

SENTENCIAS SOBRE DETERMINACIÓN DEL *ITER CRIMINIS* EN  
LA FALTA DE HURTO COMETIDO EN SUPERMERCADOS  
(JUZGADO DE GARANTÍA DE VALDIVIA - CORTE DE  
APELACIONES DE VALDIVIA)

*Comentario de José Ángel Fernández Cruz\**

Juzgado de Garantía, Valdivia, a cinco de marzo del dos mil cuatro.

***Individualización de la Audiencia***

A las 11:30 horas, ante el Juez de Garantía de Valdivia, **SS. Don Jaime Iván Salas Astrain**, se inicia la audiencia de lectura de sentencia, en causa RUC N° 0400005265-0, rol interno tribunal N° 68-2004, de la imputada **Guise-la Roxana Luengo Acosta**, Cédula de identidad N° 15.759.015-4, por el delito de hurto simple. Asiste el señor Abogado de la Defensoría Penal Pública, don Daniel Medina Berrocal, con domicilio y forma de notificación ya registrados en el Tribunal. Asiste en representación del Ministerio Público el Fiscal Adjunto de Valdivia, don Mauricio Reuse Staub, con domicilio y forma de notificación ya registrados en el Tribunal.

Se deja constancia que el contenido de esta audiencia se encuentra registrado íntegramente en el sistema de audio de este tribunal.

El Tribunal, de conformidad a lo resuelto en audiencia de 3 de marzo de 2004, procede a dar lectura a la sentencia, recaída en el procedimiento simplificado, objeto del requerimiento formulado en la audiencia antes mencionada.

Valdivia, cinco de marzo de dos mil cuatro.

VISTOS:

Que el Ministerio Público de esta ciudad, representado por el Fiscal Adjunto Mauricio Alejandro Reuse Staub, interpuso requerimiento en procedimiento

---

\* Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Penal en la Universidad Austral de Chile, Casilla 567, Valdivia, Chile, [jfernandez@uach.cl](mailto:jfernandez@uach.cl).

monitorio en contra de doña Guisela Roxana Luengo Acosta, Run N° 15.759.015-4, ignora profesión u oficio, domiciliada en calle Eladio Rojas N° 2831, Población Pablo Neruda, Valdivia, atribuyéndole responsabilidad en calidad de autor de un hurto falta, en los términos previstos en el artículo 494 N° 19 del Código Penal.

Que este Tribunal estimó insuficientemente fundado el requerimiento y citó a los intervinientes a juicio simplificado.

Que llevada a cabo la correspondiente audiencia el día 3 de marzo del año en curso con la presencia del fiscal Adjunto, Sr. Mauricio Alejandro Reuse Staub, de la imputada, y su Defensor Público, don Daniel Medina Berrocal y, luego de una breve relación hecha por el Tribunal del requerimiento, se llamó a la posibilidad de explorar alguna salida alternativa, no lográndose ésta y, a continuación, la imputada no admitió su responsabilidad en los hechos contenidos en el requerimiento, con lo que solicitó expresamente la realización del juicio simplificado.

Tras la conclusión de la audiencia, recibida la prueba, cerrado el debate y habiendo ofrecido previamente la palabra a los intervinientes y a la imputada para que manifestara lo que estime conveniente, el Tribunal dictó sentencia en forma inmediata, pronunciando su decisión de absolución y fijando audiencia para dar a conocer el texto escrito de la sentencia.

Considerando:

**PRIMERO:** Que se presentó requerimiento por el Ministerio Público, en contra de doña Guisela Roxana Luengo Acosta, ya individualizada, fundado en que con fecha 3 de enero de 2004 la imputada concurrió al Supermercado Único de esta ciudad, donde hurtó, escondiendo entre sus vestimentas, tres productos del supermercado, señalados como tres champús marca Pantene, de distintas variedades, por un valor total de \$ 5.940. Una vez que salió del supermercado antes mencionado, en el sector custodia fue sorprendida por uno de los guardias de seguridad, procediendo éste a guardar las especies hurtadas, hecho que constituiría la falta tipificada en el artículo 494 N° 19 del Código Penal.

**SEGUNDO:** Que habiéndose consultado a la imputada si admitía su responsabilidad en los hechos previamente descritos, conforme previene el artículo 395 del Código Procesal Penal, en pleno conocimiento de sus derechos, manifestó expresamente no reconocerlos y solicitó la realización del juicio simplificado.

**TERCERO:** Que para acreditar su imputación, el Ministerio Público rindió la prueba testimonial de Rubén Eribaldo Ríos Saravia, Run N° 10.741.559-9, casa-

do, Jefe de Seguridad del Supermercado Único de esta ciudad, domiciliado en Arauco N° 697, Valdivia, quien previamente juramentado e interrogado y contra interrogado señaló, en lo sustancial, que el día 3 de enero del presente año, alrededor de las 18:50 horas se le informó por parte de uno de los guardias del establecimiento comercial que se había dado inicio a un procedimiento por hurto en el que participaba una “mechera” ya conocida por él. Se le informa que la aludida mujer traspasa una caja registradora y, a consecuencia de ello, le ordenó al referido guardia de seguridad que procediera a su detención, cuestión que sucedió a tres metros de la salida del Supermercado, más precisamente, en el sector de custodia. Añade que esta mujer, luego, es trasladada a la sala de guardia, entregando las especies que portaba y pudiendo constatar que, efectivamente, esta mujer era conocida, pues ya había sido detenida con anterioridad cerca de diez veces por hechos similares. Precisa que tal y como se procede en forma ordinaria, en el presente caso, la imputada fue seguida por las cámaras y/o los guardias de seguridad antes de su detención, habiendo sido informado, a lo menos, cinco minutos antes de ésta de la presencia de la mujer al interior del Supermercado.

CUARTO: Que, además, el Ministerio Público incorporó mediante lectura documental consistente en una boleta N° 171096 extendida por el Hipermercado Arauco Ltda. de esta ciudad por referida a tres champús marca “Pantene” por un valor total de \$5.940 por la cual se establece que la propiedad de las especies aludidas en la declaración contenida en el considerando anterior corresponde a este establecimiento comercial y que su valor individual es el que se mencionó. Asimismo se incorporó mediante exhibición una fotografía que da cuenta de las especies objeto de la sustracción y el extracto de filiación y antecedentes de la imputada que en nada dice relación a la prueba del hecho punible.

QUINTO: Que la defensa de la requerida no rindió prueba alguna y solicitó al Tribunal procediera a dictar sentencia absolutoria respecto de su representada por estimar que la acción imputada no se encuentra en grado consumado, toda vez que ésta fue frustrada por los guardias de seguridad del Supermercado y, por lo tanto, siendo la imputación una falta, ésta ha de ser considerada atípica de conformidad a lo dispuesto en el artículo 9 del Código Penal con relación al artículo 7 del mismo cuerpo legal. Precisa, además, que no resulta suficiente prueba del cuerpo del delito la fijación fotográfica de las especies sustraídas incorporada como prueba documental.

SEXTO: Que apreciados en su conjunto los elementos de convicción antes reseñados con libertad, sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, es posible establecer que, el día 3 de enero de 2004, la requerida concurrió al Supermercado “Único” de calle Arauco N° 697 de esta ciudad, donde tomó desde las estante-

rías tres champús marca Pantene de distintas variedades, por un valor total de \$5.940, los escondió entre sus vestimentas, siendo sorprendida por uno de los guardias de seguridad del establecimiento, en el sector de custodia, una vez que salía de aquél, sin pagar el valor de las especies.

SÉPTIMO: Que conforme lo previsto en el artículo 432 del Código Penal el delito de hurto presume la apropiación de una cosa mueble ajena sin la voluntad de su dueño y con el ánimo de lucrarse, sin mediar violencia, intimidación o fuerza en las cosas. A su turno, el artículo 494 N° 19 del Código Penal hace punible el hurto de especies cuyo valor no exceda de una Unidad Tributaria Mensual.

Que para que se configure el delito de hurto el sujeto activo debe apropiarse del objeto ajeno, entendiendo el verbo rector “apropiar” como la acción de apoderarse de la cosa en términos tales que ella es extraída de la órbita de custodia del dueño, pudiendo precisamente, a causa de ello, encontrarse el hecho en condiciones de disponer de la misma, “disposición”, que constituye uno de los atributos del dominio, en este caso, adquirido en forma contraria a derecho. Ahora bien, en opinión de este Juez, en el caso que nos ocupa, la imputada jamás se apropió verdaderamente de las especies que tomó de las estanterías, ya que en todo momento fue observada en su actuar por los guardias de seguridad y, una vez que traspasó la caja registradora sin pagar —cuestión que evidencia su ánimo de lucro—, no obstante ello, fue detenida por personal de seguridad del Supermercado. Así las cosas, este sentenciador no advierte la existencia de apropiación consumada, pues mal podía disponer la requerida, jurídica o materialmente, de una cosa cuando en todo momento estaba siendo vigilada, para luego ser detenida al traspasar la referida caja, siempre al interior del Supermercado. Las especies, pues, no salieron de la órbita de custodia del dueño, tanto porque la imputada fue detenida al interior del local, cuanto porque en ningún momento los guardias de seguridad perdieron el control ni la custodia de las especies, cuestión que queda en evidencia por el hecho que Guisela Luengo fue detenida con ellas sólo cuando aquellos estimaron que era el momento oportuno.

OCTAVO: Que conforme lo razonado no puede entenderse consumado el delito de este procedimiento, pues los guardias de seguridad intervinieron en los nexos causales de la conducta punible, quedando el hecho imputado en grado frustrado.

Que en la etapa de discusión el Ministerio público alegó que el hecho imputado en este procedimiento efectivamente se consumó y que el accionar de los guardias de seguridad sólo evitó que el delito se “agotara”. Sin embargo, este sentenciador no comparte la tesis propuesta, tal como lo objeta la defensa, pues en derecho las cosas son lo que son y no lo que parecen; la teoría general del *iter criminis* recogida en el artículo 7° del Código Penal reconoce sólo tres estadios conductuales objeto de reproche penal, por lo que, postular una cuarta

etapa, la prolongación de otra o alguna construcción teórica similar –cuestión, por lo menos, discutible– significaría colocar un manto de dudas sobre la ilicitud o no de las conductas humanas, vulnerándose notablemente, por esta vía, el principio de la legalidad y de la certeza jurídica, que corresponde fiscalizar a este juez de garantías legales y constitucionales. En otras palabras, en materia penal, ninguna teoría doctrinal que no tenga estricto sustento legal puede servir para condenar a una persona, ya que en tal supuesto se vulnera, además, el estándar general de convicción del artículo 340 del código Procesal Penal que impide la existencia de una duda razonable. Tal estándar de convicción, en opinión de este Juez, sólo se tiene a partir de la prueba del hecho punible y los hechos probados en esta causa, pues, son que Guisela Luengo no pudo consumir la sustracción de las especies, ya que, desde su ingreso al Supermercado, fue vigilada por los guardias de seguridad, siendo detenida con ellas cuando se estimó conveniente, esto es, la imputada ni las especies, salieron jamás de la órbita de custodia de los dependientes del dueño.

NOVENO: Que la naturaleza de los hechos debatidos y el valor de las especies remiten al artículo 9 del Código Penal que dispone que las faltas, cuyo es el caso, sólo se castigan cuando se encuentran consumadas, situación que no sucede en este juicio, por lo que, necesariamente, se debe concluir que el hecho imputado no es punible en nuestra legislación.

Y vistos, además, lo dispuesto en los artículos 1, 3, 7, 9, 14 N° 1, 15 N°1, 423, 494 N° 19 del Código Penal, 5, 297, 388, 389, 392, 393, 394, 395 del Código Procesal Penal, **SE DECLARA:**

Que **SE ABSUELVE** a doña **Guisela Roxana Luengo Acosta**, ya individualizada, del requerimiento formulado en su contra por el Ministerio Público en calidad de autora de un hurto falta de especies de propiedad del Supermercado “Único” de esta ciudad, ocurrido el 3 de enero de 2004.

Regístrese y archívese una vez transcurridos los plazos legales.

RUC N° 04000052665-0 RIT N° 68-2004

El Sr. Fiscal señala que se reserva el derecho de apelar y el Sr. Defensor renuncia a los plazos legales.

El Tribunal resuelve:

Téngase presente lo expuesto por el Sr. Fiscal y el Sr. Defensor, en cuanto a la renuncia del segundo al plazo para recurrir de la sentencia cuya lectura se ha procedido a realizar en esta audiencia.

No existiendo peticiones pendientes que resolver, se pone fin a la audiencia, a las 11: 37 horas.

Regístrese, agréguese a la carpeta correspondiente y dese copia autorizada, a quien verbalmente lo solicitare.

AUD. N°: 03MPG.

MP3: Rut 668-2004 “Lectura de sentencia 05-03-04”

Dirigió la audiencia y resolvió don **JAIME IVÁN SALAS ASTRAIN**, Juez de Garantía de Valdivia.

Corte de Apelaciones de Valdivia, al día uno de abril de dos mil cuatro,

ACTA DE AUDIENCIA PARA LA LECTURA DE LA SENTENCIA  
CORRESPONDIENTE A LA CAUSA ROL N° 32-2004

Se inicia la audiencia a las 12: 00 horas del día señalado, con la asistencia del Ministro don Darío Ildemaro Carretta Navea y del Abogado integrante don Héctor Méndez Eyssautier.

Concurren a escuchar la lectura del fallo, representantes del Ministerio Público y de la Defensoría Penal Pública.

El Presidente de la sala don Darío Ildemaro Carretta Navea procede a dar lectura al fallo que se consigna a continuación:

Valdivia, uno de abril de dos mil cuatro.

VISTOS:

1. Que en estos antecedentes contenidos en la carpeta judicial RUC 0400005265-0, Ingreso Corte N° 32-2004, delito de hurto simple en procedimiento simplificado, el Ministerio Público dedujo recurso de nulidad en contra de la sentencia dictada con fecha cinco de marzo de dos mil cuatro, mediante la cual el Juez de Garantía don Jaime Salas Astraín absolvió a la imputada Guisela Roxana Luengo Acosta, por tratarse, el hecho imputado, de acuerdo con lo resuelto por el juez de Garantía, de un delito falta que no llegó al grado de consumación.

El Ministerio Público solicita se declare la nulidad del juicio y de la sentencia de término antes referida.

2. Que en la audiencia del día veintinueve de marzo del año en curso, se escucharon las alegaciones formuladas por el Ministerio Público y la Defensoría Penal Pública.

Considerando:

Primero: Que la sentencia que por esta vía se impugna dio por establecidos en su considerando sexto los siguientes hechos: que el día tres de enero de 2004, la requerida concurrió al Supermercado “Único” de calle Arauco 697 de esta ciudad, donde tomó desde las estanterías tres champús marca Pantene de distintas variedades, por un valor total de \$5.940, los que escondió entre sus vestimentas, siendo sorprendida por uno de los guardias de seguridad del establecimiento, en el sector de custodia, una vez que salía de aquél sin pagar las especies.

Agrega el Juez en el considerando octavo del fallo de que se trata, que “no puede entenderse consumado el delito objeto de este procedimiento, pues los guardias de seguridad intervinieron en los nexos causales de la conducta punible, quedando el hecho imputado en grado de frustrado.

Segundo: Que el Ministerio Público fundó su recurso de nulidad en lo dispuesto en el artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, esto es, que en el pronunciamiento de la sentencia se ha hecho una errónea aplicación del derecho.

Estima la recurrente que el Juez hizo una errada aplicación de la ley, vulnerando el artículo 7° del Código Penal, al estimar que el hecho que se le imputó a la requerida, esto es, el contemplado en el artículo 494 N° 19 del Código Penal, delito-falta de hurto, quedó en grado de frustración y resultó por tanto impune, en razón de que el guardia de seguridad del Supermercado la detuvo, una vez traspasadas las cajas y al interior de éste.

Tercero: Que de acuerdo con lo que se señala en el considerando séptimo de la sentencia absolutoria, si bien hubo ánimo de lucro en la imputada, ésta no se apropió de las especies, desde que una vez que ésta atravesó las cajas sin pagar fue detenida por personal de seguridad del supermercado y no pudo disponer de las especies ni jurídica, ni materialmente, por haber estado siempre vigilada.

Cuarto: Que para definir con precisión si en los hechos denunciados se produjo la apropiación de las especies sustraídas por parte de la requerida al interior del supermercado, es necesario, a juicio de estos sentenciadores, hacer una precisión sobre el lugar y la forma en que han ocurrido los hechos que se han dado por establecidos en el fallo del Juzgado de Garantía.

La distribución minorista de productos que se realizan en este tipo de establecimiento como en el que ocurrieron los hechos denunciados, un supermerca-

do, ha transformado el escenario clásico en el que se hacía este tipo de transacciones comerciales de venta al menudeo, en la que la esfera de resguardo resultaba bastante más precisa. En efecto, la sala de ventas de un supermercado presenta características que lo convierten prácticamente en plaza pública, en razón de lo cual la zona de resguardo debe considerarse en tal contexto. En efecto, si bien las personas concurren mayoritariamente a comprar, también resulta posible pasearse, comer e incluso hacer vida social dentro de él y, en consecuencia, no comprar nada y salir por lugares habilitados para ello independientes de las cajas destinadas a quienes desean adquirir los productos pagándolos.

Quinto: Que de esta manera, quien en la sala de ventas del supermercado esconde especies entre sus ropas, las está sacando de la esfera de custodia y se está apropiando de ellas, dado que en esos lugares se puede desplazar libremente con cualquier producto sin mayores exigencias ni resguardos por parte del supermercado, al menos en forma aparente. Se podría incluso comer o beber algún producto, y ello constituiría, sin duda alguna, un acto de apropiación, sin perjuicio de legitimarlo, pagándolo a la salida, al pasar por cajas. De no hacerlo, la apropiación se habría producido al interior de él, el acto de apropiación, entonces, culmina y se concreta cuando el hechor logra salir de la sala de ventas, ya sea por cajas o por las puertas habilitadas para quienes no han comprado, sin pagar el precio de los productos que ha escondido. En ese momento dispone potencialmente de la especie como suya, a propósito de una acción voluntaria penada por la ley que consiste en apropiarse de cosa mueble ajena, sin la voluntad de su dueño.

Los sistemas de vigilancia implementados en este tipo de negocios apuntan, sin dudas, al repudio que 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 venta y exhibición de los productos. Pero estos sistemas de vigilancia no pueden confundirse con la esfera de resguardo que tiene el dueño sobre sus especies, y que tuvo en vista el legislador para los efectos de alzar la apropiación de especie mueble como figura típica y antijurídica.

Sexto: Que conviene agregar a lo dicho, a modo de ilustración, que el Redactor del Código Penal en su mensaje señaló que “en la clasificación de los delitos de que se ocupa el libro segundo” —entre ellos el hurto— “se ha tomado como punto de partida la organización misma de la sociedad a cuya estable conservación debe proveer ante todo la ley”. Entendemos con ello que la ley ha de interpretarse y aplicarse estrictamente, con la finalidad que se tuvo en vista al establecerse, máxime si el propio mensaje agrega que se ha procurado dar reglas bastante comprensivas, para que puedan ser fácilmente aplicadas por el Tribunal en cualquier caso sometido a su decisión”.



Séptimo: Que el tenor del artículo 7° del Código Penal dispone que son punibles no sólo el crimen o simple delito consumado, sino el frustrado y la tentativa, disponiendo que un delito se encuentra en etapa de frustración cuando el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que se consume y esto no se verifica por causas independientes de su voluntad”.

Octavo: Que el Juez de Garantía al haber calificado los hechos que da por establecidos en su sentencia, en grado de frustración, a consecuencia de lo cual y de conformidad con lo que dispone el artículo 9 del referido cuerpo legal, absolvió a la requerida, hizo errónea aplicación del derecho, esto es del artículo 7°, inciso 2° del Código Penal y este influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo desde que le llevó a la absolución de la requerida, por lo cual se dan los presupuestos de nulidad que prevé el artículo 373 letra b), hecho valer por el Ministerio Público.

En mérito de lo considerado y de lo que disponen el artículo 7° y 9° del Código Penal y los artículos 372, 373 y 386 del Código Procesal Penal, se declara:

Que **se acoge** el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público en contra de la sentencia definitiva dictada por el Juez don Jaime Salas Astraín con fecha cinco de marzo de dos mil cuatro, la que se invalida, como asimismo el juicio que le precedió y se retrotrae el procedimiento al estado de realizar nuevamente la audiencia en procedimiento simplificado por el Juez no inhabilitado que corresponda.

Regístrese y devuélvase.

Rol N° 32-2004-04-27 Redacción de la Ministra titular doña Ada Gajardo Pérez.

No concurre la Ministra señora Ada Gajardo Pérez, no obstante haber concurrido a la vista de la causa y acuerdo del fallo, por encontrarse ausente con permiso.

#### COMENTARIO

El presente comentario aborda el tratamiento judicial de los denominados hurtos “hormiga” que suelen acontecer en los grandes supermercados, y que están ocasionando importantes pérdidas económicas a estos establecimientos comerciales. Así, en los últimos meses se viene produciendo una reiterada discrepancia entre los Juzgados de Garantía y la Corte de Apelaciones de Valdivia

a la hora de delimitar el *iter criminis* en la falta de hurto del art. 494.19° CP,<sup>1</sup> una cuestión de enorme complejidad en la práctica forense, y de la que se derivan importantes consecuencias político-criminales.

#### A) *Delimitación del objeto del recurso de nulidad*

Con la finalidad de facilitar la comprensión del presente comentario resulta conveniente delimitar el objeto que fundamenta el recurso de nulidad. En primer lugar, debemos destacar que el recurso de nulidad versa sobre una errónea aplicación del derecho que ha influenciado de manera sustancial en la sentencia dictada por Tribunal *ad quo* (art. 373 b) CPP). Por lo tanto, los hechos probados por el Juzgado de Garantía no varían en el recurso de nulidad. En segundo lugar, ambos tribunales interpretan el término *apropiación* desde la teoría de la *illatio*, pero complementada con la teoría de la *ablatio*.<sup>2</sup> Como conclusión, podemos afirmar que el objeto del recurso de nulidad y del presente comentario, radica en aplicar las citadas teorías al caso concreto que nos ocupa.

#### B) *Determinación del iter criminis en el caso concreto*

Antes abordar el tema central de este comentario, debemos recordar que las interpretaciones jurídico-penales deben tener presente aquellas situaciones fácticas que, si bien en otras ramas del ordenamiento jurídico pueden tener una calificación jurídica diferente, en el ámbito penal poseen una autonomía propia. Estas situaciones son las que fundamentan el denominado *principio de autonomía en la interpretación de los tipos penales*, y sin duda, para aprehender el contenido típico del término “apropiación” debemos acudir a esta técnica de interpretación penal.

La dificultad que presenta la determinación del *iter criminis* en este caso, reside en que ambos tribunales acuden a dos teorías sobre el momento consumativo del delito o hurto de apropiación. Por lo tanto, debemos determinar, de acuerdo con cada una de ellas, si se consumó o no la falta de hurto. Respecto de la teoría del *ablatio*, entendemos que no se puede circunscribir exclusivamente a las cajas y puertas de seguridad, sino que debe comprender todos los sistemas materiales y humanos destinados a esta función que de hecho impidan que el sujeto se apropie de la cosa mueble. Y a la vista de los hechos probados, debemos concluir que los

---

<sup>1</sup> Véanse las siguientes resoluciones judiciales donde la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia acoge el recurso de nulidad interpuesto por Ministerio Público: SJG de Valdivia de 18-12-03, procedimiento monitorio, RIT 5-2003 y el recurso de nulidad de la CA de Valdivia de 17-2-04, ROL N°. 1-2004; SJG de Valdivia de 27-2-04, RIT 155-2004 y el recurso de nulidad de la CA de 23-3-04, Rol 24-2004. En cambio en la SJG de Valdivia de 25-2-04, procedimiento monitorio, RIT 113-04, la CA de Valdivia 23-3-04 rechaza el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público, y acoge la interpretación realizada por el Tribunal *a quo* (Rol N° 23-2004).

<sup>2</sup> Véanse considerando quinto del fallo de nulidad y séptimo de la SJG.

bienes no se sacaron del ámbito de custodia. **En otras palabras, el ámbito de custodia en el Derecho penal posee un carácter fáctico o material.**

En cuanto a la teoría de la *illatio*, debemos establecer si el sujeto pudo o no disponer potencialmente de la cosa mueble. Y de acuerdo con esta teoría son imaginables ejemplos donde el sujeto puede disponer de la cosa. Así, podría haber sucedido que, a pesar de estar siendo vigilada, los guardias de seguridad permitieran que se produjera la venta o disponibilidad efectiva de la cosa, y proceder, en ese momento, a detener a la persona. Ante esta situación, si bien se podría entender que se ha producido la apropiación penal de la cosa, no significa que concurren todos elementos típicos del delito de hurto, en especial el consentimiento del dueño o titular de la cosa.

#### D) *Consideraciones político criminales*

La política criminal no sólo se manifiesta en la tipificación de los tipos penales, sino que, inevitable y necesariamente, se produce sus posteriores interpretaciones, claro está, dentro de los límites del principio de legalidad, aunque no todas respeten otros principios o límites al *Ius puniendi*.

La atipicidad de la tentativa y frustración en las faltas responde, esencialmente, a las limitaciones que impone el concepto material de delito. En este sentido, no debemos olvidar que el Derecho penal no debe erigirse en el principal y único instrumento de resolución de conflictos sociales. No obstante, cuando una determinada conducta en un momento histórico determinado, de por sí no merecedora de sanción penal se realiza con cierta frecuencia y produce cuantiosos daños, en este caso patrimoniales, suele conllevar una *huida al Derecho penal*. Sin duda, *los factores de frecuencia y daño acumulativo* son cuestiones todavía sin resolver por la teoría del bien jurídico protegido, pero, sin perjuicio de no poder profundizar sobre esta cuestión, los principios que entendemos deben informar la actual política criminal no permiten sacrificar los derechos fundamentales del individuo en aras de unos siempre discutibles fines preventivos de la pena. O, en otras palabras, abogamos por una aplicación de los **principios liberales de retribución y responsabilidad por el hecho como límites al *Ius puniendi*, no sólo en fase legislativa, sino también en fase judicial**. No obstante, este no parece ser el camino escogido por el legislador ya que, actualmente, en el Senado se encuentra un proyecto de reforma del CP destinado a endurecer penalmente estas conductas.

#### E) *Consideraciones procesales*

Por último, y aunque no constituye el tema central del presente comentario, crea cierta perplejidad que el CPP articule la utilización del recurso de nulidad

para supuestos como el que comentamos. No se atisba ninguna razón que fundamente la utilización de este recurso para casos donde, exclusivamente, se discuten calificaciones jurídico-penales, y sí muchos inconvenientes. Así, se produce, en primer lugar, una utilización ineficiente de recursos –ya que obliga a la celebración de un nuevo juicio oral–; en segundo lugar una innecesaria presión en la independencia del Poder Judicial; y por último, en algunos casos, también una innecesaria deslegitimación del nuevo sistema procesal penal, ya que el fallo de nulidad de las Cortes de Apelaciones puede carecer de toda virtualidad si el Juzgado de Garantía no inhabilitado mantiene la calificación jurídica del Tribunal *a quo*.

Los hechos probados por el tribunal de garantía se vienen produciendo con cierta frecuencia. Así, en primer lugar, los bienes sustraídos no sobrepasan el valor de 1 UTM por lo que en la práctica estamos ante un hurto del art. 494.19º CP; en segundo lugar, los sujetos son sorprendidos o detenidos en las propias instalaciones del supermercado pero tras superadas las cajas registradoras; y en tercer lugar, la sustracción del bien mueble es detectada por los miembros de seguridad antes de que traspasen las cajas y puertas de seguridad, pero los sujetos son detenidos en zonas adyacentes, como aparcamientos o zonas comunes de estos establecimientos; y, por último, desde que se produce la sustracción hasta que finalmente son detenidos son vigilados.

La cuestión jurídico penal que presentan estos hechos es determinar si se ha producido o no la consumación de la falta de hurto.