

## ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS ÚLTIMAS MODIFICACIONES LEGALES EN MATERIA DE HURTO-FALTA\*

GUILLERMO OLIVER CALDERÓN\*\*  
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

### RESUMEN

El día 5 de junio de 2004 fue publicada en el Diario Oficial la ley 19.950, cuyo objetivo principal fue reprimir más severamente los llamados "hurtos-hormiga", que día a día se cometen en supermercados y grandes tiendas comerciales. Entre otras cosas, la nueva ley rebajó de una a media unidad tributaria mensual el límite que separa el hurto - falta del hurto - simple delito, sustituyó la pena de multa que el hurto - falta tenía asignada por una pena privativa de libertad y decidió sancionar las etapas ejecutivas anteriores a la consumación de este mismo delito. El autor critica fuertemente la nueva regulación, entre otros motivos, por no respetar los principios de lesividad y proporcionalidad, por introducir un claro ejemplo de los denominados

### ABSTRACT

Law N° 19.950, which is mainly related to a more ruthless repression against shoplifting committed in supermarkets and big department stores every day, was published in the Government's Gazette on June 5, 2004. Among other things, this new law reduces the limit between larceny-misdemeanor and larceny-minor offense from one to a half monthly tax unit; substitutes a penalty with loss of freedom for the bail the larceny-misdemeanor had been assigned; and determines to impose penalties on the acts prior to the perpetration of the crime itself. The author fiercely criticizes this new law for not respecting the principles of injuriousness and proportionality, for introducing a clear example of the so-called "joinder" offenses, and for constituting a

---

\* Trabajo presentado en las "Primeras Jornadas de Derecho Penal y Ciencias Penales" celebradas en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, los días 18 a 20 de noviembre de 2004, en conmemoración del centésimo décimo aniversario de la fundación del Curso de Leyes de los Sagrados Corazones de Valparaíso, actual Escuela de Derecho de la mencionada Universidad.

\*\* Profesor de Derecho Penal en la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Dirección postal: Casilla 4053. Valparaíso. Chile. Correo electrónico: goliver99@hotmail.com.

delitos “de acumulación” y por constituir una manifestación de la llamada “administrativización” del Derecho penal.

PALABRAS CLAVE: Lesividad – Proporcionalidad – Hurto-falta – Hurto-hormiga – Delitos de acumulación – Administrativización del Derecho Penal – Reincidencia – Reiteración de hurtos.

manifestation of the so-called “administrization” of the criminal law.

KEY WORDS: Injuriousness – Proportionality – Larceny-misdemeanor – Shoplifting – Joinder offenses – Administrization of the criminal law – Recidivism – Recurrent thefts.

## I. INTRODUCCIÓN

1. Es una afirmación común la que sostiene que la historia del sistema penal contemporáneo ha estado marcada por una permanente y progresiva racionalización y morigeración de su rigor. En efecto, superadas las atrocidades del Antiguo Régimen, tan vigorosamente denunciadas por Beccaria en su célebre obra *De los delitos y de las penas*, a partir de la Ilustración el sistema penal ha tendido a una cada vez mayor humanización y a una menor intervención. Esta tendencia se ha traducido, entre otras cosas, en un abandono de la pena de muerte y de las penas corporales, una sustitución de las penas privativas de libertad por penas menos gravosas, una atenuación de la gravedad de las penas señaladas a los delitos y una despenalización de conductas antes punibles en las legislaciones de los diversos países<sup>1</sup>.

2. Sin embargo, también es verdad que este proceso, como dice García-Pablos de Molina, “no es uniforme, homogéneo –lineal– ni constante. Por el contrario, sufre toda suerte de vicisitudes, retrocesos, interrupciones y paréntesis, quiebras significativas”<sup>2</sup>. Pues bien, en el último tiempo, hemos estado asistiendo, precisamente, a uno de estos retrocesos o paréntesis. Desde hace algunos años, la doctrina viene señalando que nos encontramos inmersos en una fuerte tendencia neocriminalizadora<sup>3</sup>. En palabras de Silva Sánchez, “no es nada difícil constatar la existencia de una tendencia claramente dominante en la legislación de todos los países hacia la introducción de nuevos tipos penales así como a una agravación de los ya existentes, que cabe enclavar en el marco general de la restricción, o la “reinterpretación” de las garantías clásicas del Derecho penal sustantivo y del Derecho procesal penal. Creación de nuevos “bienes jurídico-penales”, ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía no serían sino aspectos de esta tendencia general, a la que cabe referirse con el término “expansión”<sup>4</sup>. La excesiva utilización de ele-

<sup>1</sup> Cfr. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*<sup>7</sup> (Buenos Aires, 2004), pp. 131 s.

<sup>2</sup> GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho Penal. Introducción*<sup>2</sup> (Madrid, 2000), p. 106.

<sup>3</sup> Particularmente, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*<sup>8</sup> (Madrid, 2001).

<sup>4</sup> SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal*, cit., p. 20.

mentos normativos en los tipos penales, la anticipación de la tutela penal, la proliferación de delitos de peligro abstracto y otras notas caracterizarían lo que se ha venido en llamar Derecho Penal “moderno”, propio de la periferia de la legislación penal, en oposición al denominado Derecho Penal “clásico”, integrado, este último, por el núcleo duro de esta rama del Derecho (delitos contra la vida, la integridad física, el patrimonio y unos cuantos delitos más) y para el cual se seguiría exigiendo el respeto de los principios político-criminales de garantía<sup>5</sup>.

3. Creemos que resulta necesario distinguir claramente ambas zonas, para evitar que la “modernización” termine por absorber todos los ámbitos del Derecho Penal, contaminando también al Derecho Penal “clásico”<sup>6</sup>. Pues bien, en nuestra opinión, la señalada corriente expansionista o neocriminalizadora también ha llegado a la legislación penal chilena y el llamado Derecho Penal “moderno” ha comenzado a invadir el campo del Derecho Penal “clásico”, como pretendemos demostrar a continuación.

4. Un ejemplo de este fenómeno neocriminalizador se aprecia en algunas de las modificaciones a la regulación de los delitos sexuales, hechas mediante la ley N° 19.927, publicada en el Diario Oficial el 14 de enero de 2004. Por un lado, se aumentaron las penas de varios delitos (violación, estupro, abusos sexuales propio e impropio<sup>7</sup>, etc.). Por otro, se elevó de 12 a 14 años el límite de edad para consentir en la realización de actos de connotación sexual, con lo cual se amplió considerablemente el ámbito de conductas punibles. Finalmente, se crearon nuevos delitos, como por ejemplo, el almacenamiento de pornografía infantil (nuevo artículo 374 bis inciso segundo del Código Penal), figura respecto de la cual nos resulta muy difícil aceptar que respete el principio de lesividad y negar que sólo castigue lo que se considera un ejercicio desviado de la sexualidad. Creemos que otro ejemplo de la denunciada corriente neocriminalizadora, aún más evidente que el ya comentado, se advierte en la reciente reforma hecha en materia de hurto-falta, a través de la ley N° 19.950, publicada en el Diario Oficial el 5 de junio de 2004, cuyo análisis crítico constituye el objetivo principal de este breve trabajo.

## II. EXAMEN DE ALGUNAS DE LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY N° 19.950

### 1. *Nombre de la ley*

La propia denominación con que fue publicada la señalada ley resulta muy ilustrativa acerca de la finalidad represiva perseguida por el legislador: *Ley núm. 19.950. Aumenta sanciones a hurtos y facilita su denuncia e investigación*. La ver-

<sup>5</sup> Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho Penal*, cit., pp. 107 s.

<sup>6</sup> Advierte esta necesidad HASSEMER, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal* (trad. Muñoz Conde y Díaz Pita, Valencia, 1999), p. 70.

<sup>7</sup> Al aludir a los abusos sexuales propio e impropio, utilizamos la terminología de RODRIGUEZ COLLAO, *Delitos sexuales. De conformidad con las modificaciones introducidas por la ley N° 19.617 de 1999* (Santiago, 2000), p. 196.

dad es que, de estos dos objetivos declarados, indudablemente, fue el primero el que orientó la mayoría de las modificaciones hechas, como se desprende de las consideraciones que efectuamos enseguida.

### 2. *Disminución del valor de la cosa hurtada como límite entre la falta y el simple delito*

a) Hasta antes de la modificación legal, el límite entre el hurto-falta y el hurto simple delito, que estaba dado por el valor de la cosa sustraída, era una unidad tributaria mensual. Si la cosa valía menos, se configuraba una falta (artículo 494 N° 19 del Código Penal); si valía más, se estaba en presencia de un simple delito (artículo 446 del Código Penal). La reforma disminuyó este valor y lo fijó en media unidad tributaria mensual.

b) Esta modificación revela el afán punitivo del legislador. Es evidente que, a partir de ella, tendría que ser mucho más fácil, cuando se cometa un hurto, que se configure un simple delito que una falta, al reducirse considerablemente el margen de aplicación de éstas. Sin embargo, este cambio, por sí solo, no garantiza que el número de hurtos-falta vaya a decrecer y que el de hurtos simple delito vaya a aumentar, toda vez que, seguramente, cambiará el *modus operandi* de quienes se dedican a estas actividades.<sup>8</sup> Si antes se cuidaban de no apropiarse de especies que valieran más de una unidad tributaria mensual, ahora procurarán no hacerlo con especies de valor superior a media unidad tributaria mensual.

c) Además, esta rebaja del valor de la cosa hurtada, como límite entre la falta y el simple delito, ha producido una desarmonía entre, por un lado, el hurto-falta y, por otro, las otras faltas de contenido patrimonial contenidas en el N° 19 del artículo 494 del Código Penal. Ello es así, porque en estas otras faltas se sigue manteniendo en una unidad tributaria mensual la frontera con los simples delitos. No advertimos fundamento serio para este proceder.

### 3. *Penalización de las etapas ejecutivas anteriores a la consumación del hurto-falta*

a) Uno de los cambios más importantes efectuados por la ley en comento fue la decisión de sancionar penalmente las etapas ejecutivas anteriores a la consumación del hurto-falta. El nuevo artículo 494 bis del Código Penal, después de tipificar en su primer inciso el hurto-falta y fijar la pena aplicable, en su inciso final señaló que "se sancionará también la falta frustrada y la tentativa, conforme a las definiciones del artículo 7°".

b) Esta modificación se debió al hecho de que en algunas regiones del país en las que ya había entrado en vigencia la Reforma Procesal Penal, se había impuesto en la jurisprudencia cierta tendencia a posponer considerablemente en el tiempo el momento de la consumación de los delitos de hurto, exigiendo, para que pudiera hablarse de apropiación, que el sujeto activo tuviera, siquiera por un

---

<sup>8</sup> Así, cfr. entrevista a MEDINA JARA, en *Debate genera aumento de penas para "hurto hormiga"*, en La Semana Jurídica N° 189 (semana del 21 al 27 de junio de 2004), p. 4.

instante –siguiendo así la opinión de Garrido Montt<sup>9</sup>–, la posibilidad de disponer de la cosa. De este modo, en muchos casos en los que quienes sustraían especies de supermercados o tiendas comerciales sin pagarlas eran aprehendidos portando aquéllas después de traspasar las cajas registradoras o de abandonar el edificio ocupado por el establecimiento comercial, los tribunales apreciaban una tentativa de hurto o un hurto frustrado. Y como en tales casos, generalmente, el valor de las especies era inferior a una unidad tributaria mensual –se trataba de un hurto-falta–, los tribunales absolvían, de conformidad con el artículo 9 del Código Penal, según el cual las faltas sólo se castigan cuando han sido consumadas.

c) Esta decisión de penalizar la tentativa y la frustración resulta altamente criticable, desde varios puntos de vista. En primer lugar, desde el necesario respeto al principio de lesividad. Si ya en el hurto falta consumado la lesividad es mínima –con mayor razón después de la rebaja de su tope máximo de una a media unidad tributaria mensual–, en las etapas ejecutivas anteriores a la consumación, es prácticamente inexistente.

d) Además, esta infracción al principio de lesividad produce una desarmonía entre el hurto-falta y las restantes faltas del libro tercero del Código Penal, lo que se traduce en que tampoco se respete el principio de proporcionalidad. Ello es así, porque mientras la generalidad de las faltas sólo se sanciona si alcanza la consumación, la falta de hurto es la única que se castiga en cualquiera de sus etapas ejecutivas. No logramos divisar razones de peso para esta inexplicable diferencia. Si analizamos todas las faltas tipificadas en el Código Penal, no encontramos en el hurto-falta nada especial que justifique que sea la única que admita el castigo de la tentativa y de la frustración<sup>10</sup>. Más aún, si fuese inevitable establecer una sanción penal para las etapas ejecutivas anteriores a la consumación de una falta, y se nos permitiera elegir dicha falta, tenemos la convicción, atendido el catálogo de faltas del Código Penal, de que no elegiríamos nunca el hurto-falta. Tal vez, elegiríamos las lesiones leves, por afectar un bien jurídico que nos parece de mayor importancia, o la falta de coacción, que en otros países constituye un delito de mayor gravedad.

e) Por otro lado, llama la atención el hecho de que el legislador decidiera castigar etapas ejecutivas anteriores a la consumación en algo que siempre ha sido considerado como criminalidad de bagatela. Así ha sido estimada esta clase de delincuencia por quienes se han dedicado a estudiar y difundir las características del nuevo proceso penal chileno, especialmente, al analizar el llamado principio de oportunidad, recogido en el artículo 170 del Código Procesal Penal. Tradicionalmente, cuando los autores explican este principio, suelen mencionar como ejemplo de hechos que no comprometen gravemente el interés público,

---

<sup>9</sup> Cfr. GARRIDO MONTT, *Derecho Penal. Parte Especial* (Santiago, 2000), IV, pp. 165 ss..

<sup>10</sup> En el sentido del texto, vid. la opinión de PIÑA ROCHEFORT, en *Debate genera aumento de penas*, cit., p. 13. Cfr. también el comentario crítico formulado por el diputado BUSTOS RAMÍREZ, en la sesión 87ª de la Cámara de Diputados, de fecha 18 de mayo de 2004, *Legislatura Extraordinaria N° 350*.

precisamente, el hurto-falta<sup>11</sup>. Siendo esto así, es difícil entender por qué se ha decidido sancionar la tentativa y la frustración.

f) Por otra parte, esta modificación se inserta dentro de una tendencia propia de los tiempos actuales de la política criminal de nuestro ámbito de cultura, cual es el adelantamiento de la barrera de protección penal de los bienes jurídicos. En efecto, como lo señalamos más arriba, una de las notas que caracterizan la actual política criminal de los diversos países es la proliferación de delitos de peligro, ampliándose así los espacios de riesgo jurídico-penalmente relevante. Si la señalada tendencia no se detiene, llegará un momento en que no bastará con que nuestro legislador establezca pena para el hurto, aún para el hurto falta, desde que se encuentre en grado de tentativa, sino que será necesaria la creación de nuevos tipos penales, de peligro, que sancionen, por ejemplo, la conducta de ingresar a un establecimiento comercial portando una bolsa vacía, atendido el riesgo de que ésta se utilice para sustraer especies que se encuentren en el interior de aquél a la venta. Desde luego, ello nos resultaría inaceptable.

g) Con todo, el legislador, al decidir penalizar las etapas ejecutivas anteriores a la consumación del hurto-falta, incurrió en una omisión que hace inaplicable esta modificación. Expresó en el inciso final del artículo 494 bis del Código Penal que se sancionará el hurto-falta en sus etapas de tentativa y frustración, pero olvidó señalar con qué pena se haría. Y no es posible acudir a las disposiciones generales sobre aplicación de las penas de los artículos 50 y siguientes del mismo Código para salvar la señalada omisión. Ello es así, porque las reglas que allí se contemplan sobre rebaja de grados para la tentativa y la frustración, a partir de la pena que corresponda al delito consumado y que debe ubicarse dentro de alguna de las escalas graduales de penas del artículo 59 del referido texto legal, sólo aluden a los crímenes y simples delitos, por lo que no son aplicables a las faltas. Con ello, sin pretenderlo, el legislador ha aportado a la cátedra un notable ejemplo de ley penal en blanco al revés o irregular, tan difícil de encontrar en la práctica.

h) Algunos tribunales del país ya han comenzado a dictar sentencias absolutorias frente a hurtos-falta que no han alcanzado la consumación, por inexistencia de pena a imponer<sup>12</sup>. Otros tribunales, ante la ausencia de una declaración expresa de la ley acerca de la sanción penal correspondiente a la tentativa y a la frustración, han llegado a sostener, inexplicablemente, que las etapas ejecutivas anteriores a la consumación del hurto-falta estarían sancionadas con

---

<sup>11</sup> Así, RIEGO - DUCE, *La etapa de investigación en el nuevo proceso penal*, en CAROCCA - DUCE - RIEGO - BAYTELMAN - VARGAS, *Nuevo Proceso Penal* (Santiago, 2000), p. 116, quienes al mencionar los delitos de bagatela para los que, a su juicio, se ha diseñado el principio de oportunidad, no sólo aluden a las faltas, sino también a los hurtos sancionados en el N° 3 del artículo 446 del Código Penal.

<sup>12</sup> Vid., por ejemplo, sentencias de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de 28 de octubre de 2004, en causa RUC 0400348024-6, rol IC 679-2004, y de 17 de diciembre de 2004, en causa rol IC 822-2004, y de la Corte de Apelaciones de Concepción, de 6 de diciembre de 2004, en causa RUC 0400255009-7, rol IC 503-2004.

la misma pena que el hurto-falta consumado<sup>13</sup>. Y otros, simplemente, han castigado la tentativa y la frustración en el hurto-falta con multa, por ser ésta la pena inmediatamente inferior a la última en todas las escalas graduales de penas del artículo 59 del Código Penal<sup>14</sup>, a pesar de que dichas escalas están destinadas a ser utilizadas sólo para la determinación de la pena en los crímenes y simples delitos. A nuestro juicio, esta disparidad de criterios es la más clara demostración de que no se ha previsto expresamente ninguna pena para las etapas ejecutivas anteriores a la consumación del hurto-falta, por lo que, mientras el legislador no salve su omisión, sigue siendo válida la afirmación contenida en el artículo 9 del Código Penal, es decir, que las faltas sólo se castigan cuando han sido consumadas<sup>15</sup>.

#### *4. Aplicación al hurto-falta de la regla de reiteración de hurtos del artículo 451 del Código Penal*

a) Otra de las modificaciones efectuadas por la ley en comento es la que introdujo en el texto del artículo 451 del Código Penal una referencia a las faltas, para que hubiera total claridad en cuanto a que la regla de punición de la reiteración de hurtos a una misma persona o a distintas personas en un mismo lugar allí contenida, también debe ser aplicada cuando se trate de reiteración de hurtos-falta. Esta es otra demostración del evidente afán punitivo que inspiró a la ley N° 19.950. Con esta modificación se ha pretendido establecer un régimen penal más severo para quienes se dedican a cometer hurtos de baja cuantía en supermercados y grandes tiendas comerciales<sup>16</sup>.

b) Sin embargo, lejos de conseguir el mencionado objetivo, el legislador, en vez de agravar las penas de quien incurra en una reiteración de hurtos-falta en contra de un mismo establecimiento comercial, las ha dulcificado. Ello es así,

---

<sup>13</sup> Así, sentencias de las Cortes de Apelaciones de Talca, de fecha 24 de septiembre de 2004, en causa RUC 0400223700-3, rol IC 1771-2004, y de Chillán, de fecha 5 de noviembre de 2004, en causa RUC 0400338477-8, rol IC 144-2004. Vale la pena tener presente, en contra de dichas sentencias, que nunca fue propósito de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, al incorporar el castigo de las etapas ejecutivas anteriores a la consumación del hurto falta, que se sancionaran con la misma pena que la correspondiente a la consumación. Vid., en tal sentido, la opinión del senador ESPINA, en el segundo informe de la mencionada Comisión, recaído en el proyecto de ley que dio origen a la ley N° 19.950.

<sup>14</sup> Cfr., entre otras, sentencias de la Corte de Apelaciones de Rancagua, de fechas 5 y 22 de octubre de 2004, roles IC 115-2004 y 116-2004, respectivamente, y de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, de 12 de noviembre de 2004, rol IC 168-2004, RUC 0400335605-7.

<sup>15</sup> Cfr. la reciente sentencia de la Excm. Corte Suprema, de fecha 20 de abril de 2005, rol EC 5990-2004, RUC 0400294065-0, que nos da la razón, pues declaró que el legislador olvidó señalar la pena correspondiente a las etapas ejecutivas anteriores a la consumación del hurto falta.

<sup>16</sup> Así lo señaló el diputado Walker, uno de los autores de la moción parlamentaria que dio inicio al proyecto de ley que derivó en la ley N° 19.950, en sesión de la Comisión Especial de Seguridad Ciudadana de la Cámara de Diputados, de fecha 15 de enero de 2003. Vid. la parte pertinente del informe de la señalada comisión recaído en el referido proyecto de ley.

porque para quien cometa varias faltas de hurto contra un mismo supermercado o tienda comercial, los artículos 351 y 397 del Código Procesal Penal y 509 del Código de Procedimiento Penal establecen una regla de punición que consiste en imponer la pena correspondiente al monto total de lo sustraído, considerando las varias infracciones como un solo delito, aumentándola en uno o dos grados, si se aplica el Código Procesal Penal, o en uno, dos o tres grados, si se aplica el Código de Procedimiento Penal. Esta regla de castigo lleva a la imposición de una pena superior a la aplicable de acuerdo con el artículo 451 del Código Penal, toda vez que esta disposición sólo obliga a sumar el importe total de los objetos sustraídos e imponer la pena correspondiente en su grado superior. Como puede verse, el legislador, en este punto, ha logrado lo contrario de lo que busca<sup>17</sup>.

##### 5. *Establecimiento de pena privativa de libertad para el hurto-falta*

a) Otra de las modificaciones más importantes hechas por la ley N° 19.950, fue la que estableció una pena privativa de libertad para el hurto-falta. El nuevo artículo 494 bis del Código Penal, además de fijar para la falta de hurto una pena de multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales, estableció una pena de prisión en su grado mínimo a medio. Esta es otra demostración más del afán punitivo de la ley N° 19.950 y representa una lamentable vuelta atrás en relación con la ley N° 19.501, de 15 de mayo de 1997, que había suprimido la prisión como pena aplicable a las faltas, sustituyéndola por la pena de multa.

b) Sólo dos comentarios queremos hacer respecto del restablecimiento de la pena de prisión para el hurto-falta. Por un lado, que con esta modificación el legislador parece olvidar –o, al menos, aparentar que no le importa– el denunciado efecto desocializador que tienen las penas privativas de libertad de corta duración<sup>18</sup>, efecto que, precisamente, había sido tomado en cuenta cuando se suprimió la pena de prisión para las faltas mediante la ley N° 19.501. Y por otro, que con ello se produce una vulneración del principio de proporcionalidad. La infracción a este principio no sólo está dada por la evidente desproporción entre la escasa lesividad de la conducta punible y la gravedad de la sanción penal impuesta<sup>19</sup>, sino también por la falta de armonía entre el hurto-falta –única falta que se castiga con pena de prisión– y las restantes faltas del libro tercero del Código Penal –que se sancionan con pena de multa–<sup>20</sup>. Ello nos lleva a formular

<sup>17</sup> Esto fue advertido por el diputado Araya, en la sesión de 15 de enero de 2003 de la Comisión Especial de Seguridad Ciudadana de la Cámara de Diputados, a pesar de lo cual la modificación propuesta fue igualmente aprobada.

<sup>18</sup> Así, CARNEVALI RODRÍGUEZ, *¿Es el Derecho Penal que viene? A propósito de la ley 19.950 que modifica el delito de hurto*, en *La Semana Jurídica* N° 192 (semana del 12 al 18 de julio de 2004), p. 14.

<sup>19</sup> En este sentido, cfr. la crítica de DECAP, en *Debate genera aumento de penas*, cit., p. 4.

<sup>20</sup> Un comentario crítico, en el sentido del texto, formuló el diputado Bustos Ramírez, en la sesión 87ª de la Cámara de Diputados, de fecha 18 de mayo de 2004, Legislatura Extraordinaria N° 350.

la siguiente pregunta: ¿Será el hurto-falta la más grave de las faltas que el Código Penal tipifica, como para justificar el hecho de que sea la única que se castigue con pena privativa de libertad? Creemos que no.

#### 6. *Reconocimiento de la aplicabilidad de la agravante de reincidencia en el hurto-falta*

a) El nuevo artículo 494 bis del Código Penal, después de tipificar en su inciso primero el hurto-falta y señalar su pena, en su inciso segundo contempla una agravación de la sanción en caso de existir reincidencia. Si concurre esta agravante, la pena privativa de libertad sube de prisión en su grado mínimo a medio a prisión en su grado máximo. Es esta otra manifestación del espíritu criminalizador de la ley N° 19.950.

b) Esta modificación produce importantes efectos en la determinación del ámbito de aplicación de la mencionada circunstancia agravante, como se explica enseguida. Durante mucho tiempo se ha discutido en la doctrina si cabe la reincidencia en las faltas. Quienes se inclinan por la postura afirmativa, lo hacen, fundamentalmente, a partir de la constatación de que en los números 14, 15 y 16 del artículo 12 del Código Penal se alude, simplemente, a delitos, y éstos, según el artículo 3 del mismo texto, pueden ser crímenes, simples delitos y faltas<sup>21</sup>. Quienes sostienen la tesis contraria, se apoyan, básicamente, en el artículo 104 del citado Código, que establece períodos de tiempo pasados los cuales la reincidencia no es tomada en cuenta, distinguiendo entre crímenes y simples delitos, sin aludir a las faltas. Esta omisión del legislador, según este último sector doctrinal, sería intencional y permitiría concluir que en materia de faltas no cabe hablar de reincidencia. De lo contrario, según la misma posición doctrinal, se llegaría al absurdo de sostener que en las faltas –que son delitos de menor gravedad– la reincidencia nunca dejaría de ser tomada en cuenta, cualquiera sea el tiempo transcurrido desde la última infracción, a diferencia de lo que ocurre con los crímenes y simples delitos –que son de mayor gravedad–<sup>22</sup>. La misma discusión ha tenido lugar en la jurisprudencia<sup>23</sup>, aunque advertimos que en el último

<sup>21</sup> Así, NOVOA MONREAL, *Curso de Derecho Penal Chileno*<sup>2</sup> (Santiago, 1985), II, p. 106. Cfr. también GARRIDO MONTT, *Derecho Penal. Parte General* (Santiago, 2001), I, pp. 210 s.; KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, *Comentario a los artículos 12 y 13 del Código Penal*, en VV.AA., *Texto y comentario del Código Penal chileno* (dir. POLITOFF LIFSCHITZ - ORTIZ QUIROGA, coord. MATUS ACUÑA, Santiago, 2002), I, pp. 187 ss., 209, 212, señalando ambos autores que las circunstancias agravantes de los números 14 y 15 del artículo 12 del Código Penal son aplicables a las faltas.

<sup>22</sup> En este sentido, cfr. ETCHEBERRY, *Derecho Penal. Parte General*<sup>3</sup> (Santiago, 1999), II, pp. 32 s.; POLITOFF LIFSCHITZ - MATUS ACUÑA - RAMÍREZ GUZMÁN, *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte general* (Santiago, 2004), p. 516, nota 94.

<sup>23</sup> A favor de la procedencia de la reincidencia en las faltas, vid. sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca de 11 de mayo de 1892, en *Gaceta de los Tribunales* 1 (1892), N° 1.578, p. 1079; en contra, sentencia de la Corte Suprema de 3 de diciembre de 1910, en *Gaceta de los Tribunales* 2 (1910), N° 1429, p. 1342. Ambas sentencias citadas en *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas. Código Penal y Leyes Complementarias* (2ª edición, Santiago, 1996), p. 45.

tiempo se ha impuesto en los tribunales cierta tendencia a negar aplicación a la reincidencia en materia de faltas. Pues bien, la modificación legal en análisis representará, seguramente, una vuelta atrás en esta tendencia jurisprudencial, toda vez que el nuevo artículo 494 bis, expresamente, reconoce la posibilidad de apreciar la señalada agravante en el hurto-falta. Frente a ello, caben dos posibilidades. Una es admitir que cabe la reincidencia en todas las faltas. La otra es señalar que la única falta en la que cabe es el hurto-falta. Ante estas dos opciones, nos inclinamos por la primera. Desechamos la segunda por la ausencia de armonía a que conduce sostener que, en general, en materia de faltas no cabe la reincidencia, salvo el caso excepcional del hurto-falta. Pero eso no significa que creamos que porque no se aluda expresamente a las faltas en el artículo 104 del Código Penal, la reincidencia en éstas nunca deba dejar de tomarse en cuenta. Pensamos que, aplicando un razonamiento analógico *in bonam partem*, puede concluirse que en las faltas la reincidencia no puede ser tomada en consideración después de seis meses de ocurrido el hecho. Así como en materia de prescripción de la acción penal y de la pena el legislador ha establecido expresamente diversos plazos para crímenes, simples delitos y faltas, de diez años –en general–, cinco años y seis meses, respectivamente (artículos 94 y 97 del Código Penal), de igual forma se puede, en materia de tiempo para dejar de tener en cuenta la agravante de reincidencia, concluir que para las faltas este tiempo es de seis meses a contar del hecho, a pesar de que el artículo 104 del Código Penal sólo aluda a los crímenes –para los cuales se prevé un tiempo de diez años– y simples delitos –para los que se establece un tiempo de cinco años–.

### 7. *Determinación del valor de las cosas hurtadas en establecimientos de comercio*

a) Otra de las modificaciones hechas por la ley en análisis es la que introdujo un nuevo inciso en el artículo 390 del Código Procesal Penal. Según esta nueva disposición, si el hurto-falta tiene lugar en un establecimiento de comercio, la determinación del valor de la cosa hurtada se hará, en general, de acuerdo al precio de venta de la misma. Esto también puede ser criticado, por las razones que se explican a continuación.

b) Sabido es que la penalidad del hurto depende del valor de la cosa hurtada. Así se deduce del artículo 446 del Código Penal. Si en el hurto-falta en establecimientos comerciales, para determinar el valor de la cosa hurtada se debe considerar el precio de venta, en definitiva, la determinación de la pena queda entregada a la víctima. Como se comprenderá, la constitucionalidad de esta situación resulta más que discutible<sup>24</sup>.

## III. COMENTARIOS FINALES

1. A nuestro juicio, no existían razones de peso que justificaran las modificaciones introducidas por la ley en comentario. Creemos que estos cambios sólo se

---

<sup>24</sup> Cfr. la opinión, en este sentido, de MEDINA JARA, en *Debate genera aumento de penas*, cit., p. 4.

pueden entender por la relevancia que los propios establecimientos de comercio le han dado al denominado “hurto hormiga”. En este sentido nos parece muy revelador el hecho de que durante la tramitación del proyecto de ley que dio origen a la ley en análisis se haya escuchado la opinión de varios representantes de supermercados y grandes tiendas comerciales y que, en cambio, no se haya consultado el parecer de profesores de Derecho Penal.

2. La ley N° 19.950, atendido su marcado afán criminalizador, es una clara manifestación de una prevención general negativa o intimidatoria. Sin embargo, no pensamos que, realmente, el legislador crea en las supuestas bondades de esta teoría. Por eso, y como suponemos que sabe lo que hace, nos preguntamos si acaso estas modificaciones legales no obedecen sólo a la intención de halagar a futuros votantes.

3. Por otro lado, también advertimos en esta ley una manifestación de la lógica de los llamados delitos de acumulación. En éstos se castiga una conducta que por sí misma no es suficientemente lesiva del bien jurídico, ni lo pone en peligro de modo relevante, cuando se cuenta con la posibilidad de que dicha conducta se realice también por otros sujetos y el conjunto de comportamientos sí termine por lesionar el correspondiente bien jurídico<sup>25</sup>. Creemos que un razonamiento de esta clase ha influido poderosamente en la decisión de sancionar con pena privativa de libertad el hurto-falta<sup>26</sup>. En efecto, en el propio Informe de la Comisión Especial de Seguridad Ciudadana de la Cámara de Diputados, recaído en el proyecto de ley que dio origen a la ley N° 19.950, al señalar cuál era su objeto, se expresó lo siguiente: “Los objetivos perseguidos por el proyecto se orientan a modificar la legislación penal con el propósito de reprimir el llamado “hurto hormiga”, es decir, aquel que se produce en grandes 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>27</sup>.

4. Los delitos de acumulación resultan altamente criticables, fundamentalmente, desde el punto de vista del respeto a los principios de culpabilidad y proporcionalidad. Se denuncia una infracción al primero de estos principios,

---

<sup>25</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal*, cit., p. 131.

<sup>26</sup> Así, CARNEVALI RODRÍGUEZ, *¿Es el Derecho Penal que viene?* cit., p. 14.

<sup>27</sup> Véase también la intervención del representante de la Asociación Gremial de Supermercados de Chile, abogado señor Bernardo Cataldo, recogida en el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, recaído en el proyecto de ley, quien señaló que las pérdidas que estos delitos producen significan un perjuicio directo para los establecimientos comerciales de US\$ 150 millones anuales y, para el Fisco, por concepto de evasión tributaria, una merma equivalente a US\$ 27 millones anuales. Por último, considérense las expresiones formuladas ante el Senado, en su sesión 57ª, del miércoles 12 de mayo de 2004, durante la tramitación del referido proyecto de ley, por el Subsecretario del Interior, Sr. Jorge Correa Sutil, quien señaló que “se trata de una actividad delictual organizada que obtiene aproximadamente 70 mil millones de pesos anuales. No son ilícitos menores”.

porque en aquellos delitos se hace al autor responder no sólo por su propio injusto típico, sino también por contribuciones ajenas al mismo; y un consiguiente atentado contra el segundo principio, porque la pena que se impone resulta excesiva, al guardar relación con una afectación del bien jurídico que no se logra con la actuación individual del sujeto, sino con una suma de actuaciones de muchos sujetos<sup>28</sup>. Pues bien, estas mismas críticas resultan aplicables a las modificaciones introducidas por la ley en comento. Si se pretende justificar la imposición de una pena privativa de libertad a un sujeto que hurta un chocolate que vale mil pesos en un supermercado, sobre la base de considerar que la multiplicación de conductas como esa originaría pérdidas millonarias para los establecimientos comerciales y para el Fisco, entonces no se respetaría el principio de culpabilidad y la pena resultaría groseramente desproporcionada.

5. Lo que se acaba de decir es una manifestación de un fenómeno que los autores vienen constatando desde hace algún tiempo en la legislación penal de los diversos países. Nos referimos a la llamada “administrativización” del Derecho Penal. Con tal denominación se quiere aludir a la cada vez más ostensible asunción, por parte del Derecho Penal, de fines que son propios del Derecho Administrativo Sancionador. Esta rama del Derecho persigue ordenar ciertos sectores de actividad, atendiendo a consideraciones de afectación general o estadística, a modelos sectoriales de gestión, tales como, por ejemplo, los relativos al tráfico viario y las telecomunicaciones. Por eso es que no tiene por qué seguir criterios de lesividad en la determinación de las conductas a sancionar. Basta con estimar el efecto que tendría la generalización de dichas conductas para el buen orden del correspondiente sector de actividad<sup>29</sup>. Pues bien, desde hace algunos años los autores vienen denunciando, críticamente, que el Derecho Penal se ha ido “administrativizando”, al renunciar a criterios de lesividad concreta y utilizar parámetros estructurales o sistémicos, de afectación global derivada de acumulación o repetición de conductas, transformándose así en un instrumento de gestión de grandes problemas sociales. Creemos que esto es, precisamente, lo que ha sucedido con la ley N° 19.950<sup>30</sup>. Se ha acudido al Derecho Penal sobre la base de consideraciones sistémicas, renunciando a las exigencias derivadas del principio de lesividad, con la finalidad de ordenar un sector de actividad, concretamente, el de los supermercados y grandes tiendas comerciales, contribuyendo así al fortalecimiento del modelo de compraventa en autoservicio. De más está señalar que, a nuestro juicio, el Derecho Penal no se ha creado para esto.

6. Indicamos al comienzo de este breve trabajo, que nos encontramos dentro de un paréntesis criminalizador, que ha significado un importante quiebre en la tendencia de una cada vez mayor humanización y menor intervención penal comenzada en la Ilustración. La ley N° 19.950 es una clara demostración de

---

<sup>28</sup> Así, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal*, cit., pp. 132 s.

<sup>29</sup> Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho Penal*, cit., pp. 113 s.

<sup>30</sup> Así opina también CARNEVALI RODRÍGUEZ, *¿Es el Derecho Penal que viene?* cit., p. 14.

ello. No creemos que dicho paréntesis esté pronto a cerrarse. Sólo nos queda expresar nuestro deseo de que se cierre luego, porque, como se ha visto, las notas características del llamado Derecho Penal “moderno” ya han comenzado a contaminar al Derecho Penal “clásico”<sup>31</sup>.

[Recibido el 31 de marzo y aceptado el 30 de abril de 2005].

---

<sup>31</sup> Se convierte así en realidad el pronóstico de GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho Penal*, cit., p. 115: “De momento, sin embargo, no hay razones para el optimismo y todo hace temer que la actual escisión, y las directrices de los procesos de neocriminalización, acabarán contaminando al propio núcleo duro del Derecho Penal. Es cosa de tiempo, si no se pone freno al defensismo antigarantista de la moderna Política Criminal”.