teoría, el delito de hurto se consuma cuando el delincuente se encuentra fácticamente en condiciones de ejercer la facultad de disposición (*lato sensu*)<sup>578</sup>. El delito de hurto consiste en apropiarse de algo, de apoderarse del bien que se traduce, que se traduce, casi universalmente, en usarla, gozarla y disponer de ella. Conforme a estos conceptos, el delito de hurto no se perfecciona en el instante en que la cosa es sacada de la esfera de resguardo o custodia en que se hallaba, sino desde que cesa para su propietario toda posibilidad de ejercer las facultades inherentes al dominio sobre la cosa, porque se trasladaron, de hecho y forzosamente, al sustractor<sup>579</sup>. Por lo tanto, el acento debe ponerse, y observarse, no en la salida física de las especies de un lugar determinado, sino en la pérdida de poder sobre esas especies por parte de su titular<sup>580</sup>, esto es, de la posibilidad de ejercer sobre ella actos dispositivos o de disposición material<sup>581</sup>. La jurisprudencia ha expresado esta idea haciendo referencia a que la cosa sustraída debe salir de la *esfera de disponibilidad* de la víctima e incorporarse a la del delincuente, concepto normativo congruente con el núcleo del tipo y cuyo carácter según la judicatura es *más ideal que físico, más espiritual que material*<sup>582</sup>.

Cuando se hace referencia a que el agente se encuentre en condiciones de disponer de la cosa, no se alude a su posición subjetiva –que por lo demás queda integrada por el *animus rem sibi habendi* o ánimo de apropiación exigido por el tipo–, sino a la situación de hecho, objetiva, o sea aquella en que materialmente se encuentre y que potencialmente otorgue la posibilidad de ejercer tal facultad<sup>583</sup>. En este sentido, se ha señalado que “no se trata de considerar lo que el delincuente entiende o siente, sino de examinar si objetivamente logra tener, al menos por un momento, la posibilidad de disponer de la cosa”<sup>584</sup>. Por otro lado, los autores conciben esta posibilidad de disposición con el carácter de *hipotética, potencial o abstracta*, es decir, una disponibilidad no necesariamente efectiva sobre la

---

<sup>578</sup> *Derecho Penal. Parte Especial, Tomo IV*, nota 5, p. 175.

<sup>579</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°3754-2004, 9 de abril de 2007, c. 2. En: *Revista Gaceta Jurídica*, N°321 (2007).

<sup>580</sup> YAÑEZ ARRIAGADA, Rodrigo. “Una revisión crítica de los habituales conceptos sobre el iter criminis en los delitos de robo y hurto”, p. 115. En sentido similar, Nuñez sostiene que “[e]ste poder se ofende ya con cualquier intromisión ilegítima en su esfera, pero la ofensa no está *completa* sino cuando el derecho protegido ha sido totalmente aniquilado. Antes de eso, se podrá hablar de tentativa, pero no de hurto consumado”. NUÑEZ, Ricardo. NUÑEZ, Ricardo C. *Delitos contra la propiedad. (Principios generales hurto, robo, extorsión)*, p. 100.

<sup>581</sup> FRIAS CABALLERO, Jorge. *El proceso ejecutivo del delito: notas de dogmática jurídica en torno del art. 42 del Código Penal*, p. 329.

<sup>582</sup> Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°1128-2017, 28 de julio de 2017, c. 4.

<sup>583</sup> GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal. Parte Especial, Tomo IV*, p. 176.

<sup>584</sup> OLIVER. *Delitos contra la propiedad*, p. 131. Con ello, a juicio de Vera, se impediría que dicho estado “quede entregado al arbitrio judicial ni se constituya como un aspecto que ‘subjetiviza’ la consumación en el hurto, porque no va a depender de lo que el hechor quiera, sino de lo que efectivamente haya logrado hacer desde el punto de vista objetivo”. VERA SANCHEZ, Juan. *La consumación en el delito de hurto*, p. 243.

cosa<sup>585</sup>. En efecto, se señala que no es necesaria que esta disposición potencial sea consolidada<sup>586</sup>, sino que sería suficiente para la consumación con que haya sido momentánea, de breve duración o incluso fugaz<sup>587</sup>. Si aprovecha o no el autor esa posibilidad, es intrascendente al efecto<sup>588</sup>.

El criterio de la disponibilidad presenta particular relevancia para los casos de persecución inmediata del ladrón. En efecto, se señala por los defensores de esta teoría que “la arbitrariedad exigida en la disposición del hechor ha de ser completa, sin ningún límite ni condición más que su sola voluntad”<sup>589</sup>. De consiguiente, en el hurto y en el robo el hecho debe ser tal que ponga al autor de la sustracción en estado de tratar la cosa según su voluntad y con exclusión de cualquier otro, esto es, en disposición de ejercer *tranquilamente* el contenido de poder correlativo al derecho de propiedad, de una manera similar a la del propietario de la cosa. De ahí que, bajo este criterio la pérdida de disponibilidad parcial o relativa por parte de la víctima jamás pueda sustentar la consumación, sino sólo cuando sea completa y se corresponda con la adquisición de la disponibilidad por parte del sujeto activo<sup>590</sup>.

Precisamente, en los casos en que el autor es perseguido de manera inmediata tras la sustracción se entiende que la posibilidad de disposición de la cosa no ha salido completamente del ámbito de poder del propietario (o del sujeto a quien correspondía su custodia)<sup>591</sup>. Ya que si bien en tal caso el autor puede tener cierta autonomía decisoria sobre la cosa hurtada (porque él la porta), se entiende que la persecución efectuada sin solución de continuidad (v.gr., sin perderlo de vista en ningún momento) impide que el sujeto activo pueda ejercer *libremente* su voluntad sobre la cosa sustraída, esto es, sin limitación alguna, condición indispensable para la consumación del delito de hurto. En cambio, si la persecución del ladrón por el dueño (o un tercero en su favor) se ve interrumpida por cualquier motivo, el autor deberá responder a título de hurto consumado, pues cuando la víctima pierde contacto con la cosa se consolida la desapropiación y la apropiación en forma simultánea, adquiriendo con ello

---

<sup>585</sup> En este sentido, véase: VERA SANCHEZ, Juan. *La consumación en el delito de hurto*, 225; YAÑEZ ARRIAGADA, Rodrigo. “Una revisión crítica de los habituales conceptos sobre el iter criminis en los delitos de robo y hurto”, p. 112. GARCÍA ARÁN, Mercedes. “Delito de hurto”. En: *Serie Colección Los Delitos*, N°14, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, pp. 93 y ss.

<sup>586</sup> VERA SANCHEZ, Juan. *La consumación en el delito de hurto*, p. 225.

<sup>587</sup> SERRANO GÓMEZ, Alfonso; SERRANO MAÍLLO, Alfonso. *Derecho Penal español. Parte Especial*. Madrid: 10ª ed., Editorial Dykinson, 2005, p. 358.

<sup>588</sup> VALENCIA, Jorge. “La acción material constitutiva del delito de hurto en el nuevo Código Penal”, p. 168. Desde ésta óptica, la efectiva disponibilidad de la cosa, esto es, la “apropiación propiamente tal” se identificaría con la etapa de agotamiento del delito (en relación a la disponibilidad potencial). VERA SANCHEZ, Juan. *La consumación en el delito de hurto*. p. 243.

<sup>589</sup> VERA SANCHEZ, Juan. *La consumación en el delito de hurto*, p. 242.

<sup>590</sup> En este sentido, véase: GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Delito de hurto*, pp. 93 y ss.

<sup>591</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. “El ‘hurto-robo’ frente a la autotutela y la legítima defensa de la posesión”, p. 86. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos patrimoniales y económicos*. Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1993, p. 68.

el hechor autonomía decisoria respecto de la disposición del objeto, sin poder ser repelido por el dueño<sup>592</sup>.

En resumen, bajo este criterio lo que interesa es que el autor cuente con un poder fáctico autónomo sobre la cosa hurtada, una real capacidad de opción y libertad respecto del objeto, sin nudos ni tropiezos que entraben su actividad ilícita, tal como si se tratara del verdadero propietario, aunque sea por una mínima fracción de tiempo<sup>593</sup>. En consecuencia, mientras el traspaso del poder efectivo a las manos del ladrón todavía esté en condiciones reales de ser impedido, aunque haya sacado la cosa del ámbito de custodia del propietario, la lesión no será perfecta: el hurto aún está en trance de consumarse, pero no consumado<sup>594</sup>. En este sentido, el Ministro Gómez de la Corte de Apelaciones de Valparaíso en un voto disidente de fecha 28 de julio de 2017, en un caso de robo con fuerza en bienes nacionales de uso público en que el autor sustrajo desde el interior de un vehículo diversas especies y huyó del lugar, siendo observado y luego detenido por la autoridad policial, sostuvo que “no hubo de parte del acusado una disposición de los bienes muebles sustraídos, en razón de haber sido detenido por la policía a escasa distancia del lugar de los hechos, lo que determina que su grado de desarrollo sea el de frustrado”<sup>595</sup>. En sentido similar, la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Viña del Mar de fecha 10 de agosto de 2018, en un caso de hurto frustrado en que los autores sustrajeron dinero en efectivo desde la caja registradora del puesto de ventas de la víctima, dándose a la fuga, quienes fueron detenidos posteriormente por Carabineros ante la llamada de auxilio de la víctima del local, resolvió que la consumación del delito “se produce cuando la acción típica corresponde al resultado esperado, esto es la ‘apropiación’ la cual implica para el agente adquirir de hecho el poder usar, gozar y disponer de la especie ajena, no obstante en la situación que nos ocupa el acusado nunca pudo ejercer una real disposición del dinero, por cuanto desde el mismo instante en que lo asió y huyó, fue perseguido por la víctima y otras personas quienes jamás lo perdieron de vista [...] produciéndose finalmente la recuperación del dinero”<sup>596</sup>.

#### **3.3.4. Toma de postura**

Como se ha visto, el problema del momento de la consumación del hurto es sumamente controvertido en la doctrina, la que de antiguo ha producido un torrente de teorías, muchas de ellas diferentes, otras complementarias entre sí<sup>597</sup>. Lamentablemente, la jurisprudencia nuestros tribunales nacionales

---

<sup>592</sup> En este sentido, véase: VERA SANCHEZ, Juan. *La consumación en el delito de hurto*, pp. 252-253.

<sup>593</sup> VALENCIA, Jorge. “La acción material constitutiva del delito de hurto en el nuevo Código Penal”, p. 168.

<sup>594</sup> DONNA, Alberto. *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II-B*, p. 29.

<sup>595</sup> Voto disidente del Ministro Gómez de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°1128-2017, 28 de julio de 2017, c. 1. En sentido similar, véase: Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°3754-2004, 9 de abril de 2007, c. 3 y ss. En: *Revista Gaceta Jurídica*, N°321 (2007).

<sup>596</sup> Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, RIT N°202-2018, 10 de agosto de 2018, c. 14.

<sup>597</sup> Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°1827-2017, 30 de octubre de 2017, c. 3.

tampoco ha logrado establecer criterios precisos en esta materia, sino que históricamente se ha caracterizado por su grado de inestabilidad, con el grave daño a la seguridad jurídica que ello representa. De ahí que resulte ineludible sostener una adecuada definición sobre este punto.

Según ya se sostuvo, el delito de hurto, al igual que el robo, está ubicado entre aquellos que atentan con la propiedad y el Código Penal chileno, al definirlo, determina la acción típica que debe realizarse con la voz *apropiarse*<sup>598</sup>. Ahora, desde la óptica del bien jurídico menoscabado, en principio parece no haber inconveniente en interpretar dicho verbo rector del tipo legal en un sentido idéntico al exigido por la teoría de la disponibilidad para la consumación de los delitos de hurto y robo, esto es, como la obtención de la posibilidad de ejercer el contenido fáctico de poder que es correlativo a la posición jurídico-formal de propietario y, por ende, en una situación de poder disponer de la cosa sustraída. Sistemáticamente, sin embargo, existe una razón de peso para rechazar tal tesis interpretativa del núcleo de la conducta prohibida en el contexto del art. 432 del Código Penal.

En efecto, el artículo 470 N°1 del Código Penal, que tipifica el delito de apropiación indebida, utiliza el mismo verbo rector (*apropiarse*) para aludir a la conducta típica, *a pesar de que la cosa ajena se encuentra bajo custodia previa del sujeto activo*<sup>599</sup>. Esto es una anomalía, pues precisamente los delitos de hurto y robo se diferencian de la apropiación indebida en relación a la acción realizada sobre la cosa, atendido el estado en que ésta se encuentra, a saber, *bajo la custodia de otro (del dueño o de un tercero a su nombre)*<sup>600</sup>. Por esta razón, desde el punto de vista de la parte objetiva de la estructura típica, la apropiación de la cosa confiada ha de materializarse “en un acto de disposición, o bien cualquier otro acto de voluntad que exteriorice el *animus rem sibi habendi* en relación con la cosa”<sup>601</sup>. En otras palabras, en la apropiación indebida, la disponibilidad forma parte del aspecto objetivo de la consumación del delito<sup>602</sup>.

En cambio, en la tipificación de los delitos de hurto y robo, la apropiación de la cosa necesariamente debe verificarse a través de una acción más compleja, a saber, mediante la sustracción de la cosa

---

<sup>598</sup> GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal. Parte Especial, Tomo IV*, p. 159.

<sup>599</sup> OLIVER CALDERÓN, Guillermo. *Delitos contra la propiedad*, pp. 70-71.

<sup>600</sup> En este sentido, véase: BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio. “Delitos contra intereses instrumentales”, pp. 298-299.

<sup>601</sup> POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMIREZ GUZMÁN, Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial*, p. 459. Desde esta óptica, “la apropiación de una cosa detentada por el autor puede manifestarse de múltiples formas: tanto su uso y goce como su traspaso a un tercero, así también su destrucción, pueden ser indicativos de la pretensión de posicionarse a su respecto como señor y dueño.” MAÑALICH, Juan Pablo. “Apropiación y distracción indebidas. Una propuesta de reconstrucción unificadamente dualista del art. 470 N°1 del Código Penal”, p. 172. Desde el punto de vista de relación obligacional subyacente al tipo del art.470 N°1 del Código Penal, la apropiación de la cosa confiada ha de consistir en “una acción que importe un absoluto desconocimiento de cumplir con su obligación [la del autor] de ‘entregar’ o ‘devolver’ la ‘cosa’”. SOTO, Miguel. *Apropiación indebida*. Santiago, Conosur, 1994, p. 50.

<sup>602</sup> OLIVER CALDERÓN, Guillermo. *Delitos contra la propiedad*, p. 132. En sentido similar, Olave sostiene que: “El requerimiento de posibilidad de disposición como marca de éxito para la consumación es uno propio de delitos de apropiación sin ruptura de custodia”. OLAVE ALBERTINI, Alejandra. “El delito de hurto como tipo de resultado”, p. 185.

objeto material del delito. En estos términos, lo que distingue desde un punto de vista objetivo a la acción de apropiación de cosa ajena tipificada en el artículo 432 del Código Penal consiste en que, en cuanto delito de sustracción, la pretensión del autor de posicionarse a su respecto como señor y dueño (*animus rem sibi habendi*) necesariamente ha de materializarse en una ruptura de la custodia ajena de la cosa (atendido el estado en que se encuentra).

La circunstancia de que el Código Penal chileno utilice la misma forma lingüística al momento de describir la conducta prohibida en la regulación del hurto (artículo 432) y de la apropiación indebida (artículo 470 N°1), se explica porque, en tanto delitos de *apropiación*, ambos delitos comparten la exigencia de que la acción típica debe consistir en la manifestación de una pretensión de hacerse de la cosa como si fuera propia (ánimo de apropiación). La especificidad del tipo de acción consistente en la apropiación de una cosa (corporal, mueble y ajena) bajo custodia de otro concierne entonces, en el marco de los delitos de apropiación, a la configuración del acto de arrogación del poder correlativo a la posición jurídico-formal de propietario, esto es, a la dimensión objetiva que vincula a esa apropiación al sustrato que le sirve de base que, como se dijo anteriormente, es la sustracción<sup>603</sup>. Como explica Oliver, “[e]sto permite conceptualizar en términos más normativos la conducta de apropiación, en el sentido del hurto y del robo, por oposición al sentido que tiene en la apropiación indebida, como la ruptura de la custodia ajena y la constitución de una nueva custodia sobre la cosa, con ánimo de señor y dueño”<sup>604</sup>. Desde este punto de vista, la noción de sustracción designa la dimensión objetiva de la acción de apropiación descrita en el artículo 432 de quien, de ese modo, constituye una nueva custodia sobre la cosa<sup>605</sup>.

Es justamente en estos términos que se puede postular una conexión necesaria (intrínseca)<sup>606</sup> entre la ruptura de custodia, por un lado, y la constitución de una nueva custodia sobre la cosa, por otro. Pues, bajo la propuesta de interpretación de la noción de la acción de apropiación del art. 432 del Código

---

<sup>603</sup> En este sentido, compartimos la opinión de YAÑEZ en cuanto a que “parece más adecuado entender la apropiación como simple *hacer suyo*, independiente de la forma en que se haga, distinguiéndolo del *sustraer*, que implica la acción positiva de sacar lo que antes no era suyo, concepción incompatible con la figura de apropiación indebida”. YAÑEZ ARRIAGADA, Rodrigo. “Una revisión crítica de los habituales conceptos sobre el iter criminis en los delitos de robo y hurto”, p. 92. En sentido similar, OLAVE sostiene que “[e]ntendiendo apropiación como la pretensión de dominio sobre la cosa, en ambos tipos el concepto es el mismo. La diferencia está en la forma en que se manifiesta la pretensión: dado que en la apropiación indebida la cosa ya se encuentra bajo custodia de otro, la sustracción no es necesaria [...] En el hurto, en cambio, la única forma de apropiarse de la cosa es venciendo la custodia ajena, lo que se realiza a través de la sustracción”. OLAVE ALBERTINI, Alejandra. “El delito de hurto como tipo de resultado”, nota 10, p. 178.

<sup>604</sup> OLIVER CALDERÓN, Guillermo. *Delitos contra la propiedad*, pp. 70 y ss.

<sup>605</sup> Como se señaló precedentemente, ello en modo alguno implica postular una disociación de la acción de sustracción y la acción de apropiación, en el sentido de que la sustracción tendría que efectuarse para posibilidad la posterior apropiación, cuya verificación no sería objetivamente exigida para la consumación. Pues, precisamente el ánimo de apropiación ha de entenderse como cumpliendo una función de que una misma acción no solo pueda ser descrita como “sustracción”, sino también y al mismo tiempo como “apropiación”. Véase, *supra* 1.6.

<sup>606</sup> Véase, *supra*, 2.6.

Penal aquí considerada, reconstruida como apropiación mediante sustracción, el concepto de sustracción no hace referencia “a la generación de una nueva custodia sobre el objeto, sino que al proceso de ruptura de la custodia de otro sobre el bien (ajeno)”<sup>607</sup>. Y si esta observación es acertada, entonces el resultado intrínseco (constitutivamente complejo) del respectivo delito consumado de hurto (y de robo) ha de identificarse no con la ejecución de la sustracción de la cosa, sino con la constitución de una nueva custodia sobre la misma por parte del autor<sup>608</sup>.

Desde esta perspectiva de la dimensión objetiva de la acción típica común a los delitos de hurto y robo, la posibilidad de disposición de la cosa queda comprendida dentro del tipo subjetivo de la conducta, como parte del ánimo de apropiación que debe estar presente en la realización del tipo por parte del autor. Es decir, en los delitos de apropiación mediante sustracción, quien ejecuta la conducta típica debe actuar con la motivación de ejercer una influencia inmediata conforme a su voluntad sobre la cosa. Por consiguiente, para la consumación del hurto, basta con que la voluntad del autor se dirija a obtener esa capacidad de ejercitar actos de disposición material sobre la cosa como si fuera *propia*), sin entrar a averiguar desde un punto de vista objetivo si el autor efectivamente alcanzó o no el grado de disponibilidad que se propuso sobre el bien sustraído.

Afirmar lo contrario significaría desconocer la estructura de delito de resultado cortado del tipo de hurto<sup>609</sup>. En efecto, si bien la ruptura de la custodia que tiene el dueño o un tercero sobre el bien y la constitución de una nueva custodia por el agente ya representa un principio de lesión del bien jurídico<sup>610</sup>, esa sustracción cometida con ánimo de apropiación no expresa todavía una lesión definitiva de la propiedad, esto es, la *plena* arrogación del contenido fáctico de poder correlativo a la posición jurídico formal de propietario (delito agotado)<sup>611</sup>. Luego, lo importante es advertir que la consolidación de ese poder fáctico de disposición (*lato sensu*) sobre la cosa por parte del autor y su extinción correlativa para el titular anterior, no coincide con el aspecto objetivo del resultado necesario para la consumación del delito de hurto en los términos del art. 432 del Código Penal, cuyo

---

<sup>607</sup> OLAVE ALBERTINI, Alejandra. “El delito de hurto como tipo de resultado”, p. 187.

<sup>608</sup> En sentido similar, véase: MAÑALICH, 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*, p. 72. Esto no significa, por cierto, que resulte suficiente con constatar la constitución de una nueva custodia sobre una cosa ajena para calificar dicha conducta como un hurto consumado. Pues, en cuanto descripción de una acción modalmente especificada, el tipo de hurto exige que la constitución de esa nueva custodia se verifique mediante una ruptura de la custodia anterior sobre la cosa, esto es: mediante una *sustracción* de cosa ajena. De no ser así, o bien nos encontramos ante una conducta atípica (v. gr., cuando existe acuerdo sobre el cambio de custodia sobre la cosa), o bien se trata de una figura delictiva distinta (v. gr. un hurto de hallazgo).

<sup>609</sup> Véase, *supra*, 2.6.

<sup>610</sup> En este sentido, véase: MAÑALICH, Juan Pablo. “El ‘hurto-robo’ frente a la autotutela y la legítima defensa de la posesión”, p. 89.

<sup>611</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. “El ‘hurto-robo’ frente a la autotutela y la legítima defensa de la posesión”, pp. 92-93.

contenido de injusto se reduce a la apropiación mediante sustracción de una cosa ajena<sup>612</sup>, esto es, a “una conducta de apropiación que se materializa en una ruptura de custodia ajena y en la constitución de una nueva custodia sobre la cosa”<sup>613</sup>, sin que ello necesite traducirse –como erradamente sostiene la teoría de la disponibilidad– en la pérdida de la posibilidad de disposición fáctica sobre la cosa para el propietario, en cuanto dicho resultado de lesión se encontraría “cortado” por la definición típica en cuestión<sup>614</sup>.

Esto significa que, desde el punto de vista de la estructura típica del hurto, la obtención de la posibilidad de disposición fáctica sobre la cosa concierne a la etapa de terminación material del delito<sup>615</sup> la que, como tal, determinaría el ámbito temporal máximo de la realización de la acción de apropiación formalmente consumada mediante la constitución de una nueva custodia sobre la cosa por el autor de la sustracción. Bajo semejante comprensión de la conducta apropiatoria tipificada en el artículo 432 del Código Penal, la terminación del delito de hurto se produce cuando, habiendo concluido la ejecución de la sustracción, el autor se ha apropiado de la cosa de alguna otra forma que se manifieste objetivamente<sup>616</sup>. La prueba externa de ello acontecerá cuando el autor aparezca socialmente como dueño de la cosa, manifestación que puede asumir múltiples formas: a) mediante el ejercicio de actos de disposición sobre la cosa, ya sea mediante traspaso a un tercero, enajenándola o regalándola, o bien mediante su destrucción material, consumiéndola o menoscabándola; b) como también mediante el uso y goce de la misma, sirviéndose de la cosa de alguna manera que le resulte

---

<sup>612</sup> Sobre el contenido de injusto común a todas las instancias de hurto típico, véase. MAÑALICH, Juan Pablo. “Justicia, propiedad y prevención”, p. 184.

<sup>613</sup> MAÑALICH, 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*, p. 70.

<sup>614</sup> Esta última consideración se encuentra estrechamente vinculada con la consideración del concepto de consumación como un concepto formal, en desmedro de una aplicación de un concepto material de consumación, esto es, vinculado a la lesión del bien jurídico. Véase, *supra*, 1.6.

<sup>615</sup> En Chile, esta tesis es defendida por Bascuñán Rodríguez, al estimar que “[d]esde un punto de vista objeto, los actos de apropiación posteriores, incluyendo la posibilidad de su realización, corresponden a la fase de agotamiento del delito”. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio. “Delitos contra intereses instrumentales”, p. 301. En sentido similar, Olave afirma que “las consecuencias de la apropiación pueden identificarse como la etapa de agotamiento del delito. Entre ellas, paradigmáticamente puede reconocerse la posibilidad de disponer de la cosa”. OLAVE ALBERTINI, Alejandra. “El delito de hurto como tipo de resultado”, p. 199, Nota N° 100. Por último, Oliver también adhiere a esta postura al señalar que “mientras en la apropiación indebida la disponibilidad forma parte de la consumación del delito, en el hurto y en el robo integra la etapa de agotamiento”. OLIVER CALDERÓN, Guillermo. *Delitos contra la propiedad*, p. 132.

<sup>616</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. “El ‘hurto-robo’ frente a la autotutela y la legítima defensa de la posesión”, p. 85. Así, por ejemplo, tanto su uso y goce como su traspaso a un tercero, así también su destrucción, pueden ser indicios externos que denoten la culminación de la apropiación (material) de la cosa por parte del autor, y que habrá que tomar en consideración para la determinación del momento de terminación del hurto. Ciertamente, la lesión a la propiedad en el hurto también se encuentra materialmente agotada o terminada cuando la cosa sustraída es puesta a buen recaudo por el autor, es decir, cuando es dejada el lugar en que se propuso esconderla, ocultarla o albergarla, haciéndose de esta forma verdaderamente inalcanzable para la víctima. Sobre este último punto, Maurach sostiene una opinión similar al afirmar que: “[e]n el hurto la agresión no culmina sin más por la sola obtención de la custodia; es más, el punto final de la agresión está constituido aquí por la ablación inadvertida y sin dificultad del botín [...]”. MAURACH, Reinhart. *Derecho Penal. Parte General. Vol. I*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1994, § 26/25. Citado en: MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. “El ‘hurto-robo’ frente a la autotutela y la legítima defensa de la posesión”, p. 90.



consustancial o habitual; c) o incluso simplemente quedándose con la cosa, ocultándola o albergándola en el lugar donde se proponía llevarla, haciéndose verdaderamente inalcanzable para la víctima.

Lo anterior es importante en atención a las consecuencias que tiene para la determinación de la máxima extensión temporal en que puede tener lugar la recuperación de la custodia de la cosa tras la sustracción. En principio, podría pensarse que la teoría del rompimiento y constitución de custodia presenta la desventaja de que, frente a los casos en que la víctima persigue al hechor y logra darle captura, la acción defensiva en contra del autor del hurto se presentaría como una autotutela prohibida, puesto que tendría lugar *después* de la consumación del delito<sup>617</sup>. Esta objeción, sin embargo, sería incorrecta. Pues desconoce que, en la medida que el hurto se entiende como un delito de resultado cortado, es posible diferenciar analíticamente el momento de consumación del delito, por una parte, y el momento hasta el cual el comportamiento constituye una agresión actual, por otra<sup>618</sup>.

En efecto, la exigencia de la actualidad de la agresión, como requisito del tipo (permisivo) de la legítima defensa, no se traduce en que se haya alcanzado todavía la consumación, sino en que, aun cuando el hecho ya esté formalmente consumado, la afectación del bien jurídico todavía se mantenga y el delito no se haya agotado<sup>619</sup>. Luego, si la consumación del hurto se corresponde sólo con un principio de lesión del objeto de protección, es correcto afirmar que, una vez producida la constitución de una nueva custodia sobre la cosa, la justificación por legítima defensa de una acción de salvaguarda por parte de la víctima todavía sería posible, en la medida que aún se mantenga la lesión del bien jurídico en cuestión<sup>620</sup>. En otras palabras, la apropiación mediante sustracción conserva su carácter de “actual” en los términos de la legítima defensa mientras la agresión del hechor no esté *materialmente* terminada o agotada, como sucede habitualmente en los casos en que el autor es perseguido sin solución de continuidad por la víctima o un tercero, en que el delincuente ha sacado la cosa del ámbito de custodia de su titular, pero aún no se ha consolidado desde un punto de vista fáctico su poder sobre la cosa, dado que el propietario aún está en condiciones de impedir el delito.

En consecuencia, tratándose de los delitos en los cuales la apropiación supone quebrantamiento de custodia ajena, la posibilidad de una reacción justificada por legítima defensa en contra del autor del hurto perdura durante todo aquel lapso que media entre la consumación (formal) y la terminación

---

<sup>617</sup> En este sentido, véase: VERA SANCHEZ, Juan. *La consumación en el delito de hurto*, p. 220.

<sup>618</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. “El ‘hurto-robo’ frente a la autotutela y la legítima defensa de la posesión”, p. 89.

<sup>619</sup> OLIVER CALDERÓN, Guillermo. *Delitos contra la propiedad*, p. 133.

<sup>620</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. “El ‘hurto-robo’ frente a la autotutela y la legítima defensa de la posesión”, p. 90. Al menos bajo la regulación de la legítima defensa en el Código Penal chileno, la justificación de una acción defensiva en contra del ladrón que huye con el botín se extiende no sólo al ofendido y a sujetos vinculados de algún modo a éste, sino que alcanza a cualquier sujeto que intervenga en defensa de derechos ajenos (artículo 10 N°6).

(material) del hurto, que es (o puede ser) un momento posterior a la constitución de la nueva custodia sobre la cosa por parte del autor del delito. Luego, conforme a nuestra postura, debe entenderse que la agresión sólo ha concluido –haciéndose improcedente la legítima defensa– una vez tiene lugar el correspondiente resultado de lesión del bien jurídico, esto es, cuando se produce la pérdida de la posibilidad de disposición fáctica sobre la cosa para el propietario, para lo cual será necesario, sin embargo, que para la víctima se hayan desvanecido todas sus posibilidades de recuperar inmediatamente la custodia sobre el bien sustraído<sup>621</sup>.

Ahora, teniendo en cuenta que la custodia sobre las cosas corporales se ejerce de un modo primariamente fáctico<sup>622</sup>, en principio podemos sostener que el reconocimiento de la completa ruptura de la custodia anterior sobre la cosa exige que el autor haya sorteado todas las cautelas, precauciones y seguridades situacionalmente dispuestas por su propietario para prevenir la sustracción de la cosa por parte de cualquier otra persona<sup>623</sup>. Desde la óptica del afectado, esto supone que todos los mecanismos de custodia adoptados por la víctima para prevenir o interrumpir el proceso de sustracción de la cosa hayan *objetivamente* fracasado<sup>624</sup>. De ahí que, bajo nuestro criterio, constituya un dato esencial de la causa al tiempo de valorar la acción del sujeto activo los diversos indicios prácticos a través de los cuales se manifestaba externamente la relación de custodia de la víctima, tales como la cercanía espacial entre el sujeto y el objeto (cuerpo del afectado); la utilización de elementos de transporte de especies (bolsillos, mochilas, carteras o bolsos); la existencia de espacios o lugares físicos para resguardar objetos (bóvedas, mostradores cerrados, domicilio particular, vehículo, etc.); la presencia de dispositivos especiales de seguridad (cámaras de vigilancia, sensores de alarmas o personal de seguridad), entre otros. Pues precisamente es conforme a tales circunstancias de hecho que el juez debe decidir si la conducta material del autor fue suficiente para vencer la

---

<sup>621</sup> En sentido similar, Maurach sostiene que: “[u]na agresión perdura mientras sea posible defender el bien agredido, aunque sólo sea parcialmente, o bien mientras pueda llevarse a cabo su restablecimiento inmediato, dándose una situación que no varíe en lo esencial”, por lo cual debe entenderse que “[l]a agresión sólo ha concluido (haciéndose improcedente la legítima defensa) una vez que estas posibilidades inmediatas han desaparecido”. MAURACH, Reinhart. *Derecho Penal. Parte General. Vol. 1*, § 26/25, Citado en: MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. “El ‘hurto-robo’ frente a la autotutela y la legítima defensa de la posesión”, p. 90.

<sup>622</sup> Sobre el carácter predominantemente fáctico del concepto de custodia, Véase, *supra*, 1.3.

<sup>623</sup> En este sentido, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 24 de enero de 2007, en un caso de hurto en un local comercial, sostiene que “corresponde precisar que en tanto el infractor no logre burlar todos los resguardos que la víctima ha dispuesto para la protección de lo suyo no podemos estar en presencia de un delito consumado, sino que frente a un caso frustrado”. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°117-2007, 24 de enero de 2007, c. 3. *Revista Gaceta Jurídica*, N°319 (2007).

<sup>624</sup> En este sentido, la sentencia del Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago de fecha 17 de diciembre de 2005, en un caso de hurto en un supermercado, señala que “es menester destacar que el acusado fue sorprendido fortuitamente por funcionarios de carabineros, saliendo de los estacionamientos del local comercial, esto es, ya afuera del inmueble y una vez que los mecanismos de protección y resguardo que la empresa tiene para impedir la sustracción de las especies desde su interior habían fracasado, por lo que el delito, en concepto de este tribunal ya se había consumado”. Séptimo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT N°61-2005, 17 de diciembre de 2005, c. 6. En: *Revista Procesal Penal*, N°42 (2005).

custodia ajena y constituir una nueva custodia sobre la cosa o si, por el contrario, sólo tuvo por efecto un debilitamiento de la custodia anterior, mas no su destrucción.

Ahora bien, la afirmación anterior no debe concebirse en términos absolutos. Pues, como ya se sugiriera al comienzo de este trabajo, pueden suscitarse casos en que, para determinar si la víctima sigue ejerciendo o no custodia sobre la cosa, no baste con comprobar si aún existen mecanismos de resguardo sobre la cosa dispuestos por su propietario. Esta “indeterminación” ocurre característicamente en los casos de “esferas concéntricas”, que se producirían cuando se constituye una esfera de resguardo “dentro” de otra esfera de resguardo<sup>625</sup>. Así, por ejemplo, Oliver plantea el caso del pasajero que, durante una travesía de seis meses en un barco, toma una cosa que pertenece a la empresa naviera propietaria de la embarcación (v.gr., una toalla), guardándola indefinidamente dentro de su maleta<sup>626</sup>. En un caso así, el estado del desplazamiento posesorio sobre la cosa ejecutado por el sujeto activo se muestra al menos como *espacialmente* ambiguo, pues difícilmente podría cuestionarse el hecho de que el autor ha alcanzado algún grado de control fáctico sobre la especie (al guardarla dentro de su maleta), no obstante encontrarse la cosa todavía físicamente dentro de la embarcación. Cuál es la “esfera concéntrica” que deba preferirse en una situación así no es algo que pueda determinarse atendiendo únicamente a consideraciones descriptivas (espaciales), puesto que no hay nada en la estructura física del mundo que deleve aquello, sino que en ese contexto la cuestión de quién detenta la custodia necesariamente debe solucionarse atendiendo a consideraciones normativas.

Este último punto tiene importancia pues, en primer lugar, significa afirmar que la pregunta acerca de si hubo o no una completa ruptura de custodia ajena sobre la cosa en el caso concreto, puede ser respondida de maneras distintas según cuál sea valoración que cada sistema jurídico le reconozca a los intereses en conflicto, o incluso en el mismo sistema en distintas épocas. Lo importante es comprender el carácter relativo, y en esta medida parcial, que tiene el reconocimiento de los enclaves de custodia, dependientes de consideraciones socio-culturales<sup>627</sup>. En mi opinión, tratándose de estas situaciones “límites” o “conflictivas” en las que es posible reconocer una superposición de relaciones de custodia sobre una misma cosa, lo que está en juego es si aceptar o no la existencia de «espacios de privacidad» resguardados de toda intromisión externa, en cualquier lugar en que éstos se

---

<sup>625</sup> YAÑEZ ARRIAGADA, Rodrigo. “Una revisión crítica de los habituales conceptos sobre el iter criminis en los delitos de robo y hurto”, p. 30.

<sup>626</sup> OLIVER CALDERÓN, Guillermo. *Delitos contra la propiedad*, p. 136. Otro ejemplo sería el caso de quien –sin salir del hogar de un tercero– echa el celular que estaba sobre una mesa dentro de su bolsillo. OLAVE ALBERTINI, Alejandra. “El delito de hurto como tipo de resultado”, ...p. 186.

<sup>627</sup> En sentido similar, véase: OLAVE ALBERTINI, Alejandra. “El delito de hurto como tipo de resultado”, p. 202.

ubiquen”<sup>628</sup>, esto es, aun cuando la cosa se encuentra al interior del espacio físico de custodia de su dueño. En el derecho alemán, por ejemplo, la estricta reserva que se tiene respecto a la privacidad y el espacio personal, en particular el propio cuerpo, justifican que la custodia se considere quebrantada por completo cuando el objeto se esconde en un “espacio reservado” (*Tabusphäre*, literalmente: esfera tabú)<sup>629</sup>, con la consiguiente consumación del delito. Por el contrario, bajo la regulación ofrecida por el derecho chileno, tradicionalmente la doctrina y la judicatura han restringido el derecho a la privacidad o el derecho a la intimidad a la vida doméstica. De ahí que, no obstante su jerarquía iusfundamental, históricamente la tutela de la intimidad se haya restringido a lugares u objetos que pertenezcan al ámbito personal o familiar, siendo más bien reciente su evolución jurídico-cultural hacia otros ámbitos de lo privado fuera del “entorno familiar”.

De ahí que, bajo semejante contexto socio-normativo, a nuestro juicio resulte sumamente difícil justificar que en el ordenamiento jurídico chileno baste simplemente con ocultar la cosa dentro de un espacio de privacidad para reconocer un quiebre total de la custodia ajena sobre la misma<sup>630-631</sup>. En retrospectiva, esto significa que la identificación de qué cuenta como completa ruptura de custodia y constitución de nueva custodia necesariamente debe tener lugar atendiendo a criterios normativos. Pues, tal como ya fuera sugerido<sup>632</sup>, la custodia sobre cosas corporales no es un fenómeno puramente fáctico y, al contrario, siempre entraña una medida de valor, dependiente –implícita o explícitamente– de consideraciones jurídico-culturales, los cuales suelen ser distintas en un mismo momento para sociedades diversas, o incluso para una misma sociedad en distintas épocas. Así, desde este punto de vista normativo, la peculiaridad del caso chileno consiste en que, para reconocer la consumación del delito de hurto, el autor siempre deberá franquear todas las barreras de resguardo dispuestas por la víctima para prevenir la sustracción de la especie, aun cuando el sujeto haya escondido la cosa dentro

---

<sup>628</sup> YAÑEZ ARRIAGADA, Rodrigo. “Una revisión crítica de los habituales conceptos sobre el iter criminis en los delitos de robo y hurto”, p. 31.

<sup>629</sup> OLAVE ALBERTINI, Alejandra. “El delito de hurto como tipo de resultado”, p. 202. SANCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo. “Consideraciones sobre los delitos de hurto y robo cometidos en establecimientos de autoservicio”, nota 20, p. 247.

<sup>630</sup> En sentido contrario, Politoff, Matus y Ramírez sostienen que “el delito se consuma desde el momento de la creación de una nueva esfera de resguardo, aunque ésta se encuentre dentro de otra mayor”. Así, a la pregunta de cuál es la esfera concéntrica que cuenta para la consumación, responden que “la más interna, aquella donde los terceros no pueden acceder aunque sean custodios de la mayor”. La pregunta que subyace a esto es si realmente ésta es la regla última que han reconocido nuestros tribunales de justicia al momento de resolver estos casos controvertidos. Sobre esto se volverá más abajo, al tratar el problema del iter criminis en los casos de hurtos a grandes establecimientos comerciales y de autoservicio. POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMIREZ GUZMÁN, Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial*, nota 23-a, p. 310.

<sup>631</sup> Por supuesto, esto no significa que dicho ámbito privacidad carezca de protección en nuestro ordenamiento jurídico, especialmente desde la óptica de una eventual sanción de ineficacia probatoria en la decisión del conflicto penal respecto de evidencia obtenida con vulneración de dicho espacio de intimidad, ya sea por agentes del Estado como por particulares no autorizados (v.gr., guardias de seguridad). Sobre este punto se volverá al tratar el problema de la protección de los espacios de intimidad de los consumidores en los casos de hurto a grandes tiendas comerciales.

<sup>632</sup> Véase, *supra*, 1.3. y 2.6.

de un espacio de privacidad o intimidad que, en alguna medida, pueda resultar “reservado” a la intromisión de otros particulares, incluido su propietario<sup>633</sup>.

## CAPÍTULO IV.

### ANÁLISIS DEL ITER CRIMINIS DEL HURTO COMETIDO EN ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES O DE AUTOSERVICIO

#### 4.1. La problemática del llamado “hurto hormiga”

Actualmente, la discusión sobre la determinación de las diversas etapas ejecutivas del delito de hurto se ha centrado principalmente en los casos de “hurto hormiga”, denominación referida a los delitos de hurto sobre especies de escaso valor, acaecidos al interior de grandes tiendas de departamentos, supermercados y demás locales comerciales semejantes<sup>634</sup>, cuya alta frecuencia durante los últimos años resulta alarmante<sup>635</sup>. Por otro lado, la relevancia de estos casos resulta aún más evidente si consideramos las últimas modificaciones que la Ley N°20.140 de fecha 30 de diciembre de 2006, categórica en esta materia, toda vez que modificó el artículo 494 bis del Código Penal estableciendo excepcionalmente una sanción para el hurto falta frustrado –excluyendo implícitamente la simple tentativa– y que, conforme a la normativa penal básica fijada por el artículo 9° del Código Penal, hasta ese entonces debía quedar impune<sup>636</sup>.

En concreto, el interés dogmático en estos casos radica en sus circunstancias de comisión, las cuales presentan algunas complicaciones adicionales al momento de precisar las respectivas etapas de desarrollo del delito atendido el peculiar modo de llevarse a cabo estas operaciones mercantiles en la actualidad. En efecto, los adelantos tecnológicos que inevitablemente se producen en la forma de organizar y resguardar fácticamente la actividad comercial, concretamente, el denominado *comercio establecido* (supermercados y grandes tiendas comerciales) y el fortalecimiento del *modelo de compraventa en autoservicio*<sup>637</sup>, configuran un ámbito fáctico-jurídico *sui generis* que no se comprende adecuadamente desde los parámetros básicos del delito de hurto tradicional<sup>638</sup>.

---

<sup>633</sup> En sentido similar, véase: OLAVE ALBERTINI, Alejandra. “El delito de hurto como tipo de resultado”, p. 202.

<sup>634</sup> Informe de la Comisión Especial de Seguridad Ciudadana de la Cámara de Diputados, de fecha 15 de enero de 2003, recaído en el proyecto de ley que dio origen a la ley N° 19.950.

<sup>635</sup> Véase., nota 11.

<sup>636</sup> GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal. Parte General, Tomo I*, p. 176.

<sup>637</sup> OLIVER CALDERÓN, Guillermo. “Análisis crítico de las últimas modificaciones legales en materia de hurto-falta”, p. 306.

<sup>638</sup> En este sentido, véase: CARNEVAL RODRÍGUEZ, Raúl. “Criterios para la punición de la tentativa en el delito de hurto a establecimientos de autoservicio. Consideraciones político criminales relativas a la pequeña delincuencia patrimonial”, p. 3.

En efecto, si se piensa por ejemplo en un hurto cometido en un supermercado o en cualquier negocio configurado como autoservicio, en primer lugar es característico de esta clase de establecimientos comerciales la inmediatez del cliente con la mercadería, al haber un contacto directo entre el cliente y los productos disponibles en amplias salas de venta de libre acceso, permitiendo que sean los propios consumidores quienes elijan, recojan y movilicen por sí mismos las cosas que desean adquirir hasta las cajas registradoras para su pago<sup>639</sup>, bajo la confianza de que la mayoría de los clientes adquirirá los productos y los pagará<sup>640</sup>.

En segundo lugar, para compensar lo anterior, los establecimientos de comercio incorporan en su organización un verdadero arsenal de elementos de seguridad, con el objeto de prevenir, neutralizar y perseguir esta clase de ilícitos. En efecto, es conocido el hecho de que la disponibilidad parcial de que gozan los consumidores en esta clase de comercios, en buena parte de los casos se ve contrarrestada por la adopción de mayores y más eficaces medios de control, que ponen de manifiesto la pretensión de sus operadores de evitar los riesgos que el sistema de compraventa en autoservicio genera<sup>641</sup>.

La enumeración de todos estos medios técnicos y humanos puede llegar a ser una labor titánica, si consideramos las inagotables formas de protección (y vulneración) que se pueden presentar<sup>642</sup>: desde la ubicación del local, sus puntos de acceso y rejas perimetrales del recinto, pasando por las imágenes captadas por cámaras internas de seguridad, espejos en puntos estratégicos o coordinación por radio

---

<sup>639</sup> VERA SANCHEZ, Juan. *La consumación en el delito de hurto*, p. 253.

<sup>640</sup> Sobre este punto resulta interesante el debate que se ha abierto en relación con la llamada autorresponsabilidad de la víctima en la generación del delito, en cuanto a considerar los riesgos que ella asume. Como es sabido, este principio significa que la víctima ha de tomar todas las precauciones que sean del caso para evitar que su comportamiento sea el que produzca el delito; quien no toma las precauciones correspondientes a su responsabilidad respecto de sus bienes jurídicos, no queda protegido penalmente. OLIVER CALDERÓN, Guillermo. *Delitos contra la propiedad*, p. 143. En este sentido, se afirma que si la víctima conoce los riesgos a los que se expone cuando exhibe las especies –considerando como las ofrece–, debe asumir su contribución hacia su propia victimización, y por ende, fundamentar una posible exención o disminución de pena. CARNEVAL RODRÍGUEZ, Raúl. “Criterios para la punición de la tentativa en el delito de hurto a establecimientos de autoservicio. Consideraciones político criminales relativas a la pequeña delincuencia patrimonial”, p. 5. Recuérdese que es la propia víctima la que ha dispuesto la forma de venta por medio de la modalidad de autoservicio, acercando voluntariamente los objetos al cliente, a fin de facilitar la venta para sus consumidores y así obtener mayores utilidades. VERA SANCHEZ, Juan. *La consumación en el delito de hurto*, pp. 248-249. Sin embargo, se ha señalado que tampoco es posible prescindir del hecho conocido de que estos negocios adoptan una plétora de medios personales y técnicos para conservar la mercadería a disposición del establecimiento hasta que el cliente las compre, medidas de aseguramiento y previsión que ponen de manifiesto su pretensión de contrarrestar o inclusive neutralizar la situación de riesgo que es consustancial a su forma de organización económica. De ahí que, al menos de *lege lata*, no sea posible dispensar a estos negocios de su protección penal frente a este tipo de ilícitos. CARNEVAL RODRÍGUEZ, Raúl. “Criterios para la punición de la tentativa en el delito de hurto a establecimientos de autoservicio. Consideraciones político criminales relativas a la pequeña delincuencia patrimonial”, p. 6.

<sup>641</sup> En este sentido, véase: SANCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo. “Consideraciones sobre los delitos de hurto y robo cometidos en establecimientos de autoservicio”, p. 246.

<sup>642</sup> YAÑEZ ARRIAGADA, Rodrigo. “Una revisión crítica de los habituales conceptos sobre el iter criminis en los delitos de robo y hurto”, p. 109.

y la contratación de guardias de seguridad, y culminando con la existencia de dispositivos de alerta, tales como la instalación de pórticos eléctricos con sensores magnéticos a la salida del local comercial o la utilización de sensores adheridos a las prendas que alertan en caso de manipulación o cuando una etiqueta de seguridad pasa por su radio de acción<sup>643</sup>. A título de ejemplo, todos aquellos son hitos posesorios o resguardos dispuestos *específicamente* por los propietarios para compensar los riesgos propios a dicha forma de organización comercial y de este modo sorprender *in fraganti* a los potenciales autores de ilícitos, evitando así que alguna de las mercaderías exhibidas al público salga del local contra su voluntad y sin que hayan sido pagadas previamente por los consumidores al interior del mismo.

Las particularidades antes mencionadas obligan a buscar otras argumentaciones en el plano dogmático para la determinación de la consumación y etapas imperfectas de ejecución en estos casos de hurto, los cuales afectan mayormente en nuestro país al sector del *retail* (tiendas por departamentos, supermercados, farmacias) y, en general, a grandes locales comerciales, los cuales se han convertido en el “gran caldo de cultivo para las discusiones sobre el tema que analizamos”<sup>644</sup>. En ese sentido, durante las últimas décadas la jurisprudencia ha adquirido un papel cada vez más importante en la elaboración de criterios para la resolución de estos casos, especialmente en cuanto a la determinación del momento preciso en que se entiende consumada la apropiación en este ámbito de la organización comercial. Por ello, previo a aplicar las consideraciones hechas en los capítulos presentes a los casos de sustracción de especies a establecimientos comerciales, nos parece conveniente examinar brevemente algunos fallos de nuestros tribunales nacionales referentes al problema jurídico en cuestión, a fin de comprender la evolución jurisprudencial sobre la materia y eventualmente criticarla cuando sea necesario.

## **4.2. Criterios jurisprudenciales para la determinación de la consumación**

Como se dijo anteriormente, la mayor parte del esfuerzo de nuestros tribunales en estos casos se ha centrado en la determinación del momento en que se alcanza la consumación del delito, utilizando para ello diversos criterios complementarios que examinaremos a continuación.

### **4.2.1. Primer criterio: El traspaso de la línea de cajas**

De acuerdo con este criterio, el tipo de hurto se halla consumado desde el momento en que el autor traspasa las cajas registradoras del establecimiento sin cancelar su valor comercial. Esta interpretación

---

<sup>643</sup> MAYER LUX, Laura. “Las paradojas de la estafa-falta”, p. 186.

<sup>644</sup> YAÑEZ ARRIAGADA, Rodrigo. “Una revisión crítica de los habituales conceptos sobre el iter criminis en los delitos de robo y hurto”, p. 116.

es fijada por la sentencia de la Corte Suprema de fecha 16 de junio de 2004, al afirmar que “la infracción se produce al traspasar las cajas registradas sin cancelar el valor de la especie, en consecuencia, hasta antes de ese momento sólo había una mera tenencia de la especie y no una posesión como señor y dueño”<sup>645</sup>. Su argumento es que en este tipo de comercios sólo se adquiere legítimamente el producto una vez que se cancela al traspasar las cajas registradoras, “pues es posible que un sujeto guarde la especie en su bolsillo, pero al traspasar las cajas cancele su importe, es decir, dentro del recinto donde se expone la mercadería no es posible presumir que se pueda consumir una apropiación”<sup>646</sup>. En esta misma dirección apuntan las sentencias de la Excm. Corte Suprema Rol N° 5125-2005 y 889-2006, las que, haciendo suya la teoría de la disponibilidad planteada por Garrido, fijan el límite entre tentativa y consumación en la línea de cajas del establecimiento. En efecto, si bien en ellas la Corte entendió que el hurto se encontraba en grado frustrado, se advierte de la reflexión que formula para guiar su argumentación que si los hechores no hubiesen sido interceptados por los guardias del establecimiento mientras traspasaban las cajas registradoras sin cancelar el valor de la especies, en ese momento ambos autores habrían estado en condiciones (al menos por un instante) de actuar como señores y dueños a su respecto, y el ilícito habría quedado consumado<sup>647</sup>.

Los fallos de la Corte Suprema a los que se ha hecho referencia han tenido una influencia considerable en la dogmática penal. Según sus defensores, la línea de cajas es la barrera que el propio establecimiento dispone para que pueda tener lugar un desplazamiento en la posesión<sup>648</sup>, esto es, la última instancia en la cual se puede adquirir lícitamente la especie<sup>649</sup>. Así, en concepto de sus partidarios esta zona marcaría el límite de la custodia del establecimiento comercial, pues es en esta ubicación donde el sujeto debe exteriorizar su propósito de apropiarse de la cosa; una vez atravesada dicha zona, se quiebra la custodia anterior preexistente en forma total<sup>650</sup>. Como consecuencia de lo ya dicho, se argumenta que “si el sujeto es detenido después de que ha atravesado la línea de cajas sin pagar la cosa sustraída, el delito ya estará consumado, siendo completamente indiferente que se

---

<sup>645</sup> Corte Suprema, Rol N°1611-2004, 16 de junio de 2004, c. 7.

<sup>646</sup> Corte Suprema, Rol N°1611-2004, 16 de junio de 2004, c. 6.

<sup>647</sup> En efecto, la Corte, luego de argumentar que la infracción se produce al traspasar las cajas registradoras sin cancelar el valor de la especie, sostiene que “en el caso sublite, –la infracción– fue interrumpida por el guardia de seguridad que impidió se perfeccionara el ilícito al ver que el imputado traspasaba las cajas sin cancelar su valor, es decir, con su intervención frustró el delito, no dando pábulo al delincuente para actuar como señor y dueño”. Corte Suprema, Rol N°5125-2005, 27 de diciembre de 2005, c. 9.

En sentido similar, véase: Corte Suprema, Rol N°889-2006, 26 de abril de 2006, 8. Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N°55-2013, 4 de marzo de 2013, c. 6.

<sup>648</sup> CARNEVAL RODRÍGUEZ, Raúl. “Criterios para la punición de la tentativa en el delito de hurto a establecimientos de autoservicio. Consideraciones político criminales relativas a la pequeña delincuencia patrimonial”, p. 16.

<sup>649</sup> Juzgado de Garantía de Puerto Montt, RIT N°296-2006, 5 de febrero de 2006, c. 2.

<sup>650</sup> OLIVER CALDERÓN, Guillermo. *Delitos contra la propiedad*, p. 139.



le aprehenda aún dentro de las dependencias del establecimiento, en el estacionamiento, en la vereda, en la calle, etc.”<sup>651</sup>.

Un fallo reciente que ilustra de buena manera las consideraciones que estamos tratando es la sentencia del Tribunal Oral de Angol de fecha 12 de diciembre de 2019, sobre un caso de hurto en que el autor ocultó varias especies en un bolso que portaba y luego traspasó la línea de cajas recaudadoras sin cancelar su importe, siendo observado y detenido por personal de seguridad al momento de traspasar la puerta de acceso del local comercial. En esta resolución, el Tribunal decide que el *iter criminis* del ilícito se encuentra en grado de desarrollo consumado, que reza: “la conducta del acusado consistente en trasgredir la línea de caja, porque desde ese momento en que desconoce la obligación de pago evidencia el ánimo de lucro y saca de la esfera de custodia del dueño las especies sustraídas. El resto de los mecanismos de protección son adicionales al deber de resguardo, pero el principal es la línea de cajas registradoras”<sup>652</sup>. En definitiva, entiende que “[e]l acusado al traspasar la línea de cajas sin pagar el precio, requisito esencial para apropiarse de la cosa en forma lícita, transgredió la esfera de resguardo del dueño de las especies, entenderlo de otra forma, implicaría una incertidumbre respecto de la oportunidad en que la especie sale de la custodia del dueño: máxime, si la conducta descrita configura el ánimo de lucro del tipo penal”<sup>653</sup>.

Un razonamiento similar se puede observar en la sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel de fecha 27 de septiembre de 2010, sobre un caso de análogas características en que el autor tomó seis frascos de café desde el interior de un supermercado y luego traspasó las cajas registradoras sin haber pagado su valor, siendo sorprendido cuando pretendía eludir los dispositivos de seguridad del establecimiento. Conocido el caso, la Corte opta por invalidar la sentencia recurrida, que calificaba la conducta del acusado en grado de tentativa y que absolvió al imputado, ordenando retrotraer la causa al estado de procederse a una nueva audiencia de juicio simplificado por Juez de Garantía no inhabilitado, señalando que mayoritariamente la doctrina nacional entiende que la apropiación se consuma siempre que el autor aprehenda materialmente la cosa de que se trata y la extraiga de la esfera de resguardo del titular<sup>654</sup>. Sobre el particular, la Corte pormenoriza su argumento señalando que: “[e]n relación a la esfera de custodia o resguardo cabe tener presente que se trata de una noción abstracta y en consecuencia debe ser cotejada con la realidad concreta de las medidas de seguridad que adopte el dueño de un bien y en el caso de autos es evidente que el imputado al traspasar las cajas registradoras sin haber pagado el monto de lo sustraído agotó el concepto de esfera de resguardo,

---

<sup>651</sup> OLIVER CALDERÓN, Guillermo. *Delitos contra la propiedad*, p. 140.

<sup>652</sup> Tribunal de Juicio Oral en lo penal de Angol, RIT N°74-2019, 12 de diciembre de 2019, c. 11.

<sup>653</sup> Tribunal de Juicio Oral en lo penal de Angol, RIT N°74-2019, 12 de diciembre de 2019, c. 12.

<sup>654</sup> Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N°1062-2010, 27 de septiembre de 2010, c. 4.

porque las actividades realizadas por los custodios del local racionalmente excedente el referido ámbito de protección”<sup>655</sup>.

Por último, el mismo criterio, aunque bastante menos fundamentado, sostiene la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 24 de junio de 2006. En esta oportunidad, la Corte conoce de un caso en que la autora ocultó dos trozos de carne en una bolsa que portaba y traspasó las cajas sin pagar su valor, siendo observada y detenida en ese momento por los guardias de seguridad del supermercado. En ella, la Corte opta por mantener la calificación del ilícito en grado consumado del Juez del Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago, señalando que “la acción de apropiación se produjo cuando aquella introdujo en una bolsa las especies hurtadas y traspasó las cajas sin pagar su importe [...] resultando indiferente que su acción hubiere sido observada y seguida por las cámaras de seguridad del recinto”<sup>656</sup>.

#### **4.2.2. Segundo criterio: El traspaso de las paletas de seguridad**

Considerando que no todos los establecimientos comerciales tienen una distribución igual para la disposición de cajas de pago, algunos tribunales de nuestro país han fijado el momento consumativo en el traspaso de las paletas de seguridad que se sitúan en los accesos de estos locales, constituyéndose entonces “dichas paletas de seguridad, en el último límite (o ‘esfera de resguardo’) donde los propietarios de dichos centros comerciales pueden ejercer el control sobre los bienes de su propiedad”<sup>657</sup>. En efecto, a diferencia de los supermercados, existe otra clase de recintos comerciales en que el límite de la zona custodiada no viene dado por las cajas pagadoras, sino que los límites de ésta se encuentran demarcados por las conocidas paletas sonoras de seguridad, las que a menudo se instalan en la salida de estos establecimientos<sup>658</sup> para detectar a los clientes que no pagan las especies, evidenciando de este modo una forma de custodia aun cuando ya se ha rebasado el mencionado umbral de cajas<sup>659</sup>.

La sentencia del Juzgado de Garantía de Talca de fecha 8 de septiembre de 2017 recoge de manera muy clara el criterio en comento. En esta ocasión, el Tribunal conoció de un caso en que el autor ocultó entre sus vestimentas una casaca exhibida en la sala de ventas del local comercial, traspasando posteriormente las paletas de seguridad de la referida tienda sin cancelar el valor de la especie. Según se puede leer de la sentencia, el Juez de Garantía entendió que la conducta del acusado se encontraba

---

<sup>655</sup> Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N°1062-2010, 27 de septiembre de 2010, c. 8.

<sup>656</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°1200-2006, 24 de junio de 2006. *Revista Gaceta Jurídica*, N°313 (2006), c. 6. En. *Revista Gaceta Jurídica*, N°313 (2006).

<sup>657</sup> Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, RIT N°201-2019, 30 de octubre de 2019, c. 13.

<sup>658</sup> En ese sentido, véase: Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Curicó, RIT N°6-2020, 10 de marzo de 2020, c. 13.

<sup>659</sup> VERA SANCHEZ, Juan. *La consumación en el delito de hurto*, p. 251.

en grado de desarrollo consumado, bajo la consideración de que “al haberse traspasado la primera de las barreras de seguridad que mantiene la tienda, esto es, las paletas de seguridad dispuestas en su entrada, que alertaron del traspaso de especies sin que se hubiesen pagado, se rompió con la inicial y más importante esfera de resguardo que el propietario dispuso para su seguridad [...] extinguiendo la posibilidad de pagar el valor de la misma ya que las cajas de pago se encontraban al menos tres metros antes de las paletas de seguridad donde finalmente fue detenido el imputado y aun cuando queden otras medidas constitutivas de radio de protección, se desarrolló una actividad típica evadiendo el principal dispositivo de seguridad, de carácter primario, sin que se interrumpiera el curso de la acción mediante intervención de terceros sino hasta que se traspasó aquel primer y más importante límite y se activó la alarma de seguridad, por lo que el delito se consumó”<sup>660</sup>.

Otro fallo que resulta ilustrativo es la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Talca de fecha 24 de marzo de 2017, sobre un caso de hurto de análogas características al interior de una tienda comercial. El Tribunal concluye que la actuación del acusado se encuentra en grado de desarrollo consumado, teniendo como principal argumento el traspaso de la cosa por los “elementos demarcatorios” consistentes en las paletas de seguridad. En efecto, en la sentencia se puede leer que: “el sujeto activo al pasar las paletas de seguridad sin cancelar en la caja el valor de las prendas, sacó estas de la esfera de resguardo de su propietario y el delito se entiende consumado, independiente del hecho de que los guardias se hubieren percatado a través de la cámara de video que se estaban realizando por parte del acusado acciones destinadas a perpetrar un delito de hurto”<sup>661</sup>. Finalmente, la Corte de Apelaciones de Talca, conociendo del recurso de nulidad interpuesto por la defensa del acusado, decide confirmar la sentencia recurrida y mantener la calificación del delito de hurto como consumado, señalando en relación a esto último que “la circunstancia de haber sido detenido por los guardias de seguridad en las afueras del lugar, no altera la circunstancia de haber salido ya de la esfera de resguardo de la víctima [...], sin importar que la presencia del acusado fuera advertida por los sistemas de seguridad cuando se encontraba en el interior de la tienda, pero no pudiendo proceder a su detención, por cuanto, como señala la sentencia, perfectamente podría haber pagado las prendas antes de traspasar las paletas de seguridad, en cuyo caso la detención sería ilegal”<sup>662</sup>.

#### **4.2.3. Tercer criterio: La salida del establecimiento comercial**

De acuerdo con este criterio, lo determinante para el momento consumativo es la salida de la especie del recinto comercial en que se encontraba sin pagar su valor. En efecto, para determinar el grado de

---

<sup>660</sup> Juzgado de Garantía de Talca, RIT N°4749-2017, 8 de septiembre de 2017, c. 12.

<sup>661</sup> Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Talca, RIT N°40-2017, 24 de marzo de 2017, c. 5.

<sup>662</sup> Corte de Apelaciones de Talca, Rol N°383-2017, 12 de mayo de 2017, c. 4.

ejecución en el delito de hurto en estos casos, algunos tribunales han planteado que, tratándose de una sustracción desde una tienda comercial, la esfera de resguardo está determinada por el espacio físico del referido comercio, de manera tal que el ilícito se consuma en el acto mismo en que el autor sale del recinto sin pagar el producto<sup>663</sup>. Como puede advertirse, esta tendencia jurisprudencial no constituye sino el mismo criterio sentado por la teoría de la *ablatio* (en sentido material), pero complementada con la teoría de la extracción de la esfera de resguardo, fuera del cual debe sacarse la cosa. Conforme a lo anterior, se ha planteado que hay delito frustrado de hurto siempre que el agente, no obstante haber aprehendido las especies ajenas, no logre extraerlas de la esfera de resguardo de su dueño entendiendo por este último, el espacio físico en que el titular razonablemente ejerza vigilancia y control sobre las mismas<sup>664</sup>.

Ahora bien, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso ilustra de buena manera el criterio más arriba expuesto. En esta oportunidad, la Corte conoce de un caso en que el autor sustrajo varias prendas ocultándolas en una bolsa que portaba y luego salió de la tienda comercial, siendo posteriormente interceptado y detenido por carabineros en la vía pública a pocos metros del referido local. El razonamiento de la Corte gira en torno al hecho de que el autor logró sacar las especies fuera del establecimiento comercial, desestimando la alegación de la recurrente referente a que la actuación de su defendido se encontraría en grado frustrado, en razón de haber sido perseguido por uno de los guardias de seguridad sin perderlo de vista en ningún momento desde su salida del establecimiento comercial. En efecto, la Corte opta por validar la sentencia dictada por el Juez del Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago señalando que: “lo que importa poner de relieve desde el punto de vista del momento en que se consuma el delito materia de la conducta, es que, en el caso concreto, el acusado sustrajo de la tienda especies y junto a ellas, logró quebrar la custodia del titular, huyendo inmediatamente con éstas fuera de la tienda, de forma tal que en atención a la modalidad fáctica del delito aquí examinado, las especies fueron efectivamente sacadas fuera del ámbito de vigilancia y control de su propietario, de lo que se sigue a juicio de estos sentenciadores que el hecho ilícito se consumó desde el momento en que V.F. ‘huyó del lugar’ con las especies hacia la vía pública”<sup>665</sup>.

En otra ocasión, la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en un caso de análogas características en que el autor fue observado y detenido por guardias de seguridad cuando se disponía a salir el local sin pagar las especies, decide invalidar la sentencia dictada por el Juez del Juzgado de Garantía de San

---

<sup>663</sup> Décimo Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago, RUC N°0500287915-K, 4 de octubre de 2005, c. 9. Corte de Apelaciones de La Serena, Rol N°473-2015, 10 de septiembre de 2015, c. 1. Corte de Apelaciones de La Serena, Rol N°490-2015, 24 de septiembre de 2015, c. 1, Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Chillán, RIT N°280-2017, 12 de diciembre de 2017, c. 10.

<sup>664</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°966-2005, 10 de marzo de 2006, c. 7. *Revista Procesal Penal*, N°45 (2006).

<sup>665</sup> Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°1868-2019, 23 de octubre de 2019, c. 6.

Antonio, que calificaba la conducta del acusado en grado de tentativa, y en cambio concluye que la falta de hurto se encuentra en grado de frustrada, señalando en relación a esto último lo siguiente: “quien en la sala de venta de un local comercial esconde especies entre sus ropas, las está sacando de la esfera de custodia de su dueño y se está apropiando de ellas cuando intenta abandonarlo sin cancelar su valor, por lo que es posible presumir que quienes concurren a estos establecimientos comerciales actuarán de buena fe pagando los productos y cancelándolos en las cajas registradoras, luego de exhibirlos [...] De no hacerlo, la apropiación se habría producido al interior del local y este acto, entonces, culmina y se concreta cuando el hechor logra salir por las puertas habilitadas para el público sin pagar el precio de los productos que ha escondido”<sup>666</sup>. Luego, la Corte indica: “[I]os sistemas de vigilancia implementados en este tipo de negocios apuntan, sin duda, al repudio que le merece al dueño de las especies y su falta de voluntad para que se apropien de ellas, y le permiten controlar y denunciar los hurtos que pudieren verse facilitados frente a esta estructura económica, dada la excesiva libertad con que se puede actuar en la sala de ventas y exhibición de los productos. Sin embargo, estos sistemas de vigilancia no pueden confundirse con la esfera de resguardo que tiene el dueño sobre sus especies”<sup>667</sup>.

Por último, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 24 de enero de 2007, recoge de manera muy clara el criterio más arriba expuesto, sobre un caso en que el autor introdujo las especies en una bolsa que portaba y luego salió del recinto sin cancelar su valor. En ella, se puede leer que: “es claro que el ilícito alcanzó su máxima etapa de desarrollo, esto es, se consumó, pues se realizó completamente el hecho típico, sin que obste a lo anterior la circunstancia de estar dotado el establecimiento comercial de cámaras de vigilancia, que permitieron observar al acusado, porque lo determinante para la calificación de frustrado es apreciar si las especies salieron o no del recinto físico en que se encontraban, con abstracción de si existían o no cámaras de vigilancia que permitieron identificar y aprehender al delincuente”<sup>668</sup>. Al respecto, la Corte hace hincapié en que “no obsta a la conclusión anterior el hecho de que el establecimiento comercial estuviere dotado de cámaras de vigilancia a través de las cuales se pudo observar y seguir al acusado, ya que tales medios tecnológicos existen para prevenir su comisión y perseguir a quienes operan allí con frecuencia. Pero de ello no se

---

Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°1108-2013, 30 de octubre de 2013, c. 7.

<sup>667</sup> Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°1108-2013, 30 de octubre de 2013, c. 7.

<sup>668</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°117-2007, 24 de enero de 2007, c. 7. En: *Revista Gaceta Jurídica*, N°319 (2007). Un planteamiento similar se puede leer en la sentencia del Juzgado de Garantía de Curicó, en esta ocasión respecto a los guardias de seguridad del local, en un caso de hurto en que el autor ocultó varias prendas exhibidas en un bolso y posteriormente se retiró de la tienda sin pagar su valor. En efecto, en ella se puede leer: “[e]l sentenciado traspasó las medidas de resguardo que protegen el local comercial, medidas que van más allá de los guardias de seguridad quienes, por lo general, alertan y retienen a las personas que son sorprendidas hurtando especies, pero, en este caso, A.N. alcanzó a salir de la tienda, aunque hubiese sido por escasos metros, con la bolsa que contenía las prendas de vestir en su poder, las que no eran suyas, pues no había pagado los valores correspondientes, por consiguiente el delito se consumó”. Juzgado de Garantía de Curicó, RIT N°55-2019, 19 de agosto de 2019, c. 8.

puede inferir que los delitos de hurto cometidos en ese contexto deban siempre estimarse frustrados si se sorprende al hechor por efecto de la utilización de tales medios”.

#### **4.2.4. Cuarto criterio: El franqueo de todos los mecanismos de seguridad**

Por último, algunos tribunales de justicia han planteado que, en esta clase de negocios de los que ahora tratamos, el delito de hurto se halla consumado desde el momento en que el autor evade todos los mecanismos que la víctima dispone para resguardar las especies, debiendo determinarse en cada caso en particular qué alcance tiene la referida protección, dentro de los cuales se consideran obviamente el personal de seguridad, los sensores de seguridad de la tienda o las cámaras de vigilancia<sup>669</sup>. Este criterio parte de la base de que la existencia de la sustracción exige considerar las características del sitio de comisión del delito, esto es, establecimientos de comercio en los que generalmente existen abundantes medios técnicos y humanos que permiten ejercer vigilancia en todo el ámbito de custodia, medios que precisamente se utilizan por tratarse sistemas de comercio en que las especies a la venta se encuentran al alcance de cualquier persona que ingresa a ellos.

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco de fecha 1 de enero de 2020 ilustra de buena manera estas consideraciones, sobre un caso de hurto en que el autor ocultó varias especies en un bolso que portaba y luego traspasó la línea de cajas sin cancelar su importe, siendo observado y detenido en ese momento por los guardias de seguridad del supermercado. En esta ocasión, la Corte acogió el recurso de nulidad interpuesto por la defensa del acusado, en lo referido a la calificación del hurto en grado de desarrollo consumado del Tribunal de Oral en lo Penal de Angol , y en su reemplazo concluyó que la conducta enjuiciada se encontraba en grado de desarrollo frustrado, bajo la consideración de que: “no es posible prescindir del hecho público y notorio, que en estos establecimientos existen los medios técnicos y humanos que permiten ejercer la vigilancia en todo el ámbito de custodia, de donde surge que la detención más o menos inmediata una vez traspasadas las cajas de pago no modifica sustancialmente la situación, puesto que existen otras esferas de custodia como los pórticos electrónicos con sensores, las puertas del local comercial y luego las rejas perimetrales del recinto”<sup>670</sup>.

Otro fallo que nos sirve para ilustrar lo señalado es de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de fecha 30 de octubre de 2017. En este caso, el autor ocultó entre sus vestimentas cuatro paquetes de queso y luego traspasó las cajas registradoras del supermercado sin pagar su valor, siendo observado y retenido por un guardia del lugar. En ella, la Corte opta por mantener la calificación del ilícito en

---

<sup>669</sup> Juzgado de Garantía de Valparaíso, RIT N°4162-2014, 16 de mayo de 2014, c. 5.

<sup>670</sup> Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N°1084-2019, 14 de enero de 2020, c. 6.

grado de desarrollo tentado del Juez del Juzgado de Garantía de San Felipe. A este respecto, interesante resulta mencionar las alegaciones formuladas por el Ministerio Público en su recurso de nulidad y contrastarlas con la decisión de la Corte en torno a las mismas. Así, podemos mencionar, que la recurrente señala que “[l]a frustración en el hurto cometido en supermercados y otros grandes almacenes de autoservicio se daría precisamente al trasponer el sujeto el límite de las cajas y ser detenido al intentar hacer abandono del local sin haber hecho abono del valor de lo substraído”. En respuesta a las alegaciones expuestas, la Corte observa que: “Mientras el agente esté desapoderando al paciente, lo cual en los supermercados y establecimientos análogos ocurrirá cuando pasa el local de pago escamoteando las cosas que quiere llevarse gratis, hay tentativa [...] Ahora, que haya traspuesto con éxito el recinto de cajas no significa necesariamente que consiguió desapoderar del todo al sujeto pasivo ni, tanto menos, que pudiera disponer del bien ajeno como propio”<sup>671</sup>. Luego, mantiene el criterio en comento al señalar que: “[e]n consecuencia, no yerra el tribunal al calificar la conducta del inculpado como tentativa, precisamente por las características del sitio de comisión del delito, un establecimiento de comercio dotado de una plétora de medios personales y técnicos con que conservar la mercadería a disposición del supermercado hasta que el cliente las compre, medios que se usa precisamente por tratarse de un recinto en que la propia clientela escoge, recoge y moviliza por sí mismas las cosas”<sup>672</sup>.

Para finalizar, nos parece interesante hacer referencia a la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 24 de enero de 2007, la que refleja de manera muy clara el criterio más arriba expuesto, a propósito de un caso de análogas características en que la autora fue observada y detenida por los guardias del local comercial al activarse las paletas de seguridad del referido establecimiento. En esta ocasión, la Corte opta por confirmar la sentencia recurrida, que califica la conducta de la sentenciada como constitutiva de hurto en grado de desarrollo frustrado, bajo la consideración de que: “en tanto el infractor no logre burlar todos los resguardos que la víctima ha dispuesto para la protección de lo suyo no podemos estar en presencia de un delito consumado, sino que frente a un caso frustrado, toda vez que [...] la imputada puso todo de su parte para concretar la ruptura de la esfera de resguardo y custodia, no lográndolo, precisamente, por la reacción de los mecanismos de resguardo que la propia víctima había dispuesto, en la especie, la activación de las paletas de seguridad, que determinó el actuar de los guardias por ella contratados y la consiguiente detención de la acusada, lo que impidió el perfeccionamiento del ilícito, es decir, con su intervención frustró el delito, no dando pábulo al delincuente a actuar como señor y dueño”<sup>673</sup>.

---

<sup>671</sup> Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°1827-2017, 30 de octubre de 2017, c. 5.

<sup>672</sup> Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°1827-2017, 30 de octubre de 2017, c. 6.

<sup>673</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°70-2007, 24 de enero de 2007, c. 3. En: *Revista Gaceta Jurídica*, N°319 (2007).

### **4.3. Determinación del *iter criminis* en casos de sustracción de especies al interior de establecimientos comerciales.**

#### **4.3.1. Consumación. Protección de la intimidad del consumidor. Consumo de alimentos o bebestibles al interior de establecimientos comerciales.**

El grupo de sentencias presentadas hasta el momento suministran un catálogo de criterios utilizados por nuestros tribunales de justicia para precisar el momento consumativo del hurto en establecimientos comerciales.

Al respecto, tres de los criterios expuestos fijan un límite estático para la determinación del grado de desarrollo del ilícito, variando únicamente en relación al punto específico en el espacio en que el delito de hurto se consuma. En efecto, siguiendo esta idea, los fallos citados prestan atención únicamente en la variante espacial de la relación del sujeto con la cosa, usando para ello elementos demarcatorios de la estructura física diseñada por la víctima para configurar el hurto, como las cajas de pago, las paletas de seguridad o las puertas de acceso al establecimiento. Ciertamente, no puede desconocerse que desde el punto de vista de la determinación del *iter criminis* la principal ventaja que presentan estos criterios es su generalidad, pues en la práctica resultaría suficiente comprobar que el autor traspasó con la cosa ajena alguno de los hitos posesorios antes referidos para concluir que el hurto se encuentra invariablemente consumado.

El problema con estas fórmulas auxiliares, sin embargo, es que establecer *ex ante* un límite o punto específico en el espacio para el momento de ruptura de la custodia ajena resulta arbitrario, pues desconoce el carácter eminentemente práctico del concepto de custodia, variable según las circunstancias del caso concreto<sup>674</sup>. De ahí que, en nuestro concepto, dependerá de varios factores si basta o no con traspasar la línea de cajas, las paletas de seguridad o la salida del recinto comercial para reconocer la consumación de un delito de hurto.

En efecto, como se dijo anteriormente, los delitos de apropiación mediante sustracción descansan sobre un «hecho bruto»: la relación fáctica de poder existente entre el cuerpo de una persona y el cuerpo de una cosa. Esta dimensión fáctica de la relación de custodia exige considerar la conexión real (objetiva) existente entre la cosa y su propietario, a través de diversos elementos de control adoptados por la víctima con la finalidad de resguardar materialmente su señorío sobre la cosa. En consecuencia, no podemos sino discrepar del tratamiento jurisprudencial que se ha dado en conformidad a estos tres primeros criterios auxiliares a la resolución de estos casos de hurto, omitiéndose por esta vía una serie de datos esenciales de la causa relativos al aspecto fáctico de la

---

<sup>674</sup> En este sentido, véase: OLAVE ALBERTINI, Alejandra. “El delito de hurto como tipo de resultado”, p. 203.



relación de custodia que presuponen todos los delitos de apropiación mediante sustracción, esto es, otros elementos o componentes del sistema de custodia del establecimiento comercial en los casos analizados anteriormente y que *objetivamente* intervinieron exitosamente el proceso de sustracción de la cosa por parte del autor, tales como la existencia de cámaras de vigilancia o guardias de seguridad que impidieron al hechor apropiarse de las especies exhibidas al interior del local comercial.

Desde esta perspectiva, nos parece más acertado el cuarto criterio empleado por la jurisprudencia para resolver estos casos de sustracción al interior de establecimientos comerciales, pues logra al menos la ductilidad necesaria para evitar las arbitrariedades que producen las fórmulas judiciales rígidas antes descritas, al reconocer las peculiaridades del modelo de compraventa en autoservicio y sus implicancias fácticas en la configuración de la relación de custodia que es propia de este género de negocios. En efecto, este criterio de solución incorpora a la valoración del *iter criminis* del hurto todos los medios mecánicos y humanos que conforman el sistema de seguridad de esta clase de establecimientos comerciales, en el entendido de que mientras el autor no haya franqueado todos los controles dispuestos por el propietario para la protección de la especie no podemos estar frente a un delito consumado (sino que frente a un delito tentado o frustrado), dentro de los cuales sin duda alguna se comprenden los guardias privados de seguridad o las cámaras de vigilancia del recinto comercial. Esto último resulta evidente, si consideramos que los establecimientos de comercio pagan por estos servicios precisamente para incrementar su capacidad de inspección y resguardo sobre las especies que se encuentran a la venta en su interior<sup>675</sup>, medios que se usan no sólo para mantener a su disposición los productos hasta que los clientes paguen en las cajas su valor, sino que también para evitar el egreso de los consumidores con las especies cuando se haya incumplido con la condición de pago impuesta por la administración del recinto comercial.

Lo expresado en el párrafo anterior es consistente con la postulación de un criterio de determinación del momento de consumación del hurto vinculado al modelo de la ruptura de custodia ajena y la constitución de una nueva custodia sobre la cosa. Como se indicó anteriormente, lo que distingue a la conducta típica del hurto desde el punto de vista objetivo de la acción de apropiación del artículo 432 del Código Penal consiste en que, en cuanto delito de sustracción, la pretensión del autor de posicionarse respecto de la cosa como señor y dueño ha de materializarse en una ruptura de la custodia

---

<sup>675</sup> En este sentido, la jurisprudencia ha resuelto que: “Los guardias de seguridad de los Mall forman parte de la esfera de resguardo y custodia de las tiendas que en él se encuentran. Dado que éstas pagan por ese servicio, la esfera de custodia o resguardo se amplía, toda vez que ellos velan por la seguridad de las tiendas que están al interior del recinto”. Décimo Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago, RIT N°1507-2005, 15 de noviembre de 2005, c. 5. En: *Revista Procesal Penal*, N°41 (2005).

ajena de la cosa, acompañada de la constitución de una nueva custodia sobre esa cosa. Así, el proceso de ruptura de custodia se podrá materializar de distintas maneras dependiendo de la forma y extensión de la custodia que se ejerza sobre el objeto en cuestión<sup>676</sup>.

Tratándose de los casos de sustracción de bienes en establecimientos configurados como autoservicio, esto significa que el momento de consumación se encuentra determinado por la forma en que el propietario decide ejercer su custodia sobre los objetos exhibidos al interior de este tipo de establecimientos. Desde esta perspectiva, lo que se deberá determinar en primer lugar entonces son los diversos indicios prácticos a través de los cuales se manifiesta externamente esta relación de custodia al interior del establecimiento en cada caso en particular, tales como cámaras de vigilancia, sensores de alarmas, personal de seguridad, puntos de acceso, etc.<sup>677</sup>, pues precisamente será conforme a tales circunstancias fácticas que habrá de delimitarse posteriormente el alcance o extensión de esa misma custodia o protección. Luego, en un segundo nivel de análisis, será necesario determinar si el autor a través de su conducta condicionó (intrínsecamente) un quiebre completo del sistema de custodia del titular, lo que acontecerá cuando haya vencido, de forma clara y precisa, todas las cautelas situacionalmente dispuestas por el establecimiento comercial para el resguardo de la cosa, generándose una nueva custodia sobre la misma por parte del autor (que tendrá que ser vencida por el anterior detentador)<sup>678</sup>. Desde la óptica de la víctima, esto significa que todos los medios de control implementados por el mismo titular o por sus representantes para esta función de protección al

---

<sup>676</sup> En ese sentido, véase: OLAVE ALBERTINI, Alejandra. “El delito de hurto como tipo de resultado”, p. 187

<sup>677</sup> Sobre este punto, resulta interesante la situación de las personas encargadas de las cajas de pago (cajera/os), específicamente en cuanto a si desempeñan o no labores de resguardo o vigilancia a ser consideradas en la reconstrucción del sistema de seguridad del establecimiento. A nuestro juicio, si bien lo normal en este tipo de negocios es que estas personas se preocupen de recibir el pago por los productos que los clientes manifiestan, mientras que las funciones de resguardo o custodia son cumplidas principalmente por cuerpos de guardias de seguridad estratégicamente ubicados en diversos puntos del establecimiento (estacionarios o en rondas de vigilancia), lo cierto es que en la práctica la función de las cajas de pago no se limita exclusivamente a recaudar el pago de las especies. En efecto, las personas encargadas de las cajas de pago también pueden cumplir secundariamente una función de vigilancia o resguardo, precisamente mediante el registro visual de todas las especies que los clientes les manifiestan en dicho emplazamiento para el pago, pudiendo de esta forma advertir al cuerpo de seguridad del establecimiento respecto de todos aquellos casos en que el sujeto activo sólo cancela parcialmente la totalidad de los productos que se apropia, o inclusive compelerlos al pago de los mismos cuando por rapidez o destreza el autor busca evitar su pago sin siquiera ocultarlos entre sus pertenencias, confiando por lo general en la existencia de una oportunidad vinculada al descuido o aglomeración en las cajas de pago, para luego recogerlos como si hubieran sido oportunamente cancelados.

<sup>678</sup> En la doctrina nacional, una defensa reciente de esta postura es sostenida por Olave, quien tras adherir a la teoría de la ruptura de la custodia y constitución de una nueva, afirma que: “Quien sustrae y esconde un producto de un local comercial, logrará quebrar la custodia del titular si logra burlar todos los instrumentos de seguridad con los que tal local cuenta, dependiendo entonces la ruptura de custodia del nivel de seguridad (así, de cómo el titular del bien decida ejercer su custodia) del establecimiento). OLAVE ALBERTINI, Alejandra. “El delito de hurto como tipo de resultado”, p. 187. Una opinión similar se encuentra en el comentario jurisprudencial de Fernández, quien analizando estos casos desde la óptica de la teoría de la ablatio concluye que el momento consumativo del hurto en estos establecimientos “no se puede circunscribir exclusivamente a las cajas y puertas de seguridad, sino que debe comprender todos los sistemas materiales y humanos destinados a esa función que de hecho impidan que el sujeto se apropie de la cosa mueble”. FERNANDEZ CRUZ, José. “Sentencia sobre la determinación del ‘iter criminis’ en la falta de hurto cometido en supermercados (Juzgado de Garantía de Valdivia – Corte de Apelación de Valdivia), p. 239.

momento de la sustracción han *objetivamente* fracasado, quienes por tanto ya no pueden recuperar la custodia de la cosa sin realizar un esfuerzo adicional al originalmente invertido para su protección o resguardo (v.gr., mediante la persecución inmediata del ladrón tras la culminación exitosa de la sustracción)<sup>679</sup>.

Ahora bien, corresponde hacer en este punto una aclaración. El reconocimiento de que en estos casos sólo existe una ruptura del sistema de custodia completo cuando el autor logra evadir todos los instrumentos de seguridad con los que el local cuenta<sup>680</sup>, no implica ciertamente rechazar la posibilidad de que en su aplicación práctica tales instrumentos se encuentren delimitados a un cierto espacio físico sobre el cual existe un control esperado por el titular (v.gr., el recinto comercial), pero en tal escenario es necesario considerar en el análisis *todos* los componentes (materiales y humanos) destinados a esa función de protección en dicho espacio determinado<sup>681</sup>. Esto tiene una consecuencia de importancia de cara a aquellos casos en que el autor es perseguido inmediatamente hacia la vía pública por personal de seguridad del recinto comercial para su captura. Pues, en la medida que esa labor de vigilancia se entiende pragmáticamente delimitada en referencia al interés del propietario de evitar la salida sin pago de las especies del establecimiento comercial, entonces sería posible sostener que en estos casos (a pesar de) la persecución inmediata del ladrón hacia la vía pública por los dependientes de la empresa, la especie de todas formas es sacada del control esperado de su titular, rompiéndose definitivamente su custodia y consumándose el delito de hurto, a pesar de existir todavía –bajo la regulación de la legítima defensa– una chance de recuperar la custodia sobre la cosa mediante la captura del autor por los guardias de seguridad o bien debido al oportuno accionar policial durante la persecución ininterrumpida del autor.

Ahora bien, hasta el momento el análisis se ha centrado en el carácter fáctico o material de la custodia de los establecimientos comerciales, cuya ruptura dependerá de los elementos de seguridad con los que cada local cuenta, así como del ámbito situacional concreto en que se desarrolle la dinámica de la sustracción<sup>682</sup>. Empero, la dimensión física de la relación de custodia no siempre servirá para

---

<sup>679</sup> Una opinión similar sostiene Sanchez-Ostiz, conforme al cual el momento consumativo en estos casos se produce “no con la toma de los bienes o su traslación dentro del establecimiento, sino con la frustración de la pretensión del propietario de mantener bajo su control los bienes que ha colocado al alcance de los eventuales clientes”. SANCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo. “Consideraciones sobre los delitos de hurto y robo cometidos en establecimientos de autoservicio”, p. 248.

<sup>680</sup> En este sentido, véase: OLAVE ALBERTINI, Alejandra. “El delito de hurto como tipo de resultado”, p. 187.

<sup>681</sup> Un buen ejemplo de este planteamiento se observa en la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Santiago de fecha 17 de diciembre de 2005, al sostener que: “[e]s menester destacar que el acusado fue sorprendido fortuitamente por funcionarios de carabineros, saliendo de los establecimientos del local comercial, esto es, ya afuera del inmueble y una vez que los mecanismos de protección y resguardo que la empresa tiene para impedir la sustracción de especies desde su interior habían fracasado, por lo que el delito, en concepto de este tribunal ya se había consumado”. Séptimo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT N°61-2005, 17 de diciembre de 2005, c. 6. En. *Revista Procesal Penal*, N°42 (2005).

<sup>682</sup> En efecto, será distinto si la acción se ejecuta cuando existe un menor nivel de vigilancia en el establecimiento de comercio, como sucedería por ejemplo si la sustracción es llevada a cabo por los mismos trabajadores del local, quienes se

resolver todos los problemas de la consumación en los delitos de apropiación como el hurto. En efecto, como señalamos con anterioridad, esto se ve particularmente reflejando en los casos de esferas concéntricas de resguardo de mayor o menor intensidad, en los cuales lo determinante para establecer el momento de la consumación del delito no es el aspecto fáctico del concepto de custodia, sino su dimensión de sentido en atención a un determinado marco jurídico-cultural. Al respecto, sostuvimos que la particularidad del criterio aplicable al caso chileno a este respecto consistía en que, para reconocer una completa ruptura de la custodia y la constitución de una nueva custodia sobre el bien, el autor siempre deberá franquear todos los mecanismos situacionalmente dispuestos por la víctima para la protección de la cosa, *aun cuando pueda haber ocultado la especie al interior de un ámbito reservado de privacidad o intimidad reservado de toda intromisión ajena.*

Con todo, nuestra pretensión de mantener el mismo criterio tratándose de estos delitos en el marco de establecimientos de autoservicio, en cuanto a no considerar consumado el hurto en el momento en que el sujeto oculta la cosa en un “ámbito reservado”, eventualmente podría ser objetada esgrimiendo un argumento de texto legal. En efecto, el artículo 15 de la Ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores establece que:

*“Los sistemas de seguridad y vigilancia que, en conformidad a las leyes que los regulan, mantengan los establecimientos comerciales están especialmente obligados a respetar la dignidad y derechos de las demás personas.*

*En caso de que se sorprenda a un consumidor en la comisión flagrante de un delito los gerentes, funcionarios o empleados del establecimiento se limitarán, bajo su responsabilidad, a poner sin demora al presunto infractor a disposición de las autoridades competentes”.*

De acuerdo a la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema, esta última disposición contiene una norma de protección general en favor de las personas que ingresan a un local comercial, que pone de relieve la dignidad y sus derechos por sobre las necesarias medidas de resguardo que los proveedores

---

aprovechan de su acceso privilegiado a las especies para esconderlas al interior del lugar y luego sacarlas cuando se encuentre cerrado al público general; que si en cambio la sustracción de la cosa es llevada a cabo cuando las especies se guardan con mayor celo por el establecimiento comercial, como sucedería por ejemplo tratándose de un consumidor que ingresa con la intención de hurtar especies durante el horario de atención de público, el que necesariamente deberá franquear todas las medidas de seguridad que se encuentren en funcionamiento en ese momento al interior del local (guardias, cámaras de vigilancia, alarmas, paso por caja como única vía para salir del establecimiento, etc.). Como se ve, las cautelas que el autor deberá superar varían considerablemente según el caso de que se trate, lo que repercute a su vez en la dinámica fáctica que el autor deberá realizar para concluir exitosamente la sustracción de la cosa de la custodia del establecimiento comercial. A modo de ejemplo, véase: Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°6779-2018, 2 de enero de 2019, c. 4 y ss., sobre un caso de hurto frustrado cometido por un trabajador al interior del área de estantería del centro de distribución de un local comercial.

puedan adoptar para precaver eventuales delitos. La magnitud de la preeminencia que la ley reconoce a la dignidad de las personas es posible advertir en su inciso segundo, puesto que aun en el caso de verificarse un delito flagrante, únicamente permite la detención por particulares para la sola finalidad de poner al hechor a disposición de las autoridades competentes<sup>683</sup>. Así, el inciso segundo de la norma citada podría considerarse como una razón para sostener que, de manera excepcional, debido a las particularidades de los establecimientos comerciales, cuando las especies son ocultadas en el cuerpo o en las pertenencias del hechor, el legislador asume que se trata de espacios reservados de especial protección, donde cualquier acto de defensa por el dueño o sus representantes para recuperar la especie se presenta como una autotutela prohibida que afecta la intimidad del cliente-autor. En principio, como contrapartida a la exclusión de la aplicación de las reglas de la legítima defensa en estos casos, podría entenderse que cuando el cliente esconde un producto en un espacio reservado, como un bolsillo de su pantalón o un bolso, inaugura un nuevo enclave de custodia que importa un rompimiento definitivo de la relación de custodia anterior, a pesar de estar siendo vigilada por los mecanismos de seguridad del establecimiento, con la consiguiente consumación del delito<sup>684</sup>.

Esta interpretación, sin embargo, nos parecería errada. Para explicar lo anterior, puede ser útil prestar atención a un reciente fallo de la Corte Suprema de fecha 21 de febrero de 2020. En este caso, la Corte resolvió un conflicto suscitado por un caso de hurto en que el autor ocultó dos mercaderías en un bolso que portaba y luego salió del local sin pagar su valor, siendo detenido y registrado en sus pertenencias en el mismo lugar por personal de seguridad antes de la llegada de Carabineros. En tal contexto, la Corte Suprema reflexiona sobre la base de una eventual declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia definitiva por infracción sustancial de derechos o garantías fundamentales a solicitud de la defensa del acusado, de conformidad con la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal<sup>685</sup>. Al respecto, la Corte opta por resolver que, en caso de verificarse un delito flagrante a través del sistema de seguridad y vigilancia de estos establecimientos, la única facultad que el inciso segundo del artículo 15 de la Ley 19.496 le confiere al afectado o a sus representantes es detener al hechor para la sola finalidad de ponerlo a disposición de las autoridades competentes y, en caso

---

<sup>683</sup> Corte Suprema, Rol N°33252-2019, 21 de febrero de 2020, c. 5.

<sup>684</sup> Yáñez parece adherir a esta tesis al sostener que: “Si reiteradamente los tribunales de alzada de nuestro país han sostenido que los guardias de seguridad de un establecimiento no tienen facultades para revisar a una persona detenida por hurto, necesariamente debemos concluir que se asume que cuando las especies están ocultas en el cuerpo o bolsos del hechor el delito está consumado, excluyendo por este motivo la aplicación de las reglas de la legítima defensa”. YAÑEZ ARRIAGADA, Rodrigo. “Una revisión crítica de los habituales conceptos sobre el iter criminis en los delitos de robo y hurto”, p. 120.

<sup>685</sup> El artículo 373 del Código Procesal Penal dispone que: “Procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia: a) Cuando, en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes”.

alguno, para limitar otras garantías fundamentales o para efectuar diligencias autónomas de investigación que el legislador ha entregado de manera excepcional a los funcionarios policiales<sup>686</sup>.

Pues bien, ¿qué importancia tiene esta interpretación para el problema que aquí nos ocupa? A nuestro juicio, la relevancia de esta sentencia es que precisamente pone de manifiesto los efectos normativos que cabe atribuir, bajo las particularidades del ordenamiento jurídico chileno y su práctica jurisdiccional, a la constitución de nuevos enclaves de custodia por parte de los clientes sobre los productos que se encuentran a la venta al interior de locales configurados como autoservicios. A mayor abundamiento, las consideraciones precedentes apuntan decisivamente a favor de reconocer, al menos bajo el derecho chileno vigente, una conexión entre los casos de esferas concéntricas –esto es, casos en donde se involucra una expectativa de privacidad de parte del autor– y el deber de exclusión de las pruebas obtenidas de manera ilícita con infracción de garantías constitucionales.

En otras palabras, tratándose de aquellos casos en que los consumidores esconden la mercadería en lugares de especial protección pero no se sortean todos los mecanismos de custodia, un análisis de la praxis judicial<sup>687</sup> normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes en torno al respeto de la privacidad y el espacio personal bajo el ordenamiento jurídico chileno, permite sugerir la idea de que la controversia jurídica concerniente a la ponderación de los intereses en juego producto de esta dualidad de estructuras relacionales de custodia con la cosa en el conflicto penal, debe ser analizada y explicada con ocasión de los principios y garantías de derechos consustanciales al *proceso* penal –concretamente, desde la óptica de la prohibición de valoración de la prueba ilícita–, y no desde la óptica de la calificación del *iter criminis* del delito de hurto en nuestro Código Penal<sup>688</sup>.

El único caso problemático que, *prima facie*, permitiría arribar a una conclusión diferente en relación a la regla general aplicable al caso chileno, tiene lugar cuando se consumen productos comestibles o bebestibles que se encuentran a la venta al interior de establecimientos comerciales. Esto obedece a que, cuando se consumen alimentos destinados a la venta, la doctrina nacional estima que ya ha tenido

---

<sup>686</sup> Corte Suprema, Rol N°33252-2019, 21 de febrero de 2020, c. 5.

<sup>687</sup> Véase., *supra* 4.2.

<sup>688</sup> Sobre este punto, resulta interesante señalar que es cuestionable la existencia de una prohibición absoluta de revisión del delincuente por el afectado o sus representantes para el recupero de la especie en legítima defensa de su derecho de propiedad. Esta línea argumentativa queda bien reflejada en el voto disidente del Ministro Valderrama, quien fundamenta su decisión señalando que si bien la acción estatal no puede ser requisito sine qua non para que opere el remedio de exclusión probatoria respecto a la evidencia obtenida con flagrante vulneración de derechos fundamentales, también es cierto que no cualquier actuación de particulares pone en movimiento la referida sanción de ineficacia probatoria. Luego, opina que es cuestionable que la infracción producida a los intereses del hechor reúna la entidad suficiente para ser considerada acción ilícita que habilita a poner en marcha tal institución, si consideramos que el hallazgo se produjo al proceder a la detención de quien fue sorprendido en delito flagrante, conclusión para la cual resultaba indispensable la revisión de las pertenencias del autor, toda vez que sin tal examen la hipótesis que habilitaba para la referida medida (la detención) carecía de sustento. Voto disidente del Ministro Valderrama de la Corte Suprema, Rol N°33252-2019, 21 de febrero de 2020, c. 2. y ss.

lugar un acto que ha generado un menoscabo irreversible sobre la cosa<sup>689</sup>, esto es, una plena arrogación del contenido fáctico de poder correlativo a la posición jurídico formal de propietario. En efecto, desde la óptica de la concepción del hurto como un delito de resultado cortado, la fugaz pero definitiva consolidación de ese poder fáctico de disposición sobre la cosa por el autor y su extinción correlativa para el titular anterior mediante el efectivo aprovechamiento de la cosa se corresponde con el agotamiento del delito, y que en la práctica opera retroactivamente como prueba de la consumación de la apropiación. Así, cuando una persona consume uno de estos productos dentro del recinto de multiservicios sin cancelar su valor, se rompe la custodia (espacial) anterior sobre la cosa y se constituye una nueva (por el porte), aunque la duración de ésta última es extremadamente breve, pues el sujeto activo consume la cosa casi de inmediato, con lo que ésta se destruye<sup>690</sup>.

En nuestra opinión, a pesar de que el porte “por ingestión” sí puede considerarse un “espacio reservado” por sí mismo insuficiente para la consumación del hurto, la razón por la cual en estos casos sí cabe reconocer la consumación del delito se debe a que la completa ruptura de la custodia ajena tiene lugar conjuntamente con la *destrucción* de la cosa<sup>691</sup>, siendo difusa la línea que separa la consumación del delito con el agotamiento del mismo<sup>692</sup>. Como ya se ha visto, esto se puede explicar desde el punto de vista del hecho bruto (en la terminología de Searle) que sirve de sustrato fáctico a la relación de poder existente entre el cuerpo de una persona y el cuerpo de una cosa sobre la cual descansan los delitos de apropiación mediante sustracción. Precisamente, si en estos casos se reconoce un quiebre total de la custodia anterior se debe a que el objeto material sobre el cual recae dicha relación de custodia se extingue y, consecuentemente, la extensión socio-normativa (institucional) de esa misma relación sobre la cosa. Así, por ejemplo, se señalado que “la nueva custodia comenzaría cuando el sujeto activo libera el producto comestible o bebestible de su envoltorio y lo introduce su boca, y terminaría cuando lo tragara”<sup>693</sup>.

Ahora bien, con independencia de lo anterior, cabe señalar que la punibilidad del consumo de productos comestibles al interior de establecimientos comerciales a título de hurto depende críticamente de que el propietario no haya consentido en dicho “uso apropiatorio” por los

---

<sup>689</sup> En este sentido, véase: CARNEVAL RODRÍGUEZ, Raúl. “Criterios para la punición de la tentativa en el delito de hurto a establecimientos de autoservicio. Consideraciones político criminales relativas a la pequeña delincuencia patrimonial”, nota 56, p. 16.

<sup>690</sup> OLIVER CALDERÓN, Guillermo. *Delitos contra la propiedad*, p. 141.

<sup>691</sup> Si en estos casos se configura un delito de hurto, se debe a que el consumo de una cosa ajena importa una *arrogación* del poder fáctico de poder sobre la cosa, esto es, una manifestación objetivada de una pretensión *rem sibi habendi* en relación con la cosa, y no simplemente una pretensión de destrucción de la cosa como en el delito de daños. En sentido similar, véase: OLIVER CALDERÓN, Guillermo. *Delitos contra la propiedad*, p. 141.

<sup>692</sup> VERA SANCHEZ, Juan. *La consumación del delito de hurto*, p. 244.

<sup>693</sup> OLIVER CALDERÓN, Guillermo. *Delitos contra la propiedad*, p. 141.

consumidores sujeto a la condición de pago<sup>694</sup>. En efecto, en general dichos establecimientos permiten estos comportamientos, con la expectativa de que se pague el valor del producto consumido en la zona de cajas<sup>695</sup>. Así, la circunstancia de que la administración de este tipo de negocios tolere dichos consumos sólo porque espera que el sujeto pague su valor en la caja, no impide sostener que en el momento en que la apropiación tiene lugar, ésta se efectúa *con* la voluntad o aquiescencia del dueño<sup>696</sup>. Distinto sería la situación obviamente si el propietario no ha permitido esta circunstancia, pues en esa hipótesis el consumo de alimentos destinados a la venta implica una clara consumación del delito de hurto. Otra cosa es que en la práctica no obstante verificarse la conducta ilícita dentro del establecimiento, el dueño o sus representantes decidan no cuestionar y permitir el pago de la especie en las cajas de pago. Esto se explica porque al propietario le interesa el pago el producto, y si la intención de comprar el producto no existía en un origen, le basta con que en algún momento surja de facto y determine el pago voluntario del producto<sup>697</sup>.

#### **4.3.2. Etapas imperfectas de ejecución. Tentativa y frustración.**

Continuando con el análisis del *iter criminis* de los casos de hurto al interior de establecimientos comerciales, ahora nos corresponde aplicar las consideraciones hechas en los capítulos precedentes para determinar cuándo estas acciones pueden configurar tentativa o frustración, tomando en cuenta la forma en que normalmente ocurren estos delitos.

Conforme hemos señalado, el tipo de hurto describe la realización de una acción que acaba con un resultado *intrínsecamente* unido a ésta, consistente en una ruptura de la custodia ajena y la constitución de una nueva custodia sobre la cosa. Cuando se sostiene que el hurto es un delito de resultado intrínseco, lo que se está aseverando es que en Chile la tipificación del hurto se corresponde con una descripción de una acción *constitutivamente* compleja, esto es, una descripción más compleja

---

<sup>694</sup> VERA SANCHEZ, Juan. *La consumación del delito de hurto*, p. 221.

<sup>695</sup> OLIVER CALDERÓN, Guillermo. *Delitos contra la propiedad*, p. 140.

<sup>696</sup> OLIVER CALDERÓN, Guillermo. *Delitos contra la propiedad*, p. 141. En este sentido, Oliver complementa señalando que: “La eventual defraudación posterior de la señalada expectativa no permite volver atrás en el análisis de las implicaciones jurídico-penales de la voluntad concluyentemente manifestada por la administración de los supermercados”. OLIVER CALDERÓN, Guillermo. *Delitos contra la propiedad*, p. 142. Ante esta situación, estos casos se tratarían más bien de una apariencia de delito de hurto, en que si bien exteriormente se podría creer que se ha producido la apropiación penal de la cosa, no significa que concurren todos los elementos típicos del delito de hurto, en especial la falta de consentimiento del dueño o titular de la cosa. FERNANDEZ CRUZ, José. “Sentencia sobre la determinación del ‘iter criminis’ en la falta de hurto cometido en supermercados (Juzgado de Garantía de Valdivia – Corte de Apelación de Valdivia)”, p. 240.

<sup>697</sup> YAÑEZ ARRIAGADA, Rodrigo. “Una revisión crítica de los habituales conceptos sobre el iter criminis en los delitos de robo y hurto”, pp. 118-119. En efecto, como sostiene Etcheberry: “desde el punto de vista temporal, el consentimiento debe existir antes de la apropiación. Si es posterior, la exigencia legal estará satisfecha”.

ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III*, p. 304. . Así, el consentimiento prestado con posterioridad a la ejecución de los hechos es irrelevante, ya que estamos ante un delito público; sólo tendría efectos en cuanto a la responsabilidad civil derivada del delito. En este sentido, véase: SERRANO GÓMEZ, Alfonso; SERRANO MAÍLLO, Alfonso. *Derecho Penal español. Parte Especial*, p. 355.



de una acción que incluye como componente un resultado conectado no causalmente a la descripción de la acción, consistente en un cambio relativo a un cierto estado perteneciente al nivel de la realidad institucional.

Ahora bien, a diferencia de las descripciones causalmente complejas, en las que es posible identificar un momento en que la acción completa ya se ha realizado sin que el correspondiente resultado haya acaecido, en las descripciones constitutivamente complejas ejecutada la acción existiendo la oportunidad correspondiente, el acaecimiento del resultado es *necesario*<sup>698</sup>. En el caso de las acciones constitutivamente complejas, entonces, la realización de la acción no es condición suficiente del resultado por sí misma, sino sólo en razón de un contexto que provea la correspondiente oportunidad-para-la-acción, esto es, de una situación en la cual sea (lógicamente) posible para el agente condicionar el cambio respectivo<sup>699</sup>. De esto se sigue que, bajo semejante relación «generativa» entre acción y resultado, la única forma en que la ejecución completa de la acción no dé lugar al resultado que cuenta como el “criterio de éxito” del tipo-de-acción en cuestión es que no se dé la oportunidad<sup>700</sup>. Lo crucial es advertir que el hecho de que la situación generadora de la oportunidad-para-la-acción, tenida por existente por el potencial autor, en efecto no exista, no obsta a la conclusión de la ejecución (de la acción) así entendida, la que sin embargo estará *destinada* a fallar (por su conexión lógica interna con el resultado en cuestión)

Lo anterior es posible en la medida que, según lo ya explicado, la creencia predictiva del agente con respecto a la existencia objetiva de la situación generadora de la oportunidad-para-la-acción puede ser falsa. Luego, si lo distintivo de la noción de frustración bajo la regulación del Código Penal chileno es la realización de todos los actos necesarios para que el delito se consume y ello no se verifica por causas ajenas a la voluntad del autor, la única posibilidad de reconocer una tentativa acabada en un delito de resultado intrínseco como el hurto se identificaría con una representación positiva errónea del agente de que en ese instante se dan las circunstancias constitutivas de la correspondiente oportunidad para la acción, error que lleva a que la plena ejecución de la acción sea, sin embargo, objetivamente ineficaz para condicionar (constitutivamente) el resultado (intrínseco) que cuenta como “marca de éxito” de la acción exigida por el tipo penal en cuestión.

Como se dijo anteriormente, en la teoría del error, la representación positiva del autor de que se está realizando con su conducta un tipo que en realidad no se realiza constituye un error “de tipo invertido”<sup>701</sup> y que, bajo el principio de inversión, se corresponde –según la doctrina tradicional– con

---

<sup>698</sup> OLAVE ALBERTINI, Alejandra. “El delito de hurto como tipo de resultado”, p. 197.

<sup>699</sup> MAÑALICH, Juan Pablo. “La tentativa de delito como hecho punible. Una aproximación analítica”, p. 474.

<sup>700</sup> En este sentido, véase: OLAVE ALBERTINI, Alejandra. “El delito de hurto como tipo de resultado”, p. 200.

<sup>701</sup> PUPPE, Igeborg. “El alcance lógico de la llamada conclusión inversa”, pp. 39-40.

la categoría de la “tentativa inidónea”, esto es, aquella que se identifica como no apta para la realización del tipo<sup>702</sup>, imposibilidad que no precluye el castigo, sino que en principio fundamenta (posibilita) la punibilidad a título de tentativa (lato sensu)<sup>703</sup>. Esto equivale a sostener que la tentativa acabada de hurto es conceptualmente posible, en la forma de una tentativa inidónea, en que se puede reconocer una imposibilidad de alcanzar el resultado de la ruptura de custodia y constitución de una nueva custodia sobre la cosa, por no existir una oportunidad para la acción que se pretende ejecutar<sup>704</sup>.

Sobre esta base, la pregunta por la frustración en el hurto adquiere relevancia en todos aquellos casos en que el autor asume, bajo su representación de las circunstancias, haber ejecutado plena o definitivamente la acción de apropiación sin haber ocasionado, empero, el resultado de la completa ruptura de la custodia ajena y constitución de una nueva custodia sobre la cosa por motivos ajenos a su voluntad. Desde la óptica del modelo de la oportunidad-para-la-acción, esto significa que una imputación a título de tentativa acabada de hurto depende de que la conducta del agente sea interpretable como un aprovechamiento exhaustivo de la oportunidad para condicionar, mediante sustracción, el acaecimiento del cambio respectivo, en circunstancias que éste último no se produce, ya que la situación del mundo que al autor asume como existente bajo su representación de las circunstancias resulta ser, *ex post*, falsa.

Bajo semejante estructura típica, el caso más común de hurto frustrado en lugares comerciales se da cuando una persona intenta sustraer un producto (por ejemplo, guardándolo en su bolsillo) pero es detectada sin notarlo por los sistemas de vigilancia implementados al interior del recinto comercial, siendo detenida casi inmediatamente por los guardias de seguridad en cuanto traspasa las puertas de acceso habilitadas para el público sin pagar su valor (y que, por lo general, constituyen la última medida de protección *visible* para los eventuales compradores durante el horario de funcionamiento de atención al público en esta clase de establecimientos)<sup>705</sup>. En este supuesto, a pesar de que el autor bajo su representación de las circunstancias admite (erróneamente) haber realizado todos los actos de ejecución necesarios para obtener la apropiación de la cosa, objetivamente el proceso de sustracción

---

<sup>702</sup> OLAVE ALBERTINI, Alejandra. “El delito de hurto como tipo de resultado”, p. 200.

<sup>703</sup> PUPPE, Igeborg. “El alcance lógico de la llamada conclusión inversa”, p. 55. A diferencia de la llamada “tentativa supersticiosa o irreal”, que siempre se deja impune, por no constituir una verdadera tentativa. REYES ALVARADO, Yesid. *El delito de tentativa*, p. 123.

<sup>704</sup> En este sentido, véase: OLAVE ALBERTINI, Alejandra. “El delito de hurto como tipo de resultado”, p. 203.

<sup>705</sup> A título ilustrativo, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca de fecha 20 de octubre de 2017, sobre un caso de hurto falta al interior de una tienda comercial en que el autor fue descubierto por las cámaras internas y luego detenido por un guardia una vez que traspasó las paletas de seguridad emplazadas en las puertas de salida del local. En este caso la Corte decide invalidar la sentencia del Tribunal *a quo* que calificaba el ilícito como consumado y en su reemplazo dicta sentencia que califica la conducta en grado de desarrollo frustrado, bajo la consideración de que: “[e]l imputado llevó a cabo todas las acciones constitutivas del delito de hurto en perjuicio de Comercial Hites, pero su ilícito no se consumó por cuanto fue descubierto y detenido por el guardia de seguridad de la tienda, sin que alcanzara a salir del local comercial con la especie sustraída”. Corte de Apelaciones de Talca, Rol N°1029-2017, 20 de octubre de 2017, c. 5.

realizado se muestra ineficaz para alcanzar el resultado consistente en la ruptura de la custodia de la empresa sobre la cosa, acompañado de una nueva custodia sobre la misma, desde que es sorprendido en su actuar (a través del circuito de cámaras u ocularmente) por los guardias de seguridad, esto es, sujetos facultados por el propio dueño de la especie para ejercer facultades de vigilancia y control sobre la especie en cuestión y que, desde el instante en que advierten la sustracción que se está llevando a cabo por el autor, mantienen en adelante el control fáctico de la situación de tales medios mantienen el control fáctico de la situación hasta su detención en la salida de establecimiento comercial<sup>706</sup>.

Otro caso en que cabría reconocer frustración, por ejemplo, sería el de un sujeto que consume varios productos comestibles que asume como destinados a la venta al interior de un supermercado o local comercial, traspasando las cajas de pago y abandonando el inmueble sin haber cancelado su precio, en circunstancias que todas las especies consumidas eran realmente muestras de regalo de la empresa para los clientes como parte de una campaña de marketing para dar a conocer el producto a los usuarios del local. En esta hipótesis, si bien el autor bajo su representación de las circunstancias cree (erróneamente) haber ingerido productos comestibles en circunstancias no permitidas por el local (esto es, “sin la voluntad de su dueño”), en el plano objetivo no puede afirmarse que exista una ruptura de custodia ajena sobre las especies porque, de hecho, el comportamiento apropiatorio del autor tuvo lugar *con* la autorización o consentimiento del establecimiento comercial.

Como se ve, en este tipo de casos la “situación del mundo” proyectada por el autor esa una que, configurándose objetivamente, proveería una oportunidad para condicionar como resultado una ruptura de la custodia y la constitución de una nueva custodia sobre la cosa; en circunstancias que *esa* oportunidad, aprovechada exhaustivamente por el autor, resulta ser, *ex post*, inexistente, esto es: *falsa*. Lo crucial es advertir que, en estos casos, la adscripción del dolo no se ve alterada por el hecho de que exista una discrepancia entre el estado de cosas atribuible a la representación del autor, por un lado, y el estado de cosas efectivamente existente en el mundo, por otro. Para ello, empero, será indispensable además constatar que las circunstancias (fácticas) que el agente tuvo por existentes en

---

<sup>706</sup> Un razonamiento similar se puede observar en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt de fecha 30 de mayo de 2017, sobre un caso de hurto falta al interior de un supermercado en que el autor ocultó varias especies en un banano que portaba para salir del establecimiento comercial, sin pagar el precio, siendo detenido en esas circunstancias por guardias del local inmediatamente traspasadas las cajas registradoras. En esta oportunidad, a pesar de que la Corte identifica el momento de consumación con el traspaso de la línea de cajas, lo relevante es que bajo esa premisa los sentenciadores de mayoría concluyen que en este caso estamos en presencia de un ilícito en grado de desarrollo frustrado, en que el imputado ha realizado toda la actividad necesaria de su parte para lograr que el delito se consumara. En este sentido la Corte señala que: “[I]os 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”. Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol N°239-2017, 30 de mayo de 2017, c. 2. En idéntico sentido, véase: Sentencia de la Corte Suprema de fecha 26 de abril de 2006, causa Rol N°889-2006, c. 8.

ese instante (*ex ante*), puedan ser objetivamente interpretadas como una representación de las circunstancias constitutivas de algún síndrome de riesgo referidos al acaecimiento del resultado típico en cuestión.

Así, por ejemplo, si una persona asume como probable que, por la vía de ocultar una mercadería en su bolsillo y salir del recinto comercial sin ser detectada por las medidas de seguridad del local, habría de condicionar una completa ruptura de la custodia del establecimiento sobre la especie y la constitución de una nueva custodia sobre la misma, uno podría sostener que, bajo los parámetros doctrinales y jurisprudenciales chilenos sobre la materia antes revisados, es posible adscribir a aquella una creencia predictiva fundante-de-dolo, que pudiera sustentar la imputación de un hurto falta frustrado, en la forma de una tentativa inidónea (punible). Lo mismo cabe decir tratándose de la conducta de una persona que asume como probable que, por la vía de ingerir un producto comestible destinado a la venta en circunstancias prohibidas por su dueño, habría de condicionar un quiebre total de la custodia anterior sobre la especie consumida, acompañado de la constitución de una nueva custodia sobre la cosa.

Ahora, llegado a este punto conviene recordar una observación realizada anteriormente con ocasión de la determinación del límite entre las etapas de ejecución imperfecta bajo el Código Penal chileno. Según se expuso anteriormente<sup>707</sup>, la diferenciación entre la (simple) tentativa y la frustración radica en la “cantidad” de acción típica ejecutada bajo la representación de las circunstancias atribuible al potencial autor. Desde este punto de vista, lo distintivo de la estructura de la de la frustración radica en que el autor asume, bajo su representación de las circunstancias, haber realizado todos los actos de ejecución necesarios para el acaecimiento del resultado cuyo condicionamiento –causal o constitutivo– tiene relevancia típica, aunque objetivamente no sea así<sup>708</sup> (pues de lo contrario el delito de hurto estaría irreversiblemente consumado, debido a la conexión intrínseca entre acción y resultado).

Esto significa que, de acuerdo con el inciso 2° del artículo 7° del Código Penal, sólo será posible reconocer un delito frustrado de hurto cuando el autor, bajo su representación de las circunstancias, haya realizado todo lo necesario de su parte para condicionar intrínsecamente el resultado de un quiebre (total) de la custodia ajena sobre la cosa y la constitución de una nueva custodia sobre la misma, el que sin embargo no se produce, por haber sido ejecutada (completamente) la sustracción de la cosa en un contexto objetivamente inadecuado, esto es: en una situación que, en efecto, no proveía la correspondiente oportunidad-para-la-acción. Desde este punto de vista, nos resultan

---

<sup>707</sup> Véase, *supra* 2.7.1.

<sup>708</sup> En este sentido, véase: CURY URZÚA, Enrique. *Tentativa y delito frustrado: el proceso ejecutivo del delito*, p. 83.

criticables algunos fallos emitidos por nuestros tribunales de justicia, en los que se afirma la existencia de un hurto frustrado teniendo como principal argumento la circunstancia de haber sido interrumpida la sustracción antes de que tuviera la oportunidad de consumir la apropiación. En efecto, no es infrecuente en la jurisprudencia la aplicación del artículo 494 bis tratándose de casos de hurto-falta en que el autor es sorprendido y detenido por guardias de seguridad al interior del recinto comercial, teniendo como principal argumento para ello la circunstancia de verificarse una interrupción extraña a la voluntad del hechor, lo que ameritaría suficientemente según los sentenciadores para concluir que el autor ha puesto todo de su parte para que el delito se consuma<sup>709</sup>. Este razonamiento, sin embargo, nos parece falaz. Pues ignora que tanto en la (simple) tentativa como en el delito frustrado se requiere que surja un obstáculo o un impedimento ajeno a la voluntad del hechor y que impida la verificación del resultado exigido por el tipo penal, esto es, la consumación.

En efecto, según lo expuesto anteriormente<sup>710</sup>, el reconocimiento de una tentativa acabada de hurto depende críticamente de que el comportamiento imputable al agente puede ser identificado, bajo su representación de las circunstancias, con un aprovechamiento *exhaustivo* de la oportunidad para condicionar, mediante sustracción, una completa ruptura de la custodia ajena sobre la cosa y la constitución de una nueva custodia sobre la misma. Donde eso no ha sucedido y al potencial autor aún le restaban hechos directos que ejecutar para condicionar, bajo su representación de las

---

<sup>709</sup> Un buen ejemplo de este criterio se puede leer en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de fecha 4 de diciembre de 2019, sobre un caso de hurto simple al interior de un supermercado en que el autor sustrajo varios productos ocultándolos en una mochila y luego traspasó la línea de cajas sin cancelar su valor, siendo detenido en esas circunstancias por un guardia del local. Conociendo del caso, los sentenciadores de mayoría optan por anular la sentencia del Juzgado de Garantía que estableció el grado de desarrollo del delito como consumación y en consecuencia proceden a dictar la sentencia de reemplazo que califica el delito de hurto como en grado de frustración. En efecto, señala la Corte: “Que de los hechos establecidos en juicio, aparece que el imputado realizó todo lo necesario para que el ilícito se consumara, toda vez que tomó las especies hurtadas, las ocultó en una mochila y traspasó el sector de cajas del supermercado pagando sólo el pan adquirido. En suma, se llevaron a cabo todos los actos que conducen a la realización del ilícito penal antes referido, sin embargo la consumación del delito se vio afectada por una causa independiente a la voluntad del imputado, esto es, la intervención del guardia del supermercado que lo retuvo frustrando el delito, circunstancia ésta que impide considerar, en mérito de las disposiciones legales citadas, la existencia de un delito consumado”. Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°2185-2019, 4 de diciembre de 2019, c. 5. Interesante resulta también a este respecto el voto disidente del Ministro Drollman en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de fecha 30 de octubre de 2017, , que mantuvo la decisión del Juzgado de Garantía de absolver al imputado que sustrajo varios productos al interior de un supermercado, siendo descubierto cuando traspasaba las cajas registradoras y luego detenido por un guardia de seguridad cuando intentaba traspasar los acceso del local, al considerar que los hechos eran constitutivos de un hurto falta en grado de desarrollo tentado. En efecto, a juicio del disidente, la conducta del sentenciado se encuentra en etapa de frustración y no de tentativa, pues “el acusado tomó las especies con ánimo de apropiarse de éstas; y que por su calidad de comestibles, estaba en condiciones de disponer de las mismas comiéndoselas; lo que permite concluir que ingresó a su esfera de custodia, poniendo de su parte todo lo necesario para que la falta se consumara. Lo anterior descarta la existencia de una tentativa, porque, como se dijo, no faltaba hecho alguno para consumir el ilícito (c. 3). En ese sentido, “[s]i bien las especies sustraídas, salieron de la esfera de resguardo del dueño, ésta última no desapareció del todo, ya que fue capaz de dificultar el aprovechamiento de los efectos del delito y finalmente impedirlo, lo que permitiría estimar que el delito no se consumó (c. 4)”. Así, concluye, que “[n]o puede calificarse la falta como tentada; y la consumación, si bien jurídicamente se produjo, esta materialmente fue revertida por la propia víctima por las especiales características de su esfera de resguardo, que fue capaz de sobreponerse a aquélla que el requerido creó en beneficio propio, rodeándola e, incluso, haciéndola desaparecer (c. 6)”. Voto disidente del Ministro Drollman de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol n°1827-2017, 30 de octubre de 2017, c. 3 y ss.

<sup>710</sup> Véase, *supra*, 2.7.1.

circunstancias, un quebrantamiento de la custodia ajena sobre la cosa, estaremos frente a un caso de (simple) tentativa y no de frustración<sup>711</sup>. El punto de referencia para resolver estos casos, entonces, no puede ser la ocurrencia de un evento inesperado u otra causa ajena a la voluntad del hechor –que siempre será condición necesaria tanto en la tentativa como en la frustración<sup>712</sup>–, sino que la diferenciación entre ambas etapas imperfectas de ejecución siempre debe examinarse desde la óptica de la cantidad de acción (típica) ejecutada en ese instante bajo la representación de las circunstancias atribuible al autor de la apropiación (fallida)<sup>713</sup>. Por consiguiente, no resulta admisible sostener que estamos en presencia de un delito de hurto frustrado si es que aún restaban, bajo su representación de las circunstancias, barreras de protección o hitos posesorios que superar para concluir exitosamente el proceso de ruptura, quiebre o vulneración de la custodia ajena sobre la cosa –que en esta clase de establecimientos, por lo general, se fijan claramente<sup>714</sup>– y la constitución de una nueva custodia que le es seguida<sup>715</sup>.

---

<sup>711</sup> GARRIDO MONTT, Mario. *Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación*, p. 101.

<sup>712</sup> En la tentativa, mediante la interposición de factores que impidan la culminación de todos los actos necesarios para la consumación del tipo. En la frustración, a través de la interposición de factores que impidan la verificación del resultado perseguido por el autor, no obstante haber agotado todos los actos que de acuerdo a su representación correspondía ejecutar para la consumación del tipo.

<sup>713</sup> GARRIDO MONTT, Mario. *Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación*, p. 102.

<sup>714</sup> CARNEVAL RODRÍGUEZ, Raúl. “Criterios para la punición de la tentativa en el delito de hurto a establecimientos de autoservicio. Consideraciones político criminales relativas a la pequeña delincuencia patrimonial”, p. 15.

<sup>715</sup> Un fallo que ilustra de buena manera lo señalado, corresponde a uno pronunciado por el Juez de Garantía de Valparaíso de fecha 16 de mayo de 2014, causa RIT 4162-2014, sobre un caso de hurto al interior de un supermercado en que el autor sustrajo varias especies y siendo sorprendido por los guardias de seguridad del local, quienes lo detienen cuando se disponía a salir del establecimiento comercial. En esta ocasión, el Juez decide absolver al imputado por la falta de hurto, al entender que el hecho se encontraba de grado de ejecución de tentativa, toda vez que: “el requerido dio principio a la ejecución del delito por hechos directos, como lo es haber ingresado al supermercado, haber tomado las especies, haberlas ocultado entre sus ropas y luego pretendido salir del supermercado sin haberlas pagado, pero faltó para la consumación del ilícito la apropiación efectiva de las especies, ya que no puede estimarse que éstas se hayan extraído de la esfera de custodia del propietario, toda vez que su actuar fue detectado del momento mismo que tomó las especies y las oculta [...] Por consiguiente, “operaron en este caso los elementos de seguridad del recinto comercial, como las cámaras de vigilancia y guardias, elementos a través de los cuales el actuar del requerido fue monitoreado, evitándose en definitiva que las especies fueron extraídas desde la esfera de custodia del propietario por si quiera un momento (c. 4)”. Así, concluye que: “[s]i bien el artículo 494 bis del Código Penal establece una excepción al artículo 9 del mismo cuerpo legal, la norma citada no establece sanción alguna para el caso de la falta de hurto en grado de ejecución de tentativa, de manera que no obstante de haber sido la intención primaria del legislador sancionar este ilícito en grado de ejecución imperfecto, omitió la indicación expresa de una sanción para el caso del delito tentado (c. 6.)”. Frente a lo anterior, el Ministerio Público interpuso recurso de nulidad en contra de la sentencia del Juez de Garantía, arguyendo que los hechos establecidos importan que la consumación de la falta no se llevó a cabo por razones extrañas a la voluntad del hechor, lo que determinaría que el hurto fue frustrado y que ameritaría que fuera sancionado de acuerdo al artículo 494 bis del Código Penal. Para fundamentar lo anterior, señala que seguir la interpretación hecha por el sentenciador ocurriría que la disposición contenida en el artículo 494 bis sería letra muerta y en ese contexto, la generalidad de los hurtos sorprendidos en los supermercados quedarían impunes. Conocido el caso, la Corte de Apelaciones de Valparaíso en su sentencia de fecha 3 de julio de 2014, causa Rol N°803-2014, opta por rechazar el recurso de nulidad y confirma la sentencia del Juez de Garantía, bajo la consideración de que: “[s]egún lo establecido como hechos de la causa, el imputado fue sorprendido por el personal de seguridad antes de salir de la puerta del supermercado y esta circunstancia resulta de la mayor relevancia para determinar si se trata de un hurto en grado de tentativa o bien, si se trata de un caso hurto frustrado [...] En efecto, al encontrarse el imputado dentro del recinto y sin traspasar la puerta de salida, de ello debe colegirse que él no logró agotar las conductas necesarias para obtener el resultado de apropiación ya que, al encontrarse dentro del recinto, las especies aún se encontraban en la esfera de custodia del supermercado y así éste es un caso de tentativa de hurto dado que el hechor no logró en ningún momento distraer las especies desde el poder de custodia de su propietario (c. 7)”. A mayor abundamiento, la Corte sostiene que “distinta sería

Lo mismo cabría replicar tratándose de aquellos casos de hurto en que la acción ejecutada por el autor al momento de su interrupción (v. gr., al traspasar las cajas registradoras sin cancelar el valor del producto), se muestra cronológicamente “más cerca” de consumar el delito que cuando se dio inicio a su ejecución por uno o más hechos directos (v.gr., al ocultarla entre sus ropas sin autorización del local). Precisamente, estos casos de hurto al interior de establecimientos comercial se corresponden con uno de los tantos en que erróneamente la jurisprudencia califica como delito frustrado una tentativa (inacabada) *fracasada*, es decir, una tentativa en que “el autor reconoce o por lo menos supone que su objetivo se ha vuelto inalcanzable en el marco del hecho concreto”<sup>716</sup>, noción que es propia de la órbita de los problemas relativos a la teoría del desistimiento y que resulta fundamental diferenciar nítidamente de la noción de delito frustrado en el sentido del artículo 7° del Código Penal chileno<sup>717</sup>.

Según se dijo anteriormente<sup>718</sup>, hay (simple) tentativa de delito no sólo cuando faltan *varios* actos para la completa ejecución de la acción típica, sino también cuando falta *uno* solo. Por consiguiente, el hecho de que el proceso de ruptura de custodia ajena sobre la cosa por el autor se vea interrumpido por un evento inesperado cuando este se encontraba *ad portas* de concluir, bajo su representación de las circunstancias (v. gr., debido a la detención del autor por guardias de seguridad cuando se disponía a salir del local con la especie), no es un argumento válido para calificar su conducta como un hurto frustrado. Pues dicho comportamiento no logra ser identificado, bajo esa misma representación de las circunstancias, con un aprovechamiento *exhaustivo* de la oportunidad para llevar a cabo la sustracción de la especie. Sino que, más bien, lo que ocurre es que ese comportamiento es indicativo de un déficit por “falta de materialización”, en el sentido de que el autor no ha alcanzado a desplegar, bajo su representación de las circunstancias, un comportamiento que haga suficiente probable –en el sentido del umbral mínimo de probabilidad compatible con la forma (básica) del dolo eventual–, el acaecimiento de la transformación que es definitorio de la acción de apropiación del artículo 432 del

---

la situación si la no consumación del delito obedeciera a un caso en que el autor del hurto fuera sorprendido y reducido después de traspasar la puerta del supermercado –por ejemplo, en los estacionamientos o en la calle– dado que en este caso podría entenderse que el autor ha agotado toda su actividad delictiva y que el resultado ha sido frustrado por una acción externa independiente a su voluntad [...] Si bien está claro que la dictación de la Ley N°19.950 tuvo como propósito disuadir el robo hormiga, no debe perderse de vista que la ley sólo autorizó la punibilidad de las faltas de hurto en grado de frustradas, dejando impune la tentativa de hurto –por aplicación (sic) 9° del Código Penal– y de esta voluntad del legislador no puede prescindirse (c. 8)”. Juzgado de Garantía de Valparaíso, RIT N°4162-2014, 16 de mayo de 2014, c. 4 y ss; Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°803-2014, 3 de julio de 2014, c. 7 y 8, respectivamente.

<sup>716</sup> ROXIN, Claus. *La teoría del delito en la discusión actual*, trad. por, Manuel A. Abanto Vásquez, Lima, Editora Jurídica Grijley, 2007, p. 415.

<sup>717</sup> En este sentido, véase: “La tentativa y el desistimiento en el derecho penal. Algunas consideraciones conceptuales”, p. 172.

<sup>718</sup> Véase, *supra* 2.3.

Código Penal, reconstruida como apropiación mediante sustracción, esto es: como ruptura de la custodia ajena y constitución de una nueva custodia sobre la cosa.

Ahora bien, a propósito del problema del comienzo de la tentativa, se hizo alusión a que el objeto de referencia a este respecto debe ser no el inicio de la realización del tipo, sino que el inicio de la acción típica<sup>719</sup>. Siendo entonces un factor determinante para el reconocimiento de un inicio de la tentativa la cercanía *lógica* de la acción realizada por el agente y el tipo-de-acción de la figura delictiva en cuestión, una interpretación sistemática de las disposiciones relativas al hurto en el Código Penal chileno permite concluir que, en principio, la apropiación debe verificarse *mediante* una sustracción de cosa ajena, o sea, a través de una ruptura de custodia sobre el objeto material del delito. Esta consideración se deja expresar a su vez en la idea de que la estructura típica del hurto se corresponde la de un tipo modalmente especificado. Esto es importante en atención a las consecuencias que se siguen para la especificación de las condiciones bajo las cuales se configuraría objetivamente una situación para la ejecución de la acción de apropiación del artículo 432 del Código Penal. Pues, en la medida que el delito de hurto se entiende como un tipo-de-acción modalmente especificado, la configuración de la respectiva oportunidad para ejecutar una acción de esa índole dependerá de que el autor se encuentre en posición de condicionar, mediante *sustracción*, una ruptura de custodia ajena sobre la cosa y la constitución de una nueva custodia sobre la misma.

Bajo semejante estructura típica del hurto y de acuerdo a la fórmula del “principio de ejecución” contenida en el inciso 3º del artículo 7º del Código Penal, reconstruida en los términos de una modulación estricta del criterio de la inmediatez-de-acción aquí defendido, el inicio de una tentativa de hurto se corresponde con el instante (“más tardío”) en que el autor, estando resuelto-al-hecho y representándose como existente una situación del mundo que proveería a aquel una oportunidad-para-la-acción, da inicio a la ejecución de la acción de sustracción con ánimo de apropiación mediante la cual habría de condicionar constitutivamente un quebrantamiento de la custodia ajena sobre la cosa, acompañado de la constitución de una nueva custodia sobre la misma. Esto significa que, bajo una regulación más exigente como la del Código Penal chileno, una tentativa de hurto se configura si y solo si estamos en condiciones de constatar que el autor, bajo su representación de las circunstancias, ya ha comenzado clara e inequívocamente el proceso de apropiación de la cosa, mediante la superación de los resguardos o hitos posesorios dispuestos por el custodio de la especie y, por esta vía, a constituir un nuevo enclave de custodia sobre la misma.

---

<sup>719</sup> Véase, *supra* 2.7.2.



Asimismo, se estableció que, para ello, cobra relevancia el recurso a ciertos indicios prácticos, esto es, la utilización de ciertos datos externos que permita deducir directamente al agente los enclaves de custodia dispuestos por el dueño sobre la cosa y, por tanto, también *explicar y hacer visible* en la práctica el instante en que el autor da inicio, bajo su representación de las circunstancias, al proceso de ruptura, quiebre o vulneración de la custodia ajena existente sobre la cosa, y de esto modo, a constituir una nueva custodia sobre la misma. Habida cuenta que el objeto sobre el cual ha de recaer la conducta apropiatoria es una cosa corporal, en general será indicio suficiente para estos efectos el contacto (no consentido) con la cosa por el autor y que, desde un punto de vista externo, puede ser considerado como un dato externo de la pretensión del autor de posiciones a su respecto como señor y dueño.

Con todo, según ya se anticipara, tratándose de los casos de sustracción de especies al interior de establecimientos comerciales, la aprehensión material de un producto o mercadería por el autor no puede considerarse sin más un indicio externo para dar por acreditado la existencia de una apropiación mediante sustracción a su respecto. En efecto, la especial configuración de las tiendas o establecimientos de autoservicio produce la paradoja de que esta situación sea lícita<sup>720</sup>, dado que es un hecho público y notorio que las empresas dueñas de las especies que se exhiben en su interior consienten libremente que sea la propia clientela quien escoja, recoja y movilice por sí misma las cosas que desean adquirir, precisamente como una forma de facilitar y maximizar la interacción económica en el marco del sistema de compraventa en autoservicio. Luego, ante esta invitación, el que un sujeto recoja y movilice por sí mismo (mediante la utilización de carros, canastillos o incluso a la vista en las manos) un objeto dentro del recinto donde se exponen las mercaderías no puede considerarse un comportamiento imputable al agente a título de tentativa de hurto<sup>721</sup>, pues todas aquellas se tratan de conductas autorizadas por su dueño y que objetivamente se encuadran en el marco de las condiciones habituales de venta de las grandes tiendas o establecimientos configurados como autoservicio<sup>722</sup>. Esto se deja ilustrar en los términos del modelo de la oportunidad-para-la-acción ya introducido, en el sentido de que la situación del mundo que la persona se representa (la aprehensión del objeto), no es una situación en la cual para el agente (todavía) sea posible condicionar una *ruptura, quiebre o vulneración* de la custodia ajena sobre la cosa.

---

<sup>720</sup> VERA SANCHEZ, Juan. *La consumación del delito de hurto*, p. 250.

<sup>721</sup> En este sentido, véase: YAÑEZ ARRIAGADA, Rodrigo. “Una revisión crítica de los habituales conceptos sobre el iter criminis en los delitos de robo y hurto”, pp. 117 y ss.

<sup>722</sup> Como sostiene Vera: “[p]rueba de ello es que si éste –el hechor– decide pagar, su conducta es lícita y no puede ser sancionada. No es que se convalide por el pago, por cuanto tomar una cosa autorizada por el dueño de la misma no es un hecho ilícito que exija un acto posterior del actor para revertir su carácter”. VERA SANCHEZ, Juan. *La consumación del delito de hurto*, p. 254.

Desde un punto de vista procesal, la doctrina nacional también ha resaltado la dificultad de prueba que conllevaría castigar a título de tentativa de hurto estas conductas cometidas al interior de establecimientos comerciales. Concretamente, la principal dificultad en estos supuestos radica en la posibilidad de suministrar algún corolario probatorio para la determinación de la pretensión de exclusividad que deberá presentar el autor. En efecto, según ya se anticipara, uno de los principales inconvenientes que genera la implementación del sistema de compraventa en autoservicio, dice relación con la *relativización* del significado de los desplazamientos de custodia que se producen al interior de las salas de venta de tales establecimientos: en estos supuestos, la aprehensión o traslado de la cosa por el potencial autor es *ambiguo*, pues se trata de una conducta que en sí misma puede estar destinada tanto a la realización de un delito como constituir comportamientos lícitos<sup>723</sup>. En otras palabras, se trata de conductas que, en el contexto y peculiaridades de esta clase de comercios, pueden ser indicativas tanto de una pretensión de posicionarse como señor y dueño respecto de la especie, como también de una pretensión de mera tenencia sobre la misma.

Por cierto, lo anterior no significa que *todo* lo que se realice al interior de un espacio multiservicios y antes de las cajas de pago del local comercial siempre deba ser calificado como una conducta atípica, especialmente cuando se *incumplen* por los consumidores las condiciones habituales para el traslado y la venta de bienes en el marco de los negocios configurados como autoservicio. Piénsese, por ejemplo, cuando los consumidores *esconden* los objetos entre sus vestimentas (bolsillos, mangas falsas, o incluso bajo la ropa interior del hechor, etc.); o bien cuando tales objetos son transportados ocultamente al interior de utensilios no autorizados por la administración del local comercial (bolsos, carteras, mochilas, etc.)<sup>724</sup>. A nuestro juicio, la detección de un indicio externo de sustracción en estos casos depende de la posibilidad de reconocer la falta de autorización (expresa o tácita) del dueño de las especies al momento de verificarse este tipo de conductas al interior de la sala de ventas del correspondiente local comercial. De consiguiente, para determinar si tales conductas son constitutivas de tentativa de hurto, será necesario preguntarse en cada caso si el cliente conocía las condiciones de acceso y/o circulación que habría incumplido, a través de diversos medios externos: desde el uso de carteles o imágenes dispuestas en lugares visibles para informar a los consumidores, pasando por las instrucciones comunicadas personalmente por los guardias de seguridad o a través de altoparlantes empotrados al interior del local, y culminado con la imposición de restricciones adicionales para

---

<sup>723</sup> Y es que, como plantea Carnevali: “[p]or la naturaleza misma de los actos que se efectúan al interior de un establecimiento de comercio, el que un sujeto tome un objeto no puede deducirse objetivamente que se pretende consuma un delito. CARNEVAL RODRÍGUEZ, Raúl. “Criterios para la punición de la tentativa en el delito de hurto a establecimientos de autoservicio. Consideraciones político criminales relativas a la pequeña delincuencia patrimonial”, p. 16.

<sup>724</sup> En este sentido, véase: YAÑEZ ARRIAGADA, Rodrigo. “Una revisión crítica de los habituales conceptos sobre el iter criminis en los delitos de robo y hurto”, p. 119.

autorizar el ingreso al mismo, tales como el uso de cinta adhesiva obligatorio en las aperturas de los bolsos o mochilas, etc. Todos estos ejemplos pueden considerarse una manifestación externa de la falta de voluntad de la empresa dueña de los productos y/o mercaderías respecto de las conductas antes descritas, lo cual transforma en ilícitas estas acciones cuando se llevan a cabo al interior de establecimientos de autoservicio, es decir, constituyen un indicio de sustracción que en principio debe ser sancionada a título de tentativa en los términos del delito de hurto.

Respecto de aquellos bienes sujetos a condiciones especiales de venta y/o acceso (v. gr., sólo con vendedor, custodia en escaparates bajo llave o en mostradores cerrados), a nuestro juicio la sola aprehensión material del objeto por el autor sí puede considerarse un indicio externo de sustracción, cuando se incumplen tales condiciones, pues el propietario de la cosa no ha consentido en dicho porte. En efecto, no todas las especies que se encuentran dentro de los establecimientos de comercio pueden ser libremente tomadas o transportadas por los consumidores hasta las cajas de pago, sino que el consentimiento del propietario a este respecto (que opera como una causa de atipicidad) se encuentra circunscrito exclusivamente a los bienes que se encuentran destinados a la venta bajo la modalidad de compraventa en autoservicio. En nuestra opinión, lo mismo ocurre tratándose de aquellos objetos no destinados para la venta por el propietario y con los que pueda haber amoblado, guarnecido o provisto el recinto para el funcionamiento del local comercial (v. gr., el mobiliario comercial, artículos de decoración, estanterías para la exposición de productos, etc.). Así, quien ejecuta esta clase de acciones en su interior, excede los límites de la autorización de la empresa respectiva y, por tanto, pueden considerarse un indicio externo de que el autor ya ha iniciado, bajo su representación de las circunstancias, el proceso de ruptura de la custodia ajena y la constitución de una nueva custodia sobre la especie en cuestión<sup>725</sup>.

Ahora, cabe destacar que el señalamiento de estas acciones como una (simple) tentativa de hurto no impide, por supuesto, la verificación de un *desistimiento* voluntario a su respecto por parte del autor. En efecto, si el autor aún no ha realizado todo lo necesario para la completa ejecución de la acción típica bajo su representación de las circunstancias y aún sigue siendo posible alcanzar la consumación según su representación del hecho (tentativa inacabada, no fallida)<sup>726</sup>, en ese caso para que opere un

---

<sup>725</sup> En sentido similar, véase: YAÑEZ ARRIAGADA, Rodrigo. “Una revisión crítica de los habituales conceptos sobre el iter criminis en los delitos de robo y hurto”, pp. 118 y ss., quien se muestra a favor de distinguir el tipo de objeto y demás circunstancias particulares para determinar si en estos casos el solo tomar el objeto material puede considerarse como un acto ejecutivo de hurto.

<sup>726</sup> JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General*, p. 904. Lo relevante a este respecto es que el fracaso de la tentativa se evalúa a partir de la propia representación del autor, por lo cual dicho fracaso es independiente de la idoneidad o inidoneidad de la tentativa en sentido objetivo. MAÑALICH, Juan Pablo. “La tentativa de delito como hecho punible. Una aproximación analítica”, p. 172. En efecto, como reconoce Garrido: “[p]ara estos efectos debe recurrirse siempre al plan del agente; es la visión que éste tenía en el momento de operar la que determinará el esquema de ejecución del hecho y, por lo tanto, si se había o no terminado su ejecución”. GARRIDO MONTT, Mario. *Etapas de ejecución del delito. Autoría y*

desistimiento basta con que el autor del hurto se abstenga de continuar con su ejecución<sup>727</sup>. La consecuencia fundamental que resulta de un desistimiento pasivo consiste en la exclusión de responsabilidad del autor por la tentativa realizada<sup>728</sup>. Así, por ejemplo, tratándose la sustracción de especies destinadas a la venta, el sujeto que las ha escondido entre sus ropas puede, antes de franquear todas las medidas de resguardo del local comercial, arrepentirse y devolverlas a su estante o pagarla en las cajas de pago<sup>729</sup>. Lo mismo cabe decir respecto de aquellas especies no destinadas a la venta o sujetas a condiciones especiales cuando el autor decide dejar tirados los objetos y salir “con las manos vacías” del local.

Es importante señalar que, para tener el efecto indicado, el desistimiento debe ser «voluntario», esto es, que tenga lugar aún siendo posible la consumación desde el punto de vista del autor<sup>730</sup>. Por consiguiente, resulta importante tener en cuenta el plan que tenía el autor para materializar el delito, i.e., las circunstancias que él percibía como concurrentes en ese momento y no las que fácticamente existían –así por ejemplo podría suceder que, a pesar de estar siendo vigilado, los guardias de seguridad no lo detienen en ese momento porque todavía puede arrepentirse y cancelar los productos en las cajas de pago–, pues será conforme a tales antecedentes que deberá determinarse si el desistimiento adoptado por el autor fue voluntario o si, por el contrario, se vio forzado a ello<sup>731</sup>. Con todo, cabe reconocer que actualmente la relevancia del desistimiento voluntario como causa de exclusión de la imputación de una tentativa inacabada en estos casos de hurto al interior de establecimientos comerciales es prácticamente nula, pues el inciso segundo del artículo 494 bis del Código Penal de modo excepcional sanciona expresamente el hurto falta *frustrado*, excluyendo implícitamente el hurto en grado de tentativa que, conforme al criterio general fijado por el artículo 9, no es punible tratándose de faltas<sup>732</sup>.

---

*participación*, p. 190. Por consiguiente, si el autor considera que la actuación posterior puede dar lugar al resultado, aun cuando la tentativa haya fracasado objetivamente, el autor puede abandonar el hecho (independiente de su idoneidad). J JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General*, p. 904.

<sup>727</sup> MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. “La tentativa y el desistimiento en el derecho penal. Algunas consideraciones conceptuales”, p. 161

<sup>728</sup> MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. “La tentativa y el desistimiento en el derecho penal. Algunas consideraciones conceptuales”, p. 161. GARRIDO MOTT, Mario. *Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación*, p. 181.

<sup>729</sup> En sentido similar, véase: CARNEVAL RODRÍGUEZ, Raúl. “Criterios para la punición de la tentativa en el delito de hurto a establecimientos de autoservicio. Consideraciones político criminales relativas a la pequeña delincuencia patrimonial”, p. 17.

<sup>730</sup> MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. “La tentativa y el desistimiento en el derecho penal. Algunas consideraciones conceptuales”, p. 171. En efecto, no es necesario que el arrepentimiento se deba a motivos nobles o morales; es suficiente que no se deba a factores forzosos de impedimento. WELZEL, Hans. *Derecho Penal. Parte General*, p. 202.

<sup>731</sup> En este sentido, vid. GARRIDO MOTT, Mario. *Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación*, pp. 191-192.

<sup>732</sup> , p. 190.

## **Conclusión.**

El objetivo principal del presente trabajo ha sido ofrecer un análisis del problema de la determinación de las etapas de desarrollo del delito de hurto cometido en tiendas de autoservicio. Con todo, los planteamientos desarrollados en este trabajo no se limitaron a extraer algunos criterios utilizados en el plano dogmático y en las decisiones judiciales sobre el particular, sino que también se ofrecieron algunas conclusiones relativas a la estructura típica del hurto, sus elementos del tipo, la dogmática de la tentativa (*lato sensu*) y de la consumación bajo el Código Penal chileno. Por esta vía, se obtuvo una posición jurídica mucho más clara y eficiente al analizar luego las dificultades constitutivas del debate doctrinal y jurisprudencial sobre la determinación de las etapas de ejecución del hurto en establecimientos comerciales. Del análisis efectuado en los capítulos precedentes, se pueden extraer las siguientes conclusiones.

1. En su acepción jurídico-penal, la acción de apropiación del artículo 432 del Código Penal tiene una connotación fundamentalmente fáctica, distinta de su acepción jurídico-civil que la haría inaplicable. Así, el término “apropiación”, en el sentido de los delitos de hurto y robo, puede interpretarse como una arrogación del contenido fáctico de poder que es correlativo a la posición jurídico-formal de propietario.

2. Una lectura sistemática de los delitos de hurto, hurto de hallazgo y apropiación indebida tipificados en el Título IX del Libro II del Código Penal, habla a favor de emprender una reconstrucción dogmática de la acción de apropiación del artículo 432, entendida ahora como una apropiación mediante sustracción. Esto significa que la arrogación del poder fáctico de disposición (*lato sensu*) que es correlativo a la posición formal de propietario, debe materializarse a través de una ruptura de la custodia que otro tiene sobre la cosa. El concepto de custodia es indicativo de una relación fáctica, continua, de una persona sobre una cosa corporal mueble, reconocida y dotada de sentido por reglas jurídicas y culturales, que se materializa a través de diversos medios de protección o resguardo dispuestos por la víctima según las circunstancias situacionales del caso concreto.

3. La mención del ánimo de lucro en el artículo 432 del Código Penal, concierne al aspecto positivo de la exigencia subjetiva del ánimo de apropiación constitutivo del injusto del hurto. Es decir, quien ejecuta la sustracción debe actuar con la expectativa de aprovecharse materialmente de la cosa sustraída, cuyo efectivo acaecimiento, empero, no sería objetivamente necesario para la consumación del tipo. Esta decisión de tipificación legislativa supone asumir una concepción del hurto como un delito de resultado cortado, pues al legislador le basta para sancionar un hurto como consumado con la verificación de una ruptura de la custodia ajena y la constitución de una nueva custodia por el autor del delito. En tal medida, la obtención del poder fáctico de disposición (*lato sensu*) sobre la cosa

mediante la ejecución de actos materiales demostrativos de un señorío sobre la cosa (consumirla, disfrutarla, utilizarla, etc.) se corresponde con la denominada etapa de terminación del hurto, momento que es (o puede ser) posterior a la consumación del delito.

4. La tipificación del hurto describe una acción de resultado intrínseco, esto es, una descripción más compleja de una acción que individualiza como resultado un evento constitutivamente condicionado perteneciente a la realidad institucional. Esto significa que toda forma de comportamiento que satisface el contenido semántico del hurto es susceptible de ser descrita como una acción productiva de un determinado resultado intrínseco (normativo), consistente en una ruptura de la custodia ajena y la constitución de una nueva custodia sobre la cosa. Para que tales efectos normativos resulten objetivamente ejemplificados en el mundo, es necesario que se vean satisfechas las condiciones de realización fijadas por el respectivo conjunto de reglas definitorias del concepto de «sustracción» bajo el derecho penal chileno. Esto último se tematizó como el aspecto “situacional” de la acción de sustracción, cuyo contexto ha de estar constituido por una ocasión que provea la correspondiente «oportunidad-para-la-acción».

5. La importancia del concepto de oportunidad-para-la-acción respecto de un tipo de resultado intrínseco como el hurto es que, ejecutada plena o definitivamente la acción de sustracción existiendo la oportunidad correspondiente, el acaecimiento del resultado de una ruptura de custodia ajena y la constitución de una nueva custodia sobre la cosa es *necesario*. Luego, la única hipótesis en que sería posible reconocer un hurto frustrado, se deja identificar con una ejecución completa de la acción de sustracción con ánimo de apropiación en una situación que, bajo la representación de las circunstancias atribuible al autor, es constitutiva de la correspondiente oportunidad-para-la-acción, en circunstancias que esa situación generadora de la correspondiente oportunidad, tenida por existente por el autor, se muestra *ex post* como inexistente. Esta conclusión lleva a favorecer una interpretación de la variante de hurto falta tipificada en el inc. 2º del artículo 494 bis del Código Penal como una hipótesis de tentativa inidónea punible. Para ello, sin embargo, será indispensable que la representación de la realidad atribuible al agente pueda ser valorada *ex ante* como correctamente configurada, esto es, como una representación de una situación del mundo que, de configurarse objetivamente, hubiese tenido lugar la correspondiente transformación de la realidad institucional en cuestión, consistente en una ruptura de custodia ajena sobre la cosa, acompañada de la constitución de una nueva custodia sobre la misma.

6. Frente a ello, se concluyó que la tentativa de hurto debe ser identificada con una realización incompleta, parcial, de la acción de sustracción con ánimo de apropiación, bajo la representación de las circunstancias atribuible al autor. Lo definitorio de una tentativa de hurto se encuentra, entonces,

en el “déficit por falta de materialización” exhibido a este respecto por el comportamiento atribuible al autor, por cuanto éste no ha alcanzado a culminar, bajo su representación de las circunstancias, el proceso de sustracción que haría suficientemente probable el acaecimiento de un quiebre en la custodia anterior y la constitución de una nueva custodia sobre la cosa. En lo tocante a la determinación del inicio de la tentativa de hurto, bajo una versión estricta del criterio de la inmediatez-de-acción, se sostuvo que la tentativa comienza cuando el agente, estando resuelto-al-hecho y representándose como existente una situación en la cual es posible condicionar constitutivamente el acaecimiento del cambio en cuestión, da inicio a la ejecución de la acción de sustracción con ánimo de apropiación sobre la cosa ajena. Esto quiere decir que, para reconocer un indicio de sustracción, el agente ya tendría que haber comenzado –al menos infinitesimalmente– el proceso de ruptura de la custodia ajena sobre la cosa y, de ese modo, a constituir una nueva custodia sobre la misma. Pues es en ese instante (“más tardío”) en que la respectiva intención previa se ve actualizada como resolución-al-hecho bajo la fórmula del “principio de ejecución [...] por hechos directos” contenida en el inc. 3° del artículo 7° del Código Penal chileno.

7. El delito de hurto se encuentra consumado en el instante en que el autor condiciona, mediante sustracción, una completa ruptura de la custodia ajena y la constitución de una nueva custodia sobre la cosa. Esto significa que la determinación del momento de consumación en el hurto debe tener lugar atendiendo consideraciones normativas. Esto quiere decir que no tiene sentido preguntar si el comportamiento de una persona realiza, aisladamente, una “sustracción de cosa ajena”, puesto que la respuesta a la pregunta acerca del momento de la ruptura de custodia ajena es siempre relativa al conjunto de reglas constitutivas subyacentes que especifican las condiciones bajo las cuales un comportamiento puede describirse como una sustracción de una cosa mueble ajena. Precisamente, así se deja entender la proposición según la cual «el concepto de sustracción sería inmediatamente sensible a variables socio-normativas, esto es, institucionales». En este respecto, la particularidad del caso chileno consiste en que, para reconocer una “sustracción de cosa ajena” en los términos de la reconstrucción dogmática de la dimensión objetiva de la acción de apropiación del artículo 432, el autor *siempre* deberá franquear todas las medidas de protección dispuestas por la víctima para la custodia de la especie, aun cuando la haya ocultado entre sus ropas o pertenencias. Por su parte, el momento de terminación del hurto estaría fijado por el instante en que el autor obtiene el poder fáctico de disposición (*lato sensu*) sobre la cosa ajena, momento hasta el cual resultaría admisible una recuperación de la custodia de la cosa en legítima defensa en contra del autor.

8. La dificultad para determinar las etapas de desarrollo respecto de los casos de hurto en establecimiento comerciales, dice relación con las implicancias del modelo de compraventa de

autoservicio en la configuración de los enclaves de custodia sobre los objetos exhibidos al público en su interior. Sobre el particular, es importante denunciar la falta de coherencia e imprevisibilidad en las decisiones de la jurisprudencia sobre la materia, en las que a menudo es posible encontrar pautas o criterios distintos para resolver casos similares y cuyas conclusiones, en definitiva, tensionan el principio de igualdad consagrado en el texto constitucional, al aplicar calificaciones jurídicas disímiles a ciudadanos que gozan de los mismos derechos.

9. De los fallos analizados, fue posible extraer al menos cuatro criterios jurisprudenciales complementarios para la determinación del momento consumativo del hurto en locales de autoservicio. Respecto de los tres primeros, la doctrina jurisprudencial contenida en los fallos se decanta en último término por consideraciones de tipo espacial o rígido, variando únicamente en el punto específico de la infraestructura de custodia del recinto comercial en que se entiende consumada la apropiación de algún producto: las cajas de pago, las paletas de seguridad o las puertas de acceso del recinto. El problema con estas fórmulas jurisprudenciales es que resultan arbitrarias, al simplificar la resolución del problema por la vía de omitir una serie de datos esenciales relativos a la dimensión fáctica de la relación de custodia existente en el caso concreto. Frente a ello, se concluyó que el cuarto criterio utilizado por nuestros tribunales de justicia parece el más adecuado, al afirmar que la apropiación se consuma cuando el autor logra franquear todos los mecanismos de seguridad dispuestos por el establecimiento comercial.

10. Respecto de aquellos casos en que los consumidores ocultan mercadería en espacios de intimidad o privacidad, una observación de la praxis judicial en relación al artículo 15 de la Ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores sugiere la existencia de una conexión entre aquellos casos que involucran una expectativa de privacidad del autor y el deber de exclusión de prueba obtenida de manera ilícita con infracción de garantías constitucionales. La importancia de este hallazgo es que demuestra, entre otras cosas, los alcances normativos (jurídico-culturales) que cabe reconocer bajo el sistema jurídico chileno a la constitución de nuevos enclaves de custodia al interior de otros enclaves mayores. En tal medida, se concluyó que la particularidad del caso chileno consiste en que las dificultades derivadas de estos casos deben ser resueltas con ocasión de la prohibición de la valoración de la prueba ilícita y no, en cambio, desde la óptica del grado de ejecución del delito de hurto bajo el Código Penal chileno.

11. El único caso que constituye una excepción a la regla según la cual el autor siempre debe franquear todos los mecanismos de seguridad, ocurre cuando se consumen productos comestibles o bebestibles al interior del recinto en circunstancias no permitidas por el establecimiento comercial. La razón de ello radica en que si bien el porte “por ingestión” también configura una hipótesis de “espacio



reservado” de intimidad (*per se* insuficiente para la consumación del hurto), la ruptura de custodia en estos casos se produce como consecuencia de la *destrucción* del objeto que sirve de sustrato fáctico a esa relación de custodia entre el dueño y la cosa consumible, siendo difusa entonces la línea que separa el momento de consumación y el instante en que se produce la terminación del hurto.

12. En cuanto a la frustración, la hipótesis de más común ocurrencia en negocios configurados como autoservicio es aquella en que el autor intenta sustraer un producto con ánimo de apropiación, pero este es detectado sin notarlo por el sistema de custodia del establecimiento comercial, siendo detenido *in situ* por los guardias de seguridad en cuanto traspasa el último hito posesorio visible para los clientes del recinto comercial (en general, las puertas de acceso del local). Otra hipótesis en que es posible imaginar que el autor pone todo lo necesario para apropiarse de un bien mediante sustracción y ello no se verifica por causas independientes a su voluntad, sería el caso de una persona que consume un producto comestible al interior del recinto creyendo que se trata de una mercadería destinada a la venta por la administración del supermercado, en circunstancias que la especie consumida era parte de una muestra de regalo ofrecida gratuitamente por el supermercado a los clientes del local.

13. Por último, la configuración de una tentativa de hurto tratándose de locales comerciales presenta varias complicaciones. En la mayoría de los casos, la aprehensión material del objeto no puede considerarse un indicio de sustracción, pues es un hecho público y notorio que en estos establecimientos es la propia clientela la que escoge, recoge y moviliza por sí misma las cosas que desea adquirir, como una forma de facilitar su traslado al sector de cajas y maximizar las ventas de las empresas configuradas como autoservicio. Por cierto, esto no significa que todo lo que se realice al interior de un recinto comercial y con anterioridad a las cajas de pago sea una conducta atípica, especialmente cuando se incumple por la clientela las condiciones de acceso y desplazamiento de especies al interior de estos espacios de multiservicio. Por ende, lo determinante para reconocer un indicio de sustracción en estos casos radica en constatar la falta de autorización del local comercial respecto de ciertas conductas realizadas por los clientes en su interior. Con todo, actualmente la relevancia de la figura del hurto tentado en locales de autoservicio es prácticamente nula, pues el inc. 2º del artículo 494 bis del Código Penal sanciona únicamente el hurto falta frustrado, lo que en la práctica ha llevado a la conclusión prácticamente unánime en la doctrina y la jurisprudencia de que la (simple) tentativa de hurto continúa siendo impune tratándose de las faltas de conformidad con el artículo 9º del mismo Código.

## Bibliografía

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. “Ánimo de lucro y ánimo de hacerse pago”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, N° 28 (1975): 355-378.

\_\_\_\_\_. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos patrimoniales y económicos*. Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1993.

BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio. “Delitos contra intereses instrumentales”. *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibañez*, N°1 (2004), pp. 291-345.

BELING, Ernst von. *Esquema de Derecho Penal y la Doctrina del Delito Tipo*. Trad. por, Sebastian Soler, Buenos Aires, 11ª ed., Editorial Depalma, 1994.

BULLEMORE, Vivian; MACKINNON, John. *Curso de Derecho penal. Parte Especial, Tomo IV*. Santiago, 2ª ed., LexisNexis, 2007.

BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Barcelona, 2ª ed., Editorial Ariel, 1986.

CARNEVAL RODRÍGUEZ, Raúl. “Criterios para la punición de la tentativa en el delito de hurto a establecimientos de autoservicio. Consideraciones político criminales relativas a la pequeña delincuencia patrimonial”. *Política criminal*, N°1 (2006): pp. 1-17.

CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal. Parte Especial. Tomo IV*, trads. por. José Ortega T.; Jorge Guerrero, Bogotá, Editorial Temis, 1959.

CARRETA MUÑOZ, Francesco. *La coherencia en el proceso civil. Imperativo conductual y decisional desde la buena fe (Casos y jurisprudencia)*. Santiago, Legal Publishing Chile, 2013.

COUSIÑO MAC IVER, Luis. *Derecho Penal chileno. Parte General. Tomo I*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1975.

CURY URZÚA, Enrique. *Tentativa y delito frustrado: el proceso ejecutivo del delito*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997.

\_\_\_\_\_. “Delitos contra la propiedad y el patrimonio (José Miguel Zugaldía)”. *Revista chilena de derecho*. Vol. 15, N°2-3, 1988, pp. 395-397.

\_\_\_\_\_. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Santiago, 10ª ed., Ediciones Universidad Católica de Chile, 2001.

DAMIANOVICH DE CERREDO, Laura. *Delitos contra la propiedad*. Buenos Aires, 3ª ed., Editorial Universidad, 2000.

DONNA, Alberto. *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II-B*. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2002.

ECHEVERRÍA, Rafael. *El búho de minerva. Introducción a la filosofía moderna*. Santiago, JCSáezeditor, 2012.

ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*. Santiago, 3ª ed., Editorial Jurídica de Chile, 1998.

\_\_\_\_\_. *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III*. Santiago, 3ª ed., Editorial Jurídica de Chile, 1998.

- FARRÉ TREPAT, Elena. *La tentativa de delito*. Buenos Aires, 2ª ed., Editorial BdF, 2011.
- FERNANDEZ CRUZ, José. “Sentencia sobre la determinación del ‘iter criminis’ en la falta de hurto cometido en supermercados (Juzgado de Garantía de Valdivia – Corte de Apelación de Valdivia). *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 16 (2004), pp. 229-240.
- FERNANDEZ DÍAZ, Álvaro. “Hurto-falta: una reforma mal hecha y otra pendiente”. *Sentencias destacadas, Anuario de jurisprudencia: una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas, Libertad y Desarrollo*, N°2 (2006), pp. 89-104.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Derecho Penal. Parte Especial*. Buenos Aires, 17ª ed., AbeledoPerrot, 2008.
- FRIAS CABALLERO, Jorge. *El proceso ejecutivo del delito: notas de dogmática jurídica en torno del art. 42 del Código Penal*. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1956.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes. “Delito de hurto”. En: *Serie Colección Los Delitos*, N°14, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.
- GARRIDO MONTT, Mario. *Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1984.
- \_\_\_\_\_. *Derecho Penal. Parte General, Tomo I*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Derecho Penal. Parte Especial, Tomo IV*. Santiago: 4ª ed., Editorial Jurídica de Chile, 2008.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. “El comportamiento típico en el robo con homicidio”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, N°17 (1964), 423-450.
- GUZMAN DALBORA, José. “El hurto de energía eléctrica”. *Revista Gaceta Jurídica*, N°343, 2009, pp. 14-27.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Hector. “La nueva regulación del hurto-falta no consumado”. *Semana Jurídica*, N°344 (2007), pp. 6-7.
- \_\_\_\_\_. “Art. 1º”. En: *Código Penal comentado. Parte General, doctrina y jurisprudencia*, HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (dir.), Santiago, Legal Publishing Chile, 2011.
- JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General*. Madrid, Marcial Pons, 1997.
- KAUFMANN, Armin. “La parte dogmática del Proyecto Alternativo”. En: *Estudios de Derecho Penal*. Buenos Aires, Editorial BdF, 2013, pp. 205-232.
- KINDHÄUSER, Urs. “La apropiación en el hurto”. En: *Estudios de Derecho Penal Patrimonial*. Lima, Grijley, 2002, pp. 45-82.
- \_\_\_\_\_. “La estafa como autoría mediata tipificada”. En: *Estudios de Derecho Penal Patrimonial*. Lima, Grijley, 2002, pp. 83-123.
- \_\_\_\_\_. “Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho”. En: VV.AA., *El error en el derecho penal*, Buenos Aires, AdHoc, 2010, pp. 139-163.
- \_\_\_\_\_. “Hechos brutos y elementos normativos del tipo”. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, N°2, 2014, pp. 1- 24.
- LABATUT GLENA, Gustavo. *Derecho Penal. Tomo II*. Santiago, 7ª ed., Editorial Jurídica de Chile, 2000.

MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. “La tentativa y el desistimiento en el derecho penal. Algunas consideraciones conceptuales”. *Revista de Estudios de la Justicia*, N°4, pp. 137-175.

\_\_\_\_\_. “El ‘hurto-robo’ frente a la autotutela y la legítima defensa de la posesión”. *Revista de Estudios de la Justicia*, N°7 (2006), pp. 65-93.

\_\_\_\_\_. *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: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2009.

\_\_\_\_\_. “El concepto de acción y el lenguaje de la imputación”. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 35, 2012, pp. 663-690.

\_\_\_\_\_. “Justicia, propiedad y prevención”. En: *Libro homenaje a los profesores del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*, ed. por. Carlos Künsemüller; Mario Garrido Montt, coord. por, Juan Pablo Mañalich, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2013, pp. 167-197.

\_\_\_\_\_. *Norma, causalidad y acción. Una teoría de las normas para la dogmática de los delitos de resultados puros*. Madrid, Marcial Pons, 2014.

\_\_\_\_\_. “La tentativa de delito como hecho punible. Una aproximación analítica”. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 44, N°2 (2017), pp. 461-493.

\_\_\_\_\_. “Apropiación y distracción indebidas. Una propuesta de reconstrucción unificadoramente dualista del art. 470 N°1 del Código Penal”. *Revista de Derecho (Coquimbo)*, Vol. 25, N°1 (2018), pp. 153-180.

\_\_\_\_\_. 2019a. “Tentativa, error y dolo. Una reformulación normológica de la distinción entre tentativa y delito putativo”. *Política Criminal*, Vol. 14, N°27 (2019), pp. 296-375.

\_\_\_\_\_. 2019b. “Tentativa y resolución-al-hecho. Una reconstrucción desde la filosofía de la acción”. *Isonomía*, N°51, pp. 29-64.

\_\_\_\_\_. 2019c. “Inicio de la tentativa y oportunidad-para-la-acción”. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 46, N°3, pp. 821-844.

MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*, trad. por, Juan Córdoba Roda, Barcelona, Ediciones Ariel, 1962.

\_\_\_\_\_. *Derecho Penal. Parte General. Vol. I*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1994.

MAYER LUX, Laura. “El ánimo de lucro en los delitos contra intereses patrimoniales”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N°42 (2014): pp. 285-319.

\_\_\_\_\_. “El ‘iter criminis’ en la estafa a las compañías de seguros”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N°45 (2015): pp. 101-130.

\_\_\_\_\_. “Las paradojas de la estafa-falta”. *Política criminal*, Vol. 11, N°21 (2016), pp. 173-201.

MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario, *El delito de hurto*. Bogotá, Editorial Leyer, 1997.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*. Valencia, 5ª ed., Tirant Lo Blanch, 2002.

NIETZSCHE, Friedrich. *La gaya ciencia*, trad. por, José Jara, Barcelona, Editorial Planeta, 2019.

NOVOA MONREAL, Eduardo. *Curso de Derecho penal chileno. Tomo I*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1985.

\_\_\_\_\_. “Algunas consideraciones acerca de la tentativa”. *Revista de Ciencias Penales*, Tomo XX, N°1 (1960), pp. 3-32.

NÚÑEZ, Ricardo C. *Delitos contra la propiedad. (Principios generales hurto, robo, extorsión)*. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1951.

OJEDA SALDIVIA, Alberto. *Hurto de Hallazgo*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1968.

OLAVE ALBERTINI, Alejandra. “El delito de hurto como tipo de resultado”. *Política criminal*, Vol. 13, N°25 (2018), pp. 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*, N°26 (2005), pp. 295-307.

\_\_\_\_\_. *Delitos contra la propiedad*. Santiago: Thomson Reuters, 2013.

POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMIREZ GUZMÁN, Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial*. Santiago: 2ª ed., Editorial Jurídica de Chile, 2004.

\_\_\_\_\_. *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte General*. Santiago: 2ª ed., Editorial Jurídica de Chile, 2005.

PUPPE, Igeborg. “El alcance lógico de la llamada conclusión inversa”. En: PUPPE, Igeborg. *El derecho penal como ciencia*, Buenos Aires, Editorial BdF, 2014, pp. 33-100.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan. *Derecho Penal español. Parte Especial*. Barcelona, Atelier, 2002.

RAMÍREZ GUTTIERREZ, María Cecilia. “La frustración en delitos de mera actividad a la luz de determinadas sentencias”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N°26 (2005), pp. 133-141.

REBOLLEDO VARGAS, Rafael. “Propuestas para la controversia en la delimitación típica del delito de estafa: la distinción con el fraude civil y la reinterpretación del engaño”. *Revista de Derecho y Proceso Penal*, N°19 (2008), pp. 93-118.

REDONDO, María Cristina. *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996.

REYES ALVARADO, Yesid. *El delito de tentativa*. Buenos Aires, Editorial B de F, 2016.

ROBES PLANAS, Ricardo. “Delitos contra el patrimonio (I)”. En: *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, coord. por, Ramón Ragués i Vallès, dir., Jesús María Silva Sánchez, Barcelona, Atelier Libros Jurídicos, 2006, pp. 181-207.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María. “Concepto de Hurto”. En: *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, Editorial Francisco Six S.A., 1962, pp. 174-224.

\_\_\_\_\_. “El hurto propio”. En: *Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 3ª Serie de Monografías de Derecho Español*, Madrid, Ministerio de Justicia y C.S.I.C., 1946

RODRÍGUEZ DEVESA, José; SERRANO GÓMEZ, Alfonso. *Derecho Penal español. Parte Especial*. Madrid: 18ª ed., Editorial Dykinson, 1995.

RODRÍGUEZ MORULLO, Gonzalo. *Comentarios al Código Penal*. Madrid, Editorial Civitas, 1997.

ROMERO SEGUEL, Alejandro. *La jurisprudencia de los tribunales como fuente del derecho: una perspectiva procesal*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004.

ROXIN, Claus. *La teoría del delito en la discusión actual*, trad. por, Manuel A. Abanto Vásquez, Lima, Editora Jurídica Grijley, 2007.

SANCINETTI, Marcelo. *Teoría del delito y disvalor de la acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*. Buenos Aires, Hammurabi, 1999.

SANCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo. “Consideraciones sobre los delitos de hurto y robo cometidos en establecimientos de autoservicio”. *Revista de Derecho de la Universidad de Piura*, N°2 (2001), pp. 241-251.

SAVIGNY, Friedrich von. *Tratado de la posesión*. Buenos Aires, Editorial Heliasta, 2012.

SCHLEIDER, Tobías. *Acción y resultado. Un análisis del papel de la suerte en la atribución de responsabilidad penal*. Buenos Aires, Ediciones Didot, 2011.

SEARLE, John. *Actos de habla. Ensayo de filosofía del lenguaje*. Barcelona, Editorial Planeta, 1994.

\_\_\_\_\_. *La construcción de la realidad social*. Barcelona, Paidós, 1997.

SERRANO GÓMEZ, Alfonso; SERRANO MAÍLLO, Alfonso. *Derecho Penal español. Parte Especial*. Madrid: 10ª ed., Editorial Dykinson, 2005.

SOLA RECHE, Esteban. *La llamada ‘tentativa inidónea’ del delito*. Granada, Comares, 1996.

SOTO, Miguel. *Apropiación indebida*. Santiago, Conosur, 1994.

TOZZINI, Carlos. *Los delitos de hurto y robo (en la legislación, la doctrina y la jurisprudencia)*. Buenos Aires, Depalma, 1995.

VALENCIA, Jorge. “La acción material constitutiva del delito de hurto en el nuevo Código Penal”. *Nuevo Foro Penal*, N°18, 1983, pp. 160-169.

VERA SANCHEZ, Juan. “La frustración en los delitos de mera actividad”. *Revista de Estudios Ius Novum*, N°1 (2008), pp. 241-254.

\_\_\_\_\_. *La consumación en el delito de hurto*. Santiago: Librotecnia, 2011.

VERDUGO MARINKOVIC, Mario. “Acerca de la estabilidad de la doctrina jurisprudencial”. *Revista Gaceta Jurídica*, N°349 (2009), p. 5.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán. Parte General*, trad., por Juan Bustos Ramírez; Sergio Yáñez Pérez, Santiago, 4ª ed., Editorial Jurídica de Chile, 1997.

YAÑEZ ARRIAGADA, Rodrigo. “Una revisión crítica de los habituales conceptos sobre el iter criminis en los delitos de robo y hurto”. *Política criminal*, Vol. 4, N°7 (2009): pp. 87-124.

Jurisprudencia citada

Corte Suprema, Rol N°199-2001, 20 de junio de 2001. *Revista Gaceta Jurídica*, N°252 (2001).

Corte Suprema, Rol N°1611-2004, 16 de junio de 2004.

Corte Suprema, Rol N°5125-2005, 27 de diciembre de 2005.

Corte Suprema, Rol N°889-2006, 26 de abril de 2006.

Corte Suprema, Rol N°33252-2019, 21 de febrero de 2020.

Corte de Apelaciones de Arica, Rol N°344-2018, 30 de octubre de 1988. *Revista Gaceta Jurídica*, N°99 (1988).

Corte de Apelaciones de Chillán, Rol N°4032019-2018, 27 de diciembre de 2019.

Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N°55-2013, 4 de marzo de 2013.

Corte de Apelaciones de Coyhaique, Rol N°141-2017, 16 de diciembre de 2017.

Corte de Apelaciones de La Serena, Rol N°473-2015, 10 de septiembre de 2015.

Corte de Apelaciones de La Serena, Rol N°490-2015, 24 de septiembre de 2015.

Corte de Apelaciones de Pedro Aguirre Cerda, Rol N°2406-1978, 14 de septiembre de 1988. *Revista Gaceta Jurídica*, N°99 (1988).

Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol N°239-2017, 30 de mayo de 2017.

Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°3073-1989, 18 de julio de 1989. *Revista Gaceta Jurídica*, N°109 (1989).

Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°3051-1990, 12 de abril de 1990. *Revista Gaceta Jurídica*, N°118 (1990).

Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°1331-1993, 29 de enero de 1993. *Revista Gaceta Jurídica*, N°154 (1993).

Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°10052-1993, 28 de abril de 1993. *Revista Gaceta Jurídica*, N°154 (1993).

Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°966-2005, 10 de marzo de 2006. *Revista Procesal Penal*, N°45 (2006).

Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°1200-2006, 24 de junio de 2006. *Revista Gaceta Jurídica*, N°313 (2006).

Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°117-2007, 24 de enero de 2007. *Revista Gaceta Jurídica*, N°319 (2007).

Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°70-2007, 24 de enero de 2007. *Revista Gaceta Jurídica*, N°319 (2007).

Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°3754-2004, 9 de abril de 2007. *Revista Gaceta Jurídica*, N°321 (2007).

Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°4780-2017, 31 de enero de 2018.

Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°3778-2018, 31 de julio de 2018.

Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°5856-2018, 20 de noviembre de 2018.

Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°6779-2018, 2 de enero de 2019.

Corte de Apelaciones de Talca, Rol N°383-2017, 12 de mayo de 2017.

Corte de Apelaciones de Talca, Rol N°1029-2017, 20 de octubre de 2017.

Corte de Apelaciones de Temuco, Rol N°1084-2019, 14 de enero de 2020.

Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N°763-2002, 3 de octubre de 2003. *Revista Gaceta Jurídica*, N°280 (2003).

Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N°1062-2010, 27 de septiembre de 2010.

Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°110-2013, 25 de febrero de 2013. *Revista de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N°18 (2014).

Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°1108-2013, 30 de octubre de 2013.

Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°803-2014, 3 de julio de 2014.

Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°1128-2017, 28 de julio de 2017.

Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°1827-2017, 30 de octubre de 2017.

Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°15-2018, 31 de enero de 2018.

Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°205-2018, 21 de febrero de 2018.

Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°462-2019, 29 de marzo de 2019.

Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°1868-2019, 23 de octubre de 2019.

Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°2185-2019, 4 de diciembre de 2019.

Décimo Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago, RIT N° 1355-2005, 2 de enero de 2005. *Revista Procesal Penal*, N°42 (2005).

Décimo Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago, RUC N°0500287915-K, 4 de octubre de 2005. *Revista Procesal Penal*, N°40 (2005).

Décimo Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago, RIT N°1507-2005, 15 de noviembre de 2005. *Revista Procesal Penal*, N°41 (2005).

Juzgado de Garantía de Chillán, RIT N°4367-2019, 9 de octubre de 2019.

Juzgado de Garantía de Curicó, RIT N°55-2019, 19 de agosto de 2019.

Juzgado de Garantía de Puerto Montt, RIT N°296-2006, 5 de febrero de 2006.

Juzgado de Garantía de San Felipe, RIT N°2467-2017, 12 de diciembre de 2017.

Juzgado de Garantía de Talca, RIT N°4749-2017, 8 de septiembre de 2017.

Juzgado de Garantía de Valparaíso, RIT N°4162-2014, 16 de mayo de 2014.

Séptimo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT N°61-2005, 17 de diciembre de 2005. *Revista Procesal Penal*, N°42 (2005).

Séptimo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT N°305-2017, 11 de septiembre de 2017.

Tercer Juzgado de Garantía de Santiago, RIT N°5094-2006, 11 de agosto de 2006. *Revista Procesal Penal*, N°50 (2006).

Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT N°256-2017, 21 de febrero de 2019.

Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT N°313-2019, 25 de enero de 2020.



Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol, RIT N°74-2019, 12 de diciembre de 2019.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, RIT N°344-2018, 30 de octubre de 2018.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Concepción, RIT N°181-2019, 3 de septiembre de 2019.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Coyhaique, RIT N°89-2017, 24 de octubre de 2018.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Curicó, RIT N°6-2020, 10 de marzo de 2020.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Chillán, RIT N°280-2017, 12 de diciembre de 2017.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Los Andes, RIT N°38-2019, 19 de octubre de 2019.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puente Alto, RIT N°88-2019, 16 de septiembre de 2019.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Talca, RIT N°40-2017, 24 de marzo de 2017.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso, RIT N°478-2019, 21 de abril de 2020.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso, RIT N°515-2017, 15 de diciembre de 2017.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, RIT N°202-2018, 10 de agosto de 2018.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, RIT N°515-2018, 21 de febrero de 2019.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, RIT N°201-2019, 30 de octubre de 2019.

Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, RIT N°279-2019, 30 de diciembre de 2019.