

NAVARRO, Roberto “Reformas al delito de abigeato: análisis de su legitimidad garantista y eficacia”.

Polít. crim. Vol. 12, Nº 24 (Diciembre 2017), Art. 6, pp. 865-907.
[http://www.politicacriminal.cl/Vol_12/n_24/Vol12N24A6.pdf]

Reformas al delito de abigeato: análisis de su legitimidad garantista y su eficacia

Amendments to the crime of cattle rustling: analysis of its garantism legitimacy and effectiveness

Roberto Navarro Dolmestch*

Profesor Instructor de Derecho penal, Universidad Autónoma de Chile
roberto.navarro@uautonoma.cl

Resumen

Este trabajo pretende analizar la justificación o legitimidad, desde una perspectiva garantista, de la protección penal reforzada a la propiedad sobre los animales, que se manifiesta en una agravación penológica prevista para el abigeato, dar cuenta de la (desmedida) preocupación del legislador por la sustracción de estos bienes y determinar si esos esfuerzos se han traducido, en definitiva, en una descripción de la conducta punible que contenga los elementos que aseguren la eficacia de la norma sancionatoria.

Palabras clave: Abigeato, sustracción de animales, agravación penológica, legitimidad.

Abstract

This work tries to analyze the justification or legitimacy, from a garantism perspective, of reinforced criminal protection to the property on the animals, which one demonstrates in a punishment aggravation foreseen for the cattle rustling, realize of the (excessive) worry of the legislator for the subtraction of these goods and to determine if these efforts have been translated, definitively, in a description of the punishable conduct that contains the elements that assure the efficiency of the punished norm.

Key words: Cattle rustling, subtraction of animals, punishment aggravation, legitimacy.

1. Planteamiento del problema**

Dentro de los delitos contra la propiedad, el ordenamiento jurídico chileno ha dotado de una protección reforzada al abigeato, figura que consiste en la sustracción de ciertos tipos de animales –aquellos “que no se toman del cuello para transportarlos” al decir de

* Magíster en Derecho Penal. Dirección postal: Cinco Poniente 1670, Talca, Chile.

** Tabla de abreviaturas: La referencias a sentencias se hacen de la siguiente forma: La palabra “sentencia(s)” se abrevia con una “S(s)”. “CS” significa Corte Suprema; “CA”, Corte de Apelaciones; y JL, “Juzgado de Letras”. A continuación se señala entre paréntesis la fecha de dictación de la respectiva sentencia, y luego se señala la fuente de publicación. “Cpp” significa Código procesal penal; “Cp”, Código penal. D.O. significa Diario Oficial, seguido de la fecha de su edición. “GT” significa *Gaceta de los Tribunales*.

NAVARRO, Roberto “Reformas al delito de abigeato: análisis de su legitimidad garantista y eficacia”.

Francesco Carrara¹–, y que se aplican a actividades agrícolas o que se relacionan directamente con la cultura campesina.

Esta protección reforzada se ha expresado en una agravación penológica; mientras que su naturaleza de simple agravación de la respectiva figura de hurto o robo, o tipo penal autónomo, es una cuestión diferente.

En el texto original del CP de 1874, esta protección reforzada se expresaba en una agravación penológica de carácter obligatorio del hurto o robo de “caballos o bestias de silla o carga, de ganado mayor o menor”² que consistía en el aumento de la pena en un grado que la que hubiera correspondido si no se tratara de la sustracción de ese tipo de especies, agravación que hoy (año 2017) sigue vigente.

Aunque para la dogmática chilena la sustracción de algunos tipos de animales no ha representado un centro de interés de estudio³⁻⁴, sí ha sido para el legislador nacional una fuente constante de preocupación normativa, lo que se demuestra en las abundantes modificaciones que se le han introducido al denominado delito de abigeato⁵ y los variados proyectos de ley que se han presentado al respecto desde el año 1990⁶⁻⁷.

¹ CARRARA, Francesco, *Programa del curso de derecho criminal*, Bogotá: Temis, 1988, §2074.

² Tal como lo disponía el texto original del art. 449 CP, cuyo tenor literal puede consultarse en *Infra*, Anexo.

³ Una revisión bibliográfica indica la existencia sólo de una obra de carácter monográfico correspondiente a una memoria de grado (ILABACA BECKER, Arturo, *El delito de abigeato*, Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago: Editorial Universitaria, 1954); y dos de recopilación de jurisprudencia que también son memorias de grado (LAVÍN AHUMADA, Julio, *Jurisprudencia de los delitos de hurto y abigeato*, Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago: Universidad de Chile, 1947; y VÁSQUEZ DÍAZ, Víctor, *Jurisprudencia de los delitos de hurto y abigeato*, Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Santiago: Universidad de Chile, 1948).

En los manuales de mayor difusión en nuestro medio, los distintos autores destinan a este delito un interés escaso. Así, por ejemplo, GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal. Tomo IV. Parte especial*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 3ª ed., 2005, pp. 246-250. ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho penal, parte especial, tomo III*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 3ª ed., 1997, pp. 352-354. LABATUT GLENA, Gustavo, *Derecho penal, tomo II*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 6ª ed., 1977, pp. 230-232. MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte especial*, Talca: Editorial de la Universidad de Talca, 2002, p.140. MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de derecho penal chileno. Parte especial, tomo II*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 3ª ed., 2015, pp. 99-111.

⁴ Y tampoco para la jurisprudencia de principios del siglo XX, tendencia que no se ha modificado: “[los delitos de hurto y abigeato] no presentan en realidad problemas jurídicos de mayor interés, lo cual hace que la jurisprudencia de nuestros Tribunales carezca así mismo de ese interés jurídico y del valor científico que era dable esperar (...)”. (LAVÍN AHUMADA, *Jurisprudencia de los delitos de hurto y abigeato*, cita nota n° 3, sin página (Introducción)).

⁵ La evolución de esta norma y su texto original, en DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel, *Código Penal de la República de Chile y Actas de las sesiones de la Comisión Redactora con un estudio preliminar*, Valparaíso: Edeval, 1974, pp. 195-196. La evolución posterior a la edición de esta obra, DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel, “Comentario preliminar al Código Penal”, en: POLITOFF, Sergio; ORTIZ, Luis (Dirs.), *Texto y comentario del Código Penal Chileno, tomo I*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002, pp. 17-47.

⁶ Sin perjuicio de los proyectos de ley que se hayan presentado hasta la supresión del Congreso Nacional en 1973 y durante la dictadura.

⁷ Resumen de proyectos de ley presentados al Congreso Nacional desde el 11 de marzo de 1990 y su estado de tramitación, a enero de 2017:

El problema jurídico que pretende abordar este trabajo se halla precisamente en esas sucesivas modificaciones que se han introducido al CP y las que están por venir. En el plano dogmático, el problema se expresa en la determinación de si existe o no una justificación políticocriminal para esa protección reforzada de la propiedad sobre ciertos tipos de animales; mientras que en el plano práctico, si la forma en que el legislador ha construido esa protección es o no eficaz.

La preocupación del legislador ha estado centrada en el mejoramiento de la eficacia de la persecución penal de este delito, entendiéndose por tal, implícitamente, la disminución de la

Boletín	Título	Ingreso	Estado
2369-07	Modifica el Código Penal en relación con el delito de abigeato	20/07/1999	Archivado
3038-07	Sanciona con mayor rigor el abigeato y facilita su investigación	05/09/2002	Ley N° 20.090
3360-01	Busca sancionar el abigeato y propone medidas a favor de la seguridad de los sectores rurales	11/09/2003	Ley N° 20.090
3430-07	Establece que en los delitos contra la propiedad no procederá la libertad condicional ni las medidas alternativas a las penas privativas de libertad, mientras no se restituya el valor de lo hurtado, robado o defraudado	09/12/2003	Archivado
3495-07	Modifica la penalidad en el delito de hurto de animales y facilita los medios de comprobación	14/04/2004	Ley N° 20.090
4244-07	Modifica el contenido del párrafo 5 bis del Título IX del Libro II del Código Penal que trata del delito de receptación y configura como falta similar conducta en el caso que señala	20/06/2006	Archivado
4555-07	Modifica el artículo 448 bis del Código Penal incorporando la asociación ilícita en robo de animales	03/10/2006	Archivado
6958-07	Modifica el Código Penal incorporando la asociación ilícita en el robo de animales	01/06/2010	Archivado
7002-07	Entrega mejores herramientas de investigación para combatir el delito de abigeato	17/06/2010	Archivado
7084-07	Establece nuevas sanciones y medidas preventivas al delito de abigeato	28/07/2010	Archivado
7058-07	Establece penas accesorias al delito de abigeato	08/10/2010	Archivado
7059-07	Faculta a la autoridad sanitaria para proceder a la investigación del delito de abigeato	08/10/2010	Archivado
7411-01	Mejora la fiscalización para la prevención del delito de abigeato	04/01/2011	Ley N.º 20.596
7470-07	Modifica párrafo 4 bis, del Título IX, del Código Penal, ampliando el tipo penal del abigeato y, sancionando a los funcionarios públicos que faciliten su comisión	20/01/2011	En primer trámite constitucional desde su ingreso
10304-07	Modifica el Código Penal para aplicar al hurto o robo de bienes e insumos destinados a la producción agrícola y ganadera, la pena del delito de abigeato	15/09/2015	En primer trámite constitucional desde su ingreso

frecuencia de ocurrencia de este delito, materia en la que hay una “cierta frustración [del legislador] en el cumplimiento de la ley...”⁸.

2. Evolución del delito de abigeato⁹

2.1. El abigeato: Entre simple agravación y tipo penal “autónomo”

Sin que implique una toma de posición sobre la eficacia de las modificaciones legales introducidas al delito de abigeato, se puede constatar que su evolución ha estado marcada por el paso de la concepción original que lo preveía como una agravación del respectivo hurto o robo, hasta su elevación a la categoría de tipo penal “autónomo”, aunque con serias deficiencias en su técnica legislativa. Esta evolución, se ha ido matizando por fluctuantes ribetes de mayor o menor rigurosidad penológica, habiendo llegado incluso a su despenalización, camino prontamente ‘enmendado’ por el legislador.

2.1.1. La regulación original de 1874¹⁰

Aunque la sustracción de animales como figura típica había desaparecido ya del CP español de 1848/50¹¹, el texto original del CP se construyó sobre la premisa básica que la sustracción de animales que debía dotarse una protección reforzada era aquella que se ejecutaba por apoderamiento¹², es decir, aquellas sustracciones que respondieran al núcleo fáctico previsto en el art. 432 CP y, consecuentemente, a las distintas formas típicas que pudiera asumir esa apropiación, consistentes en hurto o robo. Esta idea central fue expresada con especial coherencia sistemática por los comisionados, ya que el reforzamiento de protección lo expresaron recurriendo a la técnica de la agravación penológica¹³ de carácter obligatoria, rechazando modificar la sistemática de los delitos de enriquecimiento por apoderamiento que habían construido de haberle otorgado al abigeato una autonomía típica¹⁴:

⁸ MATUS/RAMÍREZ. *Lecciones PE II*, cit. nota n° 3, p. 100.

⁹ Una completa revisión de la evolución histórica del delito de abigeato, en OLIVER CALDERÓN, Guillermo, *Los delitos contra la propiedad*, Santiago: Thomson Reuters, 2013, pp. 395 y ss.

¹⁰ Una reseña de la legislación aplicable en Chile sobre la materia puede consultarse en HARRIS BUCCHER, Gilberto, “Humanitarismo audiencial en una causa criminal por abigeato en el Reino de Chile, 1774”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, núm. XIX (1997), pp. 143-151.

Antes de la entrada en vigencia del CP, se aprobaron en Chile dos leyes que describieron al abigeato: La Lei de hurto de animales, de 22.07.1837; y la Lei de hurtos y robos, de 07.08.1849. Estas dos leyes morigeraron las consecuencias penales previstas para el abigeato, que en el derecho colonial preveían la pena de muerte.

¹¹ Que había estado presente en la legislación del Reino de España. Ver Fuero Juzgo, Ley 6, título 2°, Libro VIII. Fuero Real, Ley 15, título 4, Libro IV. Artículo 747, CP español de 1822.

¹² La tipología corresponde a MATUS/RAMÍREZ. *Lecciones PE II*, cit. nota n° 3, pp. 5 y ss.

¹³ En este sentido, MATUS/RAMÍREZ. *Lecciones PE II*, cit. nota n° 3, pp. 388-389.

¹⁴ Como fue la opinión del comisionado Sr. Reyes quien propuso incluir la referencia autónoma al *abijeato* en la descripción base de los delitos de enriquecimiento por apoderamiento, el actual art. 432 CP: “(...) para que, considerándolo como un delito distinto, digno de mayor pena que el robo o el hurto simple, pueden aplicársele también las agravantes que concurren. (Acta de la sesión 92, de 07.06.1872, citada por DE RIVACOBBA Y RIVACOBBA. *Código penal de la República de Chile*, cita nota n° 5, p. 419.)

“[...] no creían necesario considerar al abigeato como un delito especial distinto del robo i del hurto, pues siempre podrá incluirse en uno u otro de éstos sin que la calidad del objeto hurtado o robado baste para alterar la naturaleza del delito.”¹⁵⁻¹⁶

La concepción del abigeato no como un tipo autónomo, sino que como una agravación del respectivo hurto o robo, es una cuestión que tiene enormes implicancias prácticas, ya que responde interrogantes relacionadas al momento consumativo, a los problemas de imputación personal, a los de concurso y a la pena prevista, aplicándose a estos casos las soluciones previstas para dichos delitos.

La normativa original se mantuvo incólume hasta 1932 (Decreto ley Nº 26, D.O. de 16.06.1932) cuando se decide la derogación del art. 449 CP que contenía la agravación penológica para la sustracción de animales.

2.1.2. La no punibilidad del abigeato: 1934-1953

Este segundo período se caracteriza por dos reformas legales que, en estrictos términos dogmáticos, debieron haber dejado al abigeato sin posibilidades de aplicación, ya sea en tanto agravación simple (como la prevista en el original art. 449 CP), como en su hiperagravación, introducida en 1941.

La afortunada derogación de 1932, sin embargo, fue revertida sólo dos años después (Ley Nº 5.507, D.O. 09.11.1934), aunque con descuidada técnica: se restituyó la vigencia sólo del inciso segundo del art. 449 CP, a pesar que el aumento de pena se encontraba en el derogado y no repuesto inciso primero¹⁷. Esta situación dividió la jurisprudencia, la que osciló entre la inaplicabilidad de la agravación de la pena para el abigeato (debiendo aplicarse, por tanto, solamente la respectiva pena del hurto o del robo según fuere la tipicidad de la conducta)¹⁸, hasta el esfuerzo de fundar su “supervivencia” (o costa del

¹⁵ Acta de la sesión 92, de 07.06.1872, citada por DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, *Código penal de la República de Chile*, cita nota nº 5, p. 419.

¹⁶ El texto del art. 449 CP fue aprobado en la Sesión 94, de 14.06.1872. Cfr. DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA. *Código penal de la República de Chile*, cita nota nº 5, p. 423.

¹⁷ Cuyo tenor literal puede consultarse en *Infra*, Anexo.

¹⁸ SCA Talca, GT 1942, p. 273(56): “Que, aun cuando puede y debe admitirse que la intención del legislador, al restablecer la vigencia del inciso segundo del [artículo 449 CP], fue la de aumentar en un grado la penalidad en los casos de hurto de los animales a que dicha disposición se refiere, es lo cierto que, anulada la regla que, en el caso en estudio, disponía un aumento de pena, resulta que el actual texto legal, al expresar “la misma regla”, es como si dijera igual o semejante disposición, o sea, se está remitiendo a una ley actualmente derogada, inexistente, nula.

Que, podría argüirse que, conforme a las reglas de hermenéutica legal procedería recurrir en este caso a la intención o espíritu de la ley que se trata de aplicar, por no aparecer claramente manifestadas en ella misma según se expresa en el motivo que precede, pero es la verdad que en el actual artículo 449 del Código Penal, no se está frente a una expresión oscura de la ley, o sea, exenta de claridad, que pueda sí interpretarse, circunstancia que obsta a desatenderse de su tenor literal, es decir de la letra de su texto o del sentido exacto y propio de las palabras.

Que en tal situación y a virtud también de lo prescrito en el artículo 18 del Código Penal, [...], es improcedente aumentar la pena a los procesados responsables de delitos de robos o hurtos de caballos o bestias de silla o carga, de ganado mayor o menor, sólo por la circunstancia de ser estos animales los objetos el hecho punible que se menciona”.

principio de taxatividad¹⁹) a pesar de su derogación formal, criterio que parece haberse impuesto después de sentencias reiteradas de la Corte Suprema en ese sentido²⁰.

Siguiendo con este proceso de modificaciones sin cuidado sistemático, en 1941 (Ley N° 6.873, D.O. 14.04.1941) se dispuso, modificando el art. 432 CP, que la apropiación de los animales a que se refería el abigeato, y cuya cuantía excediera de 150 pesos, “se castigará en todo caso como robo”, norma que nunca debió ser aplicada, porque no precisaba la forma de robo cuya pena debía imponerse^{21,22}.

A pesar de los defectos de técnica legislativa, el período de vigencia (sin eficacia) de este inciso segundo del art. 432 CP ha sido el único en la accidentada historia de este delito, en el que el abigeato ha sido un tipo penal autónomo en la configuración de la conducta punible, ya que según esta norma, debía considerarse “robo” la sustracción de animales cuya cuantía excediera de ciento cincuenta pesos. En otras palabras, el legislador pasó a crear un tipo penal nuevo de robo (de animales) cuyo modo de ejecución, para ser considerado tal, dejaron de ser la violencia o intimidación en las personas o la fuerza en las cosas (como era y es en la sistemática para estos delitos), y pasó a ser la cuantía de lo sustraído el elemento relevante para integrar la categoría de los robos.

En este mismo sentido razonó la Corte Suprema:

En el mismo sentido anterior, SCA Talca en *Revista de Ciencias Penales*, t. VI, N° 3 (1943), p. 346; SJL Yungay GT 1940, p. 176(374).

¹⁹ A pesar que, en esos momentos, el aseguramiento constitucional de lo que hoy se conoce como derecho a la legalidad penal estaba estructurado en términos estrictamente formales y de tenor literal poco extenso, conforme al entonces vigente art. 11 de la Constitución de 1925, el principio de que la legalidad también alcanza a la pena formaba parte de nuestro acervo cultural jurídico.

El art. 11 de la Constitución de 1925 disponía textualmente: «Art. 11. Nadie puede ser condenado, si no es juzgado legalmente y en virtud de una lei promulgada ántes del hecho sobre que recae el juicio».

²⁰ SCS, GT 1956, p. 24(194): “El defecto de redacción en que se incurre en el artículo 7° de la Ley 5507, al referirse sólo al inciso 2° del artículo 449 del Código Penal, no significa que la frase “la misma regla, etc.”, quede sin sentido, puesto que al restablecerse la vigencia de dicho inciso segundo, se dio vida nuevamente en la misma forma que tenía antes de su derogación, o sea, vinculado a la regla especial contemplada en el inciso 1°, regla que, lógicamente, recuperaba su vigor para el solo efecto de entender que, tratándose de robos o hurtos de [animales objeto del abigeato], deberían aplicarse las penas superiores en un grado a las que habría correspondido, de acuerdo con las normas señaladas a los delitos de robo o hurto, porque de otra manera se llegaría a la conclusión de que hay una ley cuya intención es clara, dejaría de aplicarse únicamente por adolecer de defectos o vacíos aparentes”.

En el mismo sentido, cfr. SCS, GT 1940, p. 273(56); SCS, GT 1946, p. 420(54); SCS, GT 1946, p. 320(54).

En la misma línea argumental se encuentran sentencias de Cortes de Apelaciones. Cfr. ILABACA BECKER, *El delito de abigeato*, cit. nota n° 3, p. 38.

²¹ Tal como se denunció en su momento: “Este precepto, en la práctica resulta inaplicable, en razón de que el legislador no se cuidó de precisar la disposición legal aplicable en la especie, de entre las contenidas en los párrafos 2° y 3° del título 9°, para sancionar el hurto como si fuera robo”. (LABATUT GLENA, Gustavo, *Manual de derecho penal*. 1948, p. 484, citado por VÁSQUEZ DÍAZ, *Jurisprudencia de los delitos de hurto y abigeato*, cit. nota n° 3, p. 11.

En edición posterior de su obra, Labatut recuerda esta laguna de punibilidad que subsanó la Ley N° 11.625, disposición que “en realidad, se limitó a ratificar la solución que había dado la jurisprudencia” (LABATUT GLENA, *Derecho penal*, cit. nota n° 3, p. 231.

²² La jurisprudencia nuevamente se dividió frente a esta disyuntiva. Al respecto, cfr. ILABACA BECKER, *El delito de abigeato*, cit. nota n° 3, pp. 38 y ss.

“La agregación hecha al artículo 432 del Código Penal [...] sólo significa que la ley califica como robo y castiga como tal la apropiación de animales, sea que esta se verifique con o sin violencia, intimidación o fuerza, siempre que esos animales sean de los que alude el artículo 449 inc. 2º, sin tomar en cuenta los preceptos legales que definen el robo o hurto, creándose con aquella agregación un delito específico cuya sanción como robo, aunque el hecho constituya hurto, se contiene en el citado artículo 449.”²³

De esta forma, entre 1934 y 1953 (ver *Infra*, §2.1.3), el tipo penal de abigeato contemplaba una doble agravación, aunque, en estricto rigor, ellas nunca debieron haber sido aplicadas. De esta forma, la sustracción de animales debería haber sido sancionada con las penas que correspondían al hurto o al robo, según haya sido la forma de apropiación de dichas especies.

2.1.3. El período intermedio: 1953 a 2006

La situación anormal del período anterior se clausura en 1953 (Ley N° 11.183, D.O. 10.06.1953²⁴) cuando se reemplazan completamente los textos normativos anteriores y se deroga el inciso segundo del art. 432 CP. También quedó atrás la pretensión de considerar al abigeato como un delito autónomo, ya que se volvió a la concepción original de la agravación de pena para la sustracción de animales, aunque el mérito de esta nueva normativa radica en retornar al principio de certeza.

En cuanto al objeto material, el legislador agregó dentro de esta agravación penológica – que siguió siendo obligatoria para el juez– a los vehículos motorizados, pero también (a) a los porcinos, (b) a los “animales o aves que se mantengan en viveros, criaderos o terrenos cercados”, (c) al beneficio personal; y (d) a la destrucción de las especies (automóviles o animales) para apropiarse solamente de partes de ellos. Se aumentó el ámbito de aplicación de la agravación para el caso del hurto de hallazgo de los animales y aves comprendidos en esta nueva redacción del art. 449 CP, cuestión que había sido objeto de discusión hasta ese momento²⁵.

Asimismo, se agregaron normas especiales de determinación de pena, con lo que la agravación penológica podía llegar a ser más severa en sus efectos prácticos: lo que se aumentaba en el sistema original era la pena en abstracto para la respectiva figura base de hurto o robo, mientras que ahora pasó a ser un aumento de la pena en concreto, es decir, después de aplicadas las respectivas reglas de determinación legal e individualización judicial de ésta.

El carácter obligatorio de la agravación penológica se mantuvo hasta 1959 (Ley N° 13.303, D.O. 31.03.1959), cuando se le dio el carácter facultativo para el tribunal.

²³ SCS (10.01.1945), GT 1945, p. 557(107).

²⁴ Cuyo tenor literal puede consultarse en el Anexo. Adicionalmente, esta misma ley incorporó la apropiación de plumas, pelos, crines o cerdas de animales ajenos, que se mantiene hasta hoy en el actual art. 448 quinquies CP.

²⁵ Cfr. VÁSQUEZ DÍAZ, *Jurisprudencia de los delitos de hurto y abigeato*, cit. nota n° 3, p. 12.

Finalmente, el período intermedio se concluye en 1972 (Ley N° 17.727, D.O. 27.09.1972), cuando se eliminó a los animales o aves que se mantengan en viveros, criaderos o terrenos cercados del objeto material de esta agravación.

2.2. La actualidad

Desde 1972, el tipo penal se mantuvo sin modificaciones hasta 2006 con la dictación de la Ley N° 20.090 (D.O. 11.01.2006) que lo dotó formalmente de un *nomen iuris* propio (“abigeato²⁶”) del que había carecido en nuestro ordenamiento jurídico, y lo ubicó en un nuevo párrafo del CP –el § 4 bis–, dentro del Título IX destinado a los crímenes y simples delitos contra la propiedad (arts. 448 bis a 448 sexies²⁷), regulación especial innecesaria al decir de Guillermo Oliver²⁸. Esta incursión del legislador pretendió modificar sustancialmente el sistema de protección reforzada a la sustracción de animales, objetivo que no se cumplió a pesar de los esfuerzos.

Probablemente ello motivó una nueva modificación legal, esta vez operada a través de la Ley N° 20.596 (D.O. 04.07.2012), que rompió el período de “calma” legislativa que habría sido esperable después de la Ley N° 20.090.

3. La estructura típica del abigeato

3.1. La estructura de la conducta típica

El legislador no ha construido una definición autónoma de la conducta constitutiva de abigeato, sino que –como ha sido la tónica dentro del CP chileno–, ésta se ha definido en función del modo de comisión de la apropiación de los animales. En otras palabras, que el hurto o robo de los animales que determina el art. 448 bis CP pasa a constituir *abigeato* y, por tanto, se aplica su régimen penológico diferenciado. Conforme al tenor literal, la conducta típica de abigeato, consiste –en principio²⁹– en el *hurto*, *hurto de hallazgo* o *robo* de caballos o bestias de silla o carga, o especies de ganado mayor o menor³⁰. De esta forma, entonces, la definición de la conducta no es autónoma, sino que ella hace referencia a esos

²⁶ Sobre el origen etimológico de la palabra, ver ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense*, Valencia: Imprenta de J. Ferrer de Orga. 1838, p. 2: “*Abigeo* como *abigeato* vienen de la palabra latina *aligere*, *id est*, *ante se agere*, arrear, aguijar a las bestias para que caminen; de modo que abigeato es una especie particular de robo que se comete, no cogiendo ni transportando de un lugar a otro la cosa que se quiere sustraer, sino desviándola y haciéndola marchar delante de sí, para aprovecharse de ella. No puede recaer este delito sino sobre los ganados y las bestias (...)”.

²⁷ La figura típica del art. 448 quinquies (apropiación de plumas, pelos, crines, cerdas o cualquier elemento del pelaje de animales ajenos) no se relaciona intrínsecamente con el delito de abigeato, aunque formalmente quedó ubicado dentro de ese párrafo. Oliver estima que esta figura “podría estar regulada a continuación del hurto de cosas que forman parte de redes de suministro de servicios públicos o domiciliarios (art. 447 bis CP), el que al igual que aquella figura, es un hurto especial en atención al objeto material sobre el cual recae” OLIVER CALDERÓN, Guillermo, “Vulneraciones de derechos fundamentales en la regulación de los delitos de hurto y robo”, *Revista de derechos fundamentales*, n° 8 (2012), pp. 15-44(26).

²⁸ OLIVER CALDERÓN, “Vulneraciones de derechos fundamentales” cit. nota n° 27, p. 25.

²⁹ La estructura típica es compleja, en la medida que el legislador ha pretendido introducir otras formas *asimiladas* al abigeato, en el sentido en que lo “describe” el inciso primero del artículo 448 bis CP.

³⁰ La Ley N° 20.596 eliminó la referencia al «ganado porcino».

otros tipos penales que le dan materialidad. En virtud de lo anterior, debería concluirse, consecuencialmente, que lo que distingue al abigeato de los delitos de hurto y robo, es la especificidad del objeto material sobre el que recae el primero y, por tanto, allí estaría el fundamento de la agravación penológica.

3.2. Reinterpretación del tipo: conductas

Desde una perspectiva metodológica, propongo una ordenación de la conducta típica de abigeato, en virtud de la cual su nueva fisonomía formal sería del siguiente tenor:

1. Comete abigeato (en sentido propio) el que, respecto de uno o más caballos o bestias de silla o carga, o especies de ganado mayor o menor:
 - (1.a) los hurte, conforme a los artículos 446, 447 o 448, ya sea:
 - (i) sustrayendo el o los animales enteros; o
 - (ii) beneficiándolos o destruyéndolos para apropiarse del todo o de alguna de sus partes; o
 - (2.b) los robe, conforme a los artículos 433, 436 inciso primero, 440, 442 o 443, ya sea:
 - (i) sustrayendo el o los animales enteros; o
 - (ii) beneficiándolos o destruyéndolos para apropiarse del todo o de alguna de sus partes.
2. Comete también abigeato (asimilado) el que, sin haber sustraído en los términos del apartado anterior uno o más caballos o bestias de silla o carga, o especies de ganado mayor o menor:
 - (2.a) y para permitir, por sí o por otro, una apropiación posterior, altere o elimine marcas o señales en animales ajenos sin el consentimiento de quien pudiere disponer de ellos;
 - (2.b) y para permitir, por sí o por otro, una apropiación posterior, marque, señale, contramarque o contraseñale animales ajenos sin el consentimiento de quien pudiere disponer de ellos;
 - (2.c) expida o porte certificados falsos para obtener guías de despacho o formularios de movimiento animal;
 - (2.d) los tenga enteros o tenga partes de los mismos sin poder justificar su adquisición o legítima tenencia;
 - (2.e) sea habido en predio ajeno, arreando, transportando, manteniendo cautivas, inmovilizadas o maniatadas dichas especies animales; o
 - (2.f) haga conducir animales ajenos sin estar debidamente autorizado y sin el consentimiento de quien pudiere disponer de ellos.

Esta reordenación se basa en la descripción de las conductas, por lo que no considera las diferentes variantes que podrían generarse tanto por los distintos grados de desarrollo de éstas, como por los títulos de imputación personal.

Los fundamentos de esta reconstrucción se exponen en los apartados siguientes.

3.3. El abigeato propiamente tal y los casos asimilados a aquel ³¹

Junto con la descripción remisoras general contenida en el art. 448 bis CP, se han incluido otros cuatro grupos de formas adicionales de comisión, consistentes en (a) los casos relacionados con las marcas de los animales (art. 448 bis inciso segundo, n°s 1 y 2 CP); (b) los relativos a la posesión de animales o partes de ellos sin justificación de su adquisición o legítima tenencia (art. 448 quáter CP); (c) los relacionados a la posesión o transporte de animales o partes de ellos en predio ajeno manteniendo cautivas, inmovilizadas o maniatadas dichas especies animales (art. 448 quáter CP); y (d) los relacionados con la falsificación de documentos de control.

Si el abigeato, conforme al art. 448 bis CP, consiste en sí mismo en el hurto o robo de ciertos tipos de animales o en el beneficio o destrucción de estos para su posterior apropiación, denominaré los subsumibles en esta descripción como *casos de abigeato en sentido propio*. Mientras que el beneficio y la posesión descritos en el párrafo anterior, los denominaré como *casos asimilados a abigeato* (en sentido propio).

3.3.1. Casos de abigeato en sentido propio

Coherente con su significado lingüístico³², la conducta de abigeato en sentido propio es la descrita en el inciso primero del art. 448 bis CP.

Conforme al tenor literal de esta prescripción, la remisión debería entenderse hecha a todas las formas de hurto o robo previstas en el CP. Sin embargo, y a pesar que el texto no contiene una limitación formal, estimo que sí debe hacerse una respecto de la hipótesis de actuar por sorpresa en el robo del mismo nombre.

El argumento para ello, dice relación con los objetos sobre los que recae la descripción típica, ya que, al referirse éste a las “especies que los ofendidos lleven consigo”, la conducta constitutiva de robo por sorpresa recae sobre cosas muebles de un tamaño tal que puedan ser llevadas por el sujeto pasivo sobre sí o junto a él. Aunque el sujeto pasivo puede llevar consigo alguno de los animales descritos en el art. 448 bis CP (como quien los arrea o camina junto a estos), su tamaño impediría al sujeto activo el actuar bajo la desprevisión de la víctima, “(...) de manera que [el afectado] no logre reaccionar con la rapidez que la situación amerita”³³.

En cambio, los otros dos modos de comisión del robo por sorpresa (agolpamiento o confusión) sí serían aptos para servir de base al abigeato.

³¹ La nomenclatura es propuesta por Oliver, aunque el contenido de cada una de las categorías no coincide exactamente. Cfr. OLIVER CALDERÓN, *Los delitos contra la propiedad*, cit. nota n° 9, pp. 404 y ss. Matus y Ramírez, en cambio, denominan como “formas especiales de apropiación” a las aquí denominadas formas asimiladas (MATUS/RAMÍREZ, *Lecciones PE II*, cit. nota n° 3, pp. 105 y ss.).

³² Al respecto, ver nota n° 26.

³³ GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal. Tomo IV. Parte especial*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 3ª ed., 2005, p. 209.

Deberían quedar incluidos dentro de los casos de abigeato en sentido propio, los supuestos de beneficio o destrucción a que se refieren el art. 448 ter inciso cuarto CP, por cuanto dichas conductas implican, en sí mismas, una sustracción. En este sentido, estimo que (a) la inclusión de disposición es superflua, porque el beneficio o destrucción es una forma de apropiación (de hecho, la disposición aclara que es “para apropiarse de todo el animal o de una de sus partes”); o (b) el legislador no incluye las conductas de beneficio o destrucción dentro del elemento normativo “apropiación”. Si la opción correcta es ésta última, las exigencias de sistematicidad deberían llevarnos a concluir en la no punibilidad (por atipicidad) de los supuestos de hurto cuando la conducta consiste en el consumo de alimentos o bebidas dentro de establecimientos de comercio cuando el sujeto activo pretenda salir sin pagar por dichos bienes, por ejemplo.

Como se quiera, todo parece indicar que la forma de comisión de abigeato descrita en el art. 448 ter inciso cuarto CP consiste en la punibilidad de un acto preparatorio, conforme a la cual es punible como abigeato consumado la conducta previa a la apropiación propiamente tal.

3.3.2. Las conductas asimiladas a abigeato

El grupo de casos que he denominado *asimilados* a abigeato está compuesto por conductas que no consisten en sí mismas en la sustracción de animales, sino que por una mera decisión del legislador, son incluidas en ésta. El primer problema interpretativo que muestran las conductas asimiladas es determinar si la punibilidad de éstas requieren o no una relación funcional con una conducta apropiatoria, es decir, si la alteración de las marcas o la falsificación de documentos de control, por ejemplo, es punible como abigeato asimilado sólo si ellas son ejecutadas por el sujeto preordenadas a la comisión de una apropiación posterior o se derivan de una apropiación anterior.

Desde luego, el tenor literal en nada ayuda a dilucidar la cuestión sobre la exigencia o no de relación funcional, de modo que será necesario recurrir a una interpretación sistemática. En efecto, debería concluirse en la exigencia de esta relación funcional, toda vez que sólo si ella concurre, se manifiesta el fundamento de la protección penal reforzada del abigeato. De esta forma, la alteración de marcas, por ejemplo, sólo debería ser punible si ella está destinada a permitir una apropiación posterior, pero no si ella está destinada, por ejemplo, a burlar un embargo judicial u otro fin distinto, sin perjuicio de la eventual punibilidad de la conducta por un título distinto. Entonces, tanto en el tipo de abigeato en sentido propio, como en las formas asimiladas, el legislador ha incluido un elemento subjetivo del tipo: en el primer grupo, consistente en el *animus rem sibi habendi* propio del hurto o robo; y en el segundo, en la preordenación al abigeato en el caso de los actos anteriores penados como abigeato (marcar o alterar marcas *para* la ejecución posterior de un abigeato, delito imperfecto en dos actos³⁴) y en la intención de obtener beneficios provenientes de un abigeato, en el caso de los actos posteriores penados como tal (delito de tendencia³⁵).

³⁴ En el sentido en el que lo describe Sergio Politoff (POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, *Los elementos subjetivos del tipo penal*, Buenos Aires: Editorial B de F, 2ª ed., 2008, p. 107).

³⁵ En el sentido en el que lo describe Politoff (POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, *Los elementos subjetivos*, cit. nota n° 34, p. 112).

NAVARRO, Roberto “Reformas al delito de abigeato: análisis de su legitimidad garantista y eficacia”.

Aceptada la exigencia de esta relación funcional, los supuestos típicos descritos en (2.a), (2.b) y (2.c) del apartado 3.2 anterior, son claramente actos anteriores a la ejecución del abigeato en sentido propio, de forma que, sin la previsión normativa del inciso segundo del art. 448 ter CP, no serían punibles en atención a la no punibilidad en nuestro sistema de los actos preparatorios (arts. 7º y 8º CP).

En cambio, los supuestos descritos en (2.d), (2.e) y (2.f) también del apartado 3.2 anterior son actos posteriores a la ejecución del abigeato en sentido propio.

De esta forma, entonces, la relación funcional que debe existir entre las conductas asimiladas y las propias puede adoptar una doble forma: actos encaminados a la realización de un abigeato en sentido propio o actos posteriores (de agotamiento) de un abigeato ya ejecutado.

Esta exigencia funcional es una cuestión de hecho que forma parte del tipo penal, de modo que la decisión de condena por las formas asimiladas a abigeato requiere que el tribunal adquiera convicción sobre su concurrencia en el caso concreto, para lo cual la actividad probatoria de la Fiscalía también alcanzar este punto.

Como una segunda cuestión, se puede mencionar que el contenido típico de las conductas asimiladas a abigeato es autónomo respecto de los casos en sentido propio, no sólo en el sentido que el núcleo fáctico descrito en el art. 448 bis CP sólo tiene contenido en virtud de la remisión a las respectivas formas de sustracción (hurto o robo), sino porque en los casos asimilados, la conducta no es una apropiación, sino que una distinta.

La diferenciación entre abigeato en sentido propio y los casos asimilados también tiene sustento en la literalidad de los tipos penales. En efecto, existe una diferencia de redacción en la forma en la que el legislador ha descrito los casos que he denominado como *asimilados* a abigeato: para describirlos, el legislador ha empleado las expresiones “...se considerará autor...” (inciso segundo del art. 448 bis CP) y “Se castigará como autor...” (art. 448 ter inciso cuarto y art. 448 quáter inciso primero CP).

A pesar de esta diferencia lingüística, todo indica que el sentido es exactamente el mismo: sancionar como abigeato unas conductas que no consisten en el hurto o el robo de animales, sino que por esta vía, el legislador extiende el ámbito del tipo penal (abigeato propiamente tal) a unos actos que están, materialmente, antes o después de la apropiación de los animales.

a) *Los casos asimilados como presunciones/formas de autoría*

El texto del art. 448 quáter incorporado por la Ley N° 20.090 disponía que:

“Se presumirá autor de abigeato aquél en cuyo poder se encuentren animales o partes de los mismos, referidos en este Párrafo, cuando no pueda justificar su adquisición o legítima tenencia y, del mismo modo, al que sea habido en predio ajeno, arreando, transportando, manteniendo cautivas, inmovilizadas o maniatadas dichas especies animales.”.

Una parte de la doctrina estimó que, en este caso, el legislador había establecido “presunciones de autoría del delito de abigeato”³⁶. La Ley Nº 20.569 sustituyó la referencia a las presunciones, por la expresión “Se castigará como autor de abigeato...”, igualándola a la que se emplea en el inciso cuarto del art. 448 ter CP; a partir de ésta, surge un nuevo problema por el empleo de la expresión “...se considerará autor del delito de abigeato...” que ésta introdujo en el inciso segundo del art. 448 bis CP.

La idea del legislador de 2006 al incorporar estas aparentes presunciones fue aumentar la eficacia en la persecución del abigeato³⁷⁻³⁸, cuyas escasas posibilidades se ha detectado desde antiguo, ya que “[e]ste delito es de difícil prueba respecto del delincente, á causa ser su perpetracion en lugares desiertos y fuera de poblado; y no lo es (regularmente hablando) respecto de la verificacion del cuerpo, ó comision del mismo delito”³⁹. Aunque resistida por una parte de los parlamentarios⁴⁰, dicha técnica fue considerada como “(...) un perfeccionamiento sustancial del régimen vigente de presunciones legales en materia de

³⁶ Cfr. GARRIDO MONTT, *Derecho penal IV*, cit. n° 33, p. 258; OLIVER CALDERÓN, “Vulneraciones de derechos fundamentales” cit. nota n° 27, p. 28.

³⁷ “Un elemento central del proyecto es la posibilidad de que puedan considerarse pruebas a partir de una presunción, lo que permitirá a los tribunales mayor eficacia para actuar en contra del abigeato. (Diputado Carlos Recondo Lavandero, discusión en sala, Cámara de Diputados, sesión n° 60 de 13.12.2005, 353ª Legislatura, tercer trámite constitucional, en BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley Nº 20.090*, p. 139, disponible en http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5519/HLD_5519_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf (consultado en diciembre de 2016)).

“El Honorable Senador Espina indicó que esta es una de las normas centrales del proyecto [la que establece las *presunciones*], porque permite perseguir al delincuente que se prepara a perpetrar el delito y al que huye con el objeto del mismo.” (Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado (07.09.2005), en BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley Nº 20.090*, cit. nota n° 37, p. 100).

³⁸ Con las que se permitiría a los tribunales contar “(...) con ciertas presunciones de culpabilidad que constituyan plena prueba. Lo importante es que se presuma autor de abigeato a quien sea sorprendido en las circunstancias que se describen y no pueda probar el dominio de las especies” (Diputado Carlos Recondo Lavandero, discusión en sala, Cámara de Diputados, sesión n° 60 de 13.12.2005, 353ª Legislatura, tercer trámite constitucional, en BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley Nº 20.090*, cit. nota n° 37, p. 139).

³⁹ VILANOVA Y MAÑES, Senén, *Materia criminal forense o tratado universal teórico y práctico de los delitos y delinquentes en género y especie, para la segura y conforme expedición de las causas de esta naturaleza*, París: Librería Hispano-Francesa de Rosa, 1827, p. 168.

⁴⁰ “A mi juicio, hay que abordar esta iniciativa con realismo y con una visión técnica más estricta. Por esto, me llama poderosamente la atención que se insista en establecer presunciones de responsabilidad penal, ya que, según tengo entendido, la Carta Fundamental lo prohíbe. En este caso, la iniciativa dispone que se presumirá autor del delito de abigeato a quien no pueda dar cuenta del origen de la posesión de especies animales.

He comentado esta situación con algunos diputados que son abogados, quienes me han señalado que es común que, por prejuicios sociales, se presume que personas muy sencillas y con menos educación cometieron abigeato. Me preocupa que se les prejuzgue. Eso hay que evitarlo. No es suficiente que en el nuevo proceso penal haya audiencias de control de detención, porque de todas maneras se pueden violar los derechos constitucionales si se mantiene la disposición. Las horas de detención, el traslado hasta los tribunales de un campesino inocente y el mal imputado son daños que podemos impedir.” (Diputado Enrique Jaramillo Becker, discusión en sala, Cámara de Diputados, sesión n° 10 de 24.06.2004, 353ª Legislatura, primer trámite constitucional, en *Historia de la Ley Nº 20.090*, cit. nota n° 37, p. 24).

autoría y de dominio [de los animales sustraídos]⁴¹, sin importar la eventual transgresión a la prohibición constitucional de las presunciones de derecho o a la inversión de la carga de la prueba en las simplemente legales que restringe la vigencia del derecho a la presunción de inocencia⁴²⁻⁴³.

Aun cuando se modificaron las palabras, la estructura es la misma antes y después de la reforma de la Ley N° 20.596. Es decir, que con el anterior texto normativo podía llegarse interpretativamente a la misma estructura con que hoy cuenta el art. 448 quáter CP.

En efecto, si esta disposición hubiera estado construida con el recurso a la técnica legislativa de las *presunciones*, ello significaba que, como tales, “(...) se conectan a la teoría de la prueba, pero no proporcionan elementos de prueba, sino que dispensan de la prueba a aquellos en cuyo beneficio funcionan, dando por ciertos determinados hechos”⁴⁴, de modo que “(...) con el fin de resolver un caso, el juzgador debe, por disposición legal, tomar como cierta determinada proposición o como producido determinado estado de cosas, mientras no existan elementos de prueba en contra.”⁴⁵.

Así las cosas, si lo que se había incorporado en las hipótesis del art. 448 quáter era una presunción, debería investigarse respecto de qué elementos había sido dispensada la prueba tratándose de estos casos asimilados a abigeato. Y la respuesta podría ser que la presunción operaba sobre (i) la tipicidad de conducta, es decir, que se presumía típica de abigeato la conducta de quien portaba un animal sin que pudiera justificar su legítima adquisición; o (ii) sobre la participación del sujeto activo en el hecho punible, es decir, que se presumía que era autor de abigeato quien portaba un animal sin que pudiera justificar su legítima adquisición.

Evidentemente, debería descartarse la posibilidad (i), ya que las presunciones operan respecto de hechos (desconocidos), y no sobre la calificación jurídica de un hecho.

Respecto de la posibilidad (ii), sería en principio admisible, aunque a esa altura la presunción era absurda, ya que el elemento base de la presunción daba origen al mismo hecho presumido. Si se analiza sobre la base lógica propuesta por Jerzy Wróblewski para

⁴¹ Informe de la Comisión de Agricultura del Senado (30.03.2005, segundo trámite constitucional), en BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley N° 20.090*, cit. nota n° 37, p. 78.

⁴² El fiscal regional de Los Lagos, quien comentando la presunción de autoría del art. 454 CP, expresó: “(...) con posterioridad a la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Penal ha habido muchos magistrados que han adoptado el criterio de que dicha norma estaría derogada en forma tácita (...). En razón de lo anterior, estima muy positivo que se incorpore esta norma, la que al adquirir eficacia después de haber entrado en vigencia la Reforma Procesal Penal en casi todo el país, privaría de fundamento al criterio en comentario”. (Informe de la Comisión de Agricultura del Senado (30.03.2005, segundo trámite constitucional), p. 72; en BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley N° 20.090*, cit. nota n° 37).

⁴³ Cfr. OLIVER CALDERÓN, “Vulneraciones de derechos fundamentales” cit. nota n° 27, p. 29.

⁴⁴ GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 137.

⁴⁵ MENDONCA, Daniel, “Presumptions”, *Ratio Iuris*, vol. 11, n° 4 (1998), pp. 399-412(399). En castellano, bajo el título “Presunciones”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del derecho*, n° 21 (1998), pp. 83-98, en https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10383/1/doxa21_05.pdf (consultado diciembre de 2016).

las presunciones⁴⁶, esta posibilidad (ii) podría expresarse: Supuesto que alguien *porta animales sin justificar su legítima tenencia*, y no existiendo prueba en contrario (sobre su porte / legítima tenencia), debía presumirse (darse por conocido) que el sujeto ejecutó (como autor) el hecho punible de abigeato.

Como se ve, tanto el hecho base como el hecho presumido coinciden en esta “presunción”. En otras palabras, que la prueba de su hecho base, coincide con el hecho que se supone se dará por acreditado, de modo que la presunción no cumplía ningún rol como tal en el estricto sentido interpretativo. Luego, que el sujeto haya tenido *participación* en el hecho es también una calificación jurídica.

Así las cosas, entonces, quedaba aún por dilucidar el sentido real de la expresión normativa “se presumirá autor de abigeato...” quien ejecute las conductas descritas en el art. 448 quáter, inciso primero CP. Su sentido –ya se ha dicho– no podía buscarse en el concepto de la técnica legislativa de las presunciones, a pesar del tenor literal, ya que hacerlo obligaba a dejar esa norma sin contenido. Por el contrario, estimo que dicha expresión debía ser entendida en un sentido coloquial (aunque, de todos modos, inadecuado), utilizado por el legislador para sostener que las conductas descritas en el inciso primero del art. 448 quáter CP también forman parte del tipo penal de abigeato; en otras palabras, que el sentido de esta expresión es similar al que el legislador utiliza actualmente en el inciso segundo del art. 448 bis CP o en el inciso cuarto del art. 448 ter CP consistentes en “...se considerará autor...” o “...será castigado como autor de abigeato...”, que es lo mismo que prescribir que también son típicas de abigeato las dos situaciones descritas en el art. 448 quáter CP.

Pero quedaba aún una posibilidad interpretativa, que iba a permitir que los casos asimilados sí actuaran como una presunción de autoría, a través de la cual podría haberse dado por establecido que quien verificaba alguno de los supuestos de hecho contenido en éstas había sido autor de la respectiva sustracción de esos bienes, con una lógica similar a la que podría contener la prevista en los arts. 444 o 454 CP. En este caso, la presunción habría requerido dos antecedentes (hechos conocidos): (i) el porte de los animales en terreno ajeno; y (ii) la forma en que estos fueron sustraídos. Dentro de esta lógica, partiendo de tales antecedentes previos, podría darse por acreditado el hecho desconocido (autor de la sustracción): quien mantiene cautivo un animal en predio ajeno que ha sido previamente hurtado, ha sido el autor de esa sustracción⁴⁷.

⁴⁶ WRÒBLEWSKI, Jerzy. “Structure et fonctions des présomptions juridiques”, en: PERELMAN/FORIERS (Coords.), *Les présomptions et les fictions en Droit*. Bruselas, 1974, citado por GASCÓN ABELLÁN, *Los hechos en el derecho*, cit. nota nº 44, p. 138

⁴⁷ Estimo que esta interpretación no era admisible, ya que las prescripciones del art. 448 quáter CP no eran suficientes para extraer de ellas una presunción de autoría de la sustracción, y porque ello implicaría una interpretación incoherente a la luz de las garantías penales.

Adicionalmente, y desde una perspectiva sistemática, la existencia de una presunción de autoría en esta norma debe rechazarse, por cuanto interpretada la norma de esta forma, su prueba en contrario se haría tan difícil en el caso concreto que, siendo una presunción *iuris tantum*, tendría, al fin de cuentas, el mismo efecto que si se tratara de una *iuris et de iure* de la responsabilidad penal por la sustracción, debiendo, por tanto, alcanzarle la prohibición constitucional de éstas últimas. Lo anterior, porque su destrucción como presunción requeriría la prueba de un hecho negativo consistente en la no ejecución de la sustracción, cuestión que es de extrema difícil verificación, o mediante la prueba por el imputado de la sustracción por un tercero hecho en que él no

Aunque con loables afanes garantistas⁴⁸, lo cierto es que la nueva redacción está lejos no sólo de superar las deficiencias de técnica que presentaba la anterior redacción, sino que también de satisfacer el interrogante por la legitimidad de la protección reforzada del abigeato y el respeto del contenido esencial de garantías fundamentales como la presunción de inocencia.

En todo caso, e independiente de la concreta redacción legal, la expectativa de aumentar la efectividad de la persecución penal se ve frustrada en atención a la deficiente técnica, por cuanto, si se acepta que las formas asimiladas a abigeato tienen una fisonomía propia, debe concluirse que éstas, sin embargo, no pueden ser punibles, por haberse omitido, a su respecto, la determinación de la pena a aplicarles.

b) *El agotamiento del delito como formas asimiladas*

Las hipótesis típicas asimiladas al abigeato en sentido propio, obedecen a la decisión del legislador de hacer especialmente punibles etapas posteriores a la consumación de la apropiación misma, es decir, a aquellas que se hallan, ya sea en la preparación de la obtención de los beneficios derivados de dicha sustracción con ánimo de lucro o en la obtención misma de estos. Lo relevante de estas hipótesis es que consisten en la punibilidad del agotamiento del abigeato, independiente de la conducta ejecutiva de la sustracción.

Considerando lo anterior, el contenido de la conducta es coincidente con el descrito en el tipo de receptación (art. 456 bis A CP); el concurso (aparente) de normas que se produce en este caso, se debería solucionar a través del criterio de la especialidad⁴⁹, donde el abigeato debería desplazar a la receptación. Como se analizará más adelante (ver *Infra*, 3.5.2), sin embargo, las deficiencias de técnica legislativa impiden la aplicación de la señalada solución.

c) *Los casos asimilados y la presunción del art. 454 CP*

Todo parece indicar que podría llegarse a la conclusión de la tipicidad de las hipótesis previstas como formas asimiladas del art. 448 quáter CP aun sin la existencia de estas previsiones expresas, al menos, como lo demuestra una antigua jurisprudencia⁵⁰. A través de este raciocinio, las dos hipótesis asimiladas a abigeato quedarían comprendidas también bajo la *presunción* de participación en un hurto o robo, prevista en el art. 454 CP. O, de otra

tuvo participación. En ambos casos, además de la dificultad de acreditar dichos supuestos, estas cargas probatorias que recaerían sobre el imputado implican que éste debería probar que no ha tenido responsabilidad, infringiéndose, por tanto, el derecho a la presunción de inocencia.

⁴⁸ Cfr. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley N° 20.596*, Santiago: 2016, pp. 38, 52, 92, entre otras, en http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/4431/HLD_4431_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf (consultado diciembre de 2016).

⁴⁹ MATUS/RAMÍREZ, *Lecciones PE II*, cit. nota n° 3, pp. 221 y ss.

⁵⁰ Cfr. SCS, 10.06.1915, GT 1915(I), p. 899 (255); SCS, 25.10.1916, GT 1916(II), p. 546 (254); SCA Talca, 15.12.1915, GT 1916(II), p. 1180 (362); SCS, 15.12.1916, GT 1917(I), p. 220 (88); SCS, 18.07.1917, GT 1917(II), p. 504 (164); SCS, 14.01.1918, GT 1918(I), p. 142 (54); SCA Concepción, 28.05.1919, GT 1919(I), p. 859 (1254). Estas sentencias y otras, citadas por VÁSQUEZ DÍAZ, *Jurisprudencia de los delitos de hurto y abigeato*, cit. nota n° 3.

forma, que esta presunción de autoría sería auxiliar a los casos asimilados a abigeato. De esta forma, los supuestos descritos en el art. 448 quáter CP actuarían como la fuente de su tipicidad en el abigeato, mientras que la presunción de autoría del art. 454 CP permitiría dar por establecida la forma de sustracción en el caso particular.

Así, sería típica de abigeato la conducta de quien transporta un animal en terreno ajeno (art. 448 quáter CP); mientras que la presunción de autoría del art. 454 CP permitiría dar por establecido que ese sujeto hurtó o robó el animal según sea la forma en que éste haya sido sustraído.

Estimo inadmisibles esta interpretación en atención a los mismos argumentos antes esgrimidos a propósito de los casos asimilados a abigeato (ver *Supra*, 3.3.2.a)). Me parece más coherente con un derecho penal democráticamente racional, considerar que esta presunción de autoría del art. 454 CP sólo representa la normativización de una máxima de la experiencia (y no una presunción de autoría propiamente tal), según la cual es muy probable que quien lleva consigo un objeto que ha sido sustraído haya sido quien se lo apropió; pero desde luego, ésta requiere de prueba adicional que la confirme a través del descarte de otras hipótesis alternativas, proceso en el que cuestiones como la proximidad temporal o geográfica entre el porte del objeto y su sustracción o que el sujeto lleve consigo elementos que son compatibles con la forma de sustracción, pasan a tener relevancia.

3.4. La técnica utilizada

Si se pretende caracterizar la técnica utilizada por el legislador, debe hacerse una distinción entre los casos en sentido propio de los asimilados.

En efecto, en el abigeato en sentido propio, es una ley penal en blanco que contiene una remisión total (conducta y consecuencia jurídica) e interna⁵¹ (a otro lugar dentro del mismo CP). Es tal el nivel de remisión en este caso, que la norma contenida en el inciso primero del art. 448 bis CP podría llegar a ser caracterizada como una norma estructuralmente incompleta⁵² en dos sentidos: le falta el contenido de la conducta y su consecuencia jurídica. De todos modos, al efectuarse la remisión para el complemento de la conducta y la base para la determinación de la pena a otra parte del CP –ley en blanco impropia– sería una cuestión de “simple técnica legislativa que no afecta al principio de legalidad”⁵³⁻⁵⁴.

Una situación distinta se produce, en cambio, con los casos asimilados a abigeato, ya que estos responden más bien a una especie de fragmento de norma en el que está presente el contenido de la conducta punible, pero no la pena (ver *Infra*, 3.5.2). No hay aquí una remisión normativa –propia de las leyes penales en blanco–.

⁵¹ Según la tipología de OSSANDÓN WIDOW, Magdalena, *La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los Instrumentos de Técnica Legislativa*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2009, pp. 175-176.

⁵² LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Curso de derecho penal, parte general I*, Madrid: Editorial Universitas, 1996, pp. 145-146.

⁵³ GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal. Tomo I. Parte general*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2ª ed., 2005, p. 92.

⁵⁴ En contra, CURY URZÚA, Enrique, *Derecho penal, parte general*, Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 8ª ed., 2005, p. 176.

Parece ser el abigeato el único caso en nuestro ordenamiento en que el legislador ha recurrido a esta extraña técnica legislativa, ya que ésta es diferente a otras situaciones *anormales* en términos de los postulados derivados del derecho a la legalidad penal⁵⁵. Y es la opción por esta técnica legislativa la que determina unas escasas posibilidades de *eficacia* de la norma penal –en el sentido de Magdalena Ossandón⁵⁶– tal como se analiza en el apartado siguiente.

3.5. La punibilidad del abigeato

Tal como se ha expresado, la ley ha previsto para el abigeato una agravación penológica con relación a la respectiva figura de hurto o robo, consistente en el aumento obligatorio de un grado de pena, cuya forma de determinación está expresamente regulada en los incisos primero a tercero del art. 448 ter CP.

Sin embargo, las falencias de la técnica legislativa escogida para dar forma al abigeato se muestran especialmente a nivel de punibilidad. Lo anterior, porque la remisión al hurto y al robo es doble, es decir, no sólo en cuanto al contenido de la conducta incriminada, sino que también a su pena que sirve de base para aplicar la agravación.

De esta forma, tal como se muestra enseguida, la agravación penológica no es aplicable a los casos asimilados a abigeato.

3.5.1. La determinación e individualización de la pena en el abigeato en sentido propio

Independiente de su legitimación políticocriminal –con rigurosas consecuencias penológicas–, a los casos de abigeato propiamente tal se les aplica la agravación de pena respecto de la figura según la cual se verificó la sustracción de los animales, conforme a los arts. 448 bis y 448 ter inciso primero CP. Conforme al inciso primero del art. 448 ter CP, la agravación consiste en el aumento de pena en un grado a la que en concreto haya de corresponder al sujeto activo por la respectiva figura de hurto o robo mediante la cual haya verificado la sustracción de los animales. La ley dispone que la base para la determinación de la pena en el abigeato en sentido propio es la que “...correspondería a los autores, cómplices y encubridores de abigeato sin el requisito de tratarse de la sustracción de animales y considerando las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal concurrentes...”.

⁵⁵ Si se analiza, por ejemplo, el delito de lavado de activos (art. 27 Ley N° 19.913), en éste la conducta típica es autónoma en su descripción, ya que el tipo penal describe en qué consiste esa conducta. Una cuestión distinta es que la configuración de la tipicidad de la conducta requiere la existencia de un delito base del que provienen los bienes objeto del blanqueo, pero en términos de completitud, tanto el de lavado como el respectivo delito base reúnen todos los elementos que dan forma a esas conductas.

Distinto es también el caso del tráfico de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes (art. 4° Ley N° 20.000), en el que el legislador ha descrito las conductas que permiten la configuración de esta forma privilegiada.

⁵⁶ OSSANDÓN WIDOW, *La formulación de tipos penales*, cit. nota n° 51, pp. 360 y ss.

Los problemas de interpretación de la forma de determinación e individualización de la pena en el abigeato se derivan de la referencia a la pena en concreto del delito base, y no a la pena en abstracto de éste, como se esperaría de una técnica legislativa más precisa.

Tales inconvenientes se derivan de la doble referencia que efectúa la ley a los efectos penológicos de las circunstancias modificatorias, los que se agravan a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.931.

En efecto, como la referencia es a la pena del delito base en concreto (la que "...correspondería [...] considerando las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal concurrentes..."), debe atenderse a la nueva regla de individualización de la pena en los delitos de hurto y robo, contenida en el art. 449 CP, según el cual, el efecto de las modificatorias de responsabilidad no se determina conforme a las reglas generales (arts. 65 a 69 CP), sino que por la reglas 1ª y 2ª de tal disposición, esto es, que, (a) sin permitirse bajar o superar el marco penal abstracto, el efecto de las circunstancias modificatorias se determinará "en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes concurrentes, así como a la mayor o menor extensión del mal causado"; y (b) en el caso de la concurrencia de la reincidencia propia, genérica o específica, deberá excluirse el mínimo o el *mínimum* de la pena, según correspondiere. Lo que hace esta disposición, en realidad, es eliminar el efecto que la ley prevé para las circunstancias modificatorias, y reemplazarlo por la ya prevista regla de clausura dentro de nuestro sistema, contenida en el art. 69 CP, manteniendo el carácter retribucionista que la individualización de la pena siempre ha tenido en nuestro sistema, pero ampliando las facultades judiciales en ello, provocando una tensión con el derecho a la legalidad penal, al sustituir unos parámetros objetivos (como los contenidos en los arts. 65 a 69 CP), por otros indeterminados en su forma de operar, como los expresados en el nuevo art. 449 CP y difícilmente controlables en su aplicación.

Pero éste último no es un problema propio del abigeato, sino que ha pasado a ser común a todos los delitos contra la propiedad.

En el caso del tipo penal que analizamos, un problema específico y adicional se presenta por la doble valoración de las modificatorias a que deberían conducir las normas en comento. Así, si la "pena en abstracto" para el abigeato es la pena en concreto para el respectivo delito base, ello implica que las modificatorias deben valorarse para determinar esa pena en concreto. Lo anterior, debido a que el art. 448 ter CP dispone que la pena que debe aumentarse en un grado para imponerla en el abigeato es la del delito base "Una vez determinada la pena que correspondería a los autores, cómplices y encubridores..." del delito base. Esa determinación debe efectuarse conforme al art. 449 CP, dentro del cual, deben valorarse las modificatorias. Luego que se determine la pena en abstracto para el abigeato (previo al aumento de un grado), deberían aplicarse nuevamente las reglas previstas en el art. 449 CP, es decir, volver a valorar las modificatorias, toda vez que esta disposición dispone expresamente que la determinación e individualización de la pena del abigeato también queda comprendido dentro de ella.

Este problema se agudiza en los casos en los que la pena abstracta del delito base sea una compuesta por dos o más grados de pena, como ocurre en el robo en sitio no destinado a la

habitación o en los robos con violencia o intimidación. Si tomamos como ejemplo un abigeato en el que el delito base sea un robo en sitio no destinado a la habitación, la pena para el abigeato obliga a aplicar las modificatorias sobre la pena en abstracto del delito base. En nuestro ejemplo, y supuesto que ninguna de esas circunstancias modificatorias son la reincidencia propia, el tribunal tiene el amplio margen compuesto por los quinientos cuarenta y un días hasta los cinco años de presidio que comprende el marco penal abstracto del delito base (art. 443 CP con relación al art. 442 CP). Una vez determinada de esta forma la pena, el tribunal debe aumentarla en un grado (art. 448 ter CP) y la determinación del quantum específico debe hacerlo conforme al art. 449 CP y, para ello, debería valorar nuevamente las modificatorias, cuestión que no sería problemática con relación a las atenuantes, pero sí con respecto a las agravantes, porque ello implicaría una infracción al principio de proporcionalidad. En este punto, deberían volver a valorarse las modificatorias, porque lo contrario significaría decir que el tribunal puede fijar el quantum específico de la pena sólo en atención a su propia decisión, lo que implicaría admitir un supuesto de decisionismo judicial en esta parte.

Para salvar este problema, el sistema puede interpretarse sosteniendo que la pena del abigeato es un aquella aumentada un grado en específico después de individualizada en concreto la pena del delito base. Así, en nuestro ejemplo, si el tribunal determinara la pena específica con relación al delito base en tres años (techo máximo del primer grado de la pena del marco del robo en sitio no destinado a la habitación), al aumentarla en un grado, debería aplicar cinco años, que sería el aumento de un grado manteniendo la decisión inicial de aplicar el límite superior del grado que corresponda. A través de esta vía interpretativa se soluciona el problema de la doble valoración de las modificatorias y de la eliminación del espacio sin regulación legal, pero entonces, no tiene sentido la inclusión del abigeato dentro de los delitos respecto de los cuales se aplica el art. 449 CP. En otras palabras, que si la decisión del legislador es que el aumento de un grado de pena para el abigeato se haga sobre la base de la pena en concreto e individualizada para el delito base, el abigeato debió haberse excluido del ámbito del art. 449 CP, siendo suficiente la regla del inciso primero del art. 448 ter CP.

3.5.2. La punibilidad de los casos asimilados a abigeato

Considerando que en los *casos asimilados* a abigeato la conducta típica se desprende o autonomiza de la respectiva figura de hurto o robo, ya que el legislador las define por sí mismas, la cuestión problemática se centra en que la referencia penológica sólo se prevé para los casos en los que el sujeto activo haya verificado un hurto o un robo (abigeato propiamente tal), de modo que surge el interrogante si esta remisión es, de alguna forma, también aplicable a las formas asimiladas; o si, por el contrario, para éstas el legislador no ha previsto pena alguna, generándose un caso de conducta típica sin pena asignada.

Si se tiene certeza que el sujeto activo hurtó o robó un animal, se aplican las penas previstas para estos con el aumento obligatorio, siendo innecesario el recurso a las formas asimiladas. Pero, en cambio, las conductas que calzan en estas descripciones alternativas sólo cuando no se conozca que haya sido el sujeto activo quien verificó el respectivo hurto o robo. En este aspecto, la prueba sobre la forma de apropiación del animal no sirve como

fundamento suficiente para imputarle la conducta propia de abigeato, si no se tienen antecedentes sobre la participación de éste en aquellas.

Así, por ejemplo, si sólo se conoce procesalmente que (a) “un sujeto transporta un animal en terreno ajeno”, la conducta es típica de esta forma asimilada de abigeato. Sin embargo, como ella no está vinculada con un hurto o un robo, al menos en la conducta que se conoce respecto del sujeto activo, no puede imponérsele la pena prevista para el abigeato propiamente tal, quedando esta conducta sin pena posible de aplicar. Si se conociera que el mismo sujeto activo fue quien hurtó el animal a su dueño, la conducta se desplazaría inmediatamente del caso asimilado al abigeato propiamente, aplicándose alguna de las penas previstas en el art. 446 CP.

Si, adicionalmente, se conociera procesalmente que (b) “el animal que el sujeto transporta le fue previamente hurtado a su legítimo dueño”, la tipicidad de la conducta –en principio– no se alteraría, sino que seguiría siendo encuadrable en el abigeato asimilado.

Si refundimos los enunciados fácticos (a) y (b) anteriores, se obtiene: (c) “el sujeto transporta (tiene en su poder) un animal (especie) hurtado en terreno ajeno”.

Como la ley califica el hurto de ciertos animales como *abigeato*, entonces el enunciado (c) puede ser expresado: (c₂) “el sujeto tiene en su poder en un terreno ajeno una especie objeto de abigeato”.

Este enunciado (c₂), además de encuadrar en esta forma asimilada de abigeato, lo hace también en la descripción de una figura penal distinta: la receptación (art. 456 bis A CP), supuesto que el conocimiento efectivo o potencial del sujeto activo sobre el origen ilícito de la especie que porta corresponde a la exigencia de dolo directo o eventual.

Como el abigeato propiamente tal requiere una identificación absoluta entre quien hurta o roba un animal y ese objeto, los casos asimilados no pueden caer en esa descripción. En la receptación, en cambio, la identidad entre el objeto y su origen ilícito no es absoluta, en el sentido que el tipo penal sólo requiere que el objeto tenga un origen ilícito y que el sujeto activo haya actuado, al menos, con dolo eventual respecto de esa circunstancia, sin requerir, desde luego, que haya sido el mismo sujeto activo el que lo sustrajo.

La diferencia entre estos dos tipos penales que permite que la receptación opere como tipo residual de las formas asimiladas a abigeato, radica en la forma en que ambos han sido contruidos.

De esta forma, el sujeto que tiene en su poder una especie hurtada lo hace sabiendo o no pudiendo menos que conocer su origen ilícito, la tipicidad de la conducta se desplaza del abigeato a la de la receptación.

Si, en cambio, el sujeto activo transporta un animal en terreno ajeno y, adicionalmente, no se conoce si dicho animal fue hurtado o sustraído (no se puede probar), se llega a una hipótesis de no punibilidad porque, aunque la conducta es típica, ésta no tiene pena. Este

caso no puede ser reconducido a la receptación por desconocerse uno de sus elementos: el origen ilícito del animal.

En el concurso (aparente) que se forma por la concurrencia de ambos tipos penales, la receptación es la norma desplazante, única y exclusivamente, porque es la única que tiene una pena prevista.

4. La justificación

La pregunta por la legitimación se relaciona con la búsqueda de los argumentos que fundamenten la ingente preocupación que nuestro legislador le ha otorgado al abigeato materializado en sus modificaciones y proyectos de reforma.

Asimismo, también de aquellos argumentos que le den sustento al reforzamiento de la protección penal de la propiedad materializada en animales. Con la actual agravación penológica de aplicación obligatoria prevista para este delito, sus marcos penales en abstracto se muestran como absolutamente desproporcionados⁵⁷, si se considera, por ejemplo, que el grado inferior de la pena que le correspondería al robo con intimidación de un animal es igual al grado superior del homicidio simple (presidio mayor en su grado medio, si no se consideran circunstancias agravantes, porque en dicho caso, podría ser, incluso, superior a la del homicidio); o que la pena para el hurto de un animal supera con creces la de las lesiones menos graves⁵⁸. Lo anterior, entendiendo la proporcionalidad en sentido estricto, es decir, “si el sacrificio de intereses individuales que comporta la injerencia guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés colectivo que se trata de salvaguardar”⁵⁹.

El análisis de la legitimidad se efectúa desde la perspectiva de un modelo de justificación garantista.

4.1. El problema de la justificación

Las categorías de justificación *interna* y *externa* han sido desarrolladas por la doctrina a partir de los problemas que plantea la cuestión de la justificación de un modelo garantista de Derecho penal⁶⁰.

⁵⁷ Sobre la proporcionalidad de las penas como criterio estructurador en los delitos contra la propiedad, cfr. KÜNSSENMÜLLER LOEBENFELDER, Carlos, “Los principios cardinales del *ius puniendi* a la luz de algunos delitos contra la propiedad contemplados en el Anteproyecto de Código Penal redactado por el Foro Penal”, *Política Criminal* n° 1 (2006), A3, pp. 1-14(5).

⁵⁸ La desproporción actual de las penas de algunos de los delitos contra la propiedad se genera a partir de la reforma introducida por la ley N° 11.625 (Cfr. MERA FIGUEROA, Jorge. *Hurto y robo*, Santiago: Lexis Nexis, reimp. 2005, pp. 39-40).

⁵⁹ Cfr. VELÁSQUEZ, Fernando, *Derecho penal, parte general, tomo I*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2009, p. 121.

⁶⁰ El Derecho penal garantista es uno de los modelos de intervención penal que se han ideado para explicar y dotar de forma y contenido al Derecho penal como subsistema de control social. La *virtualidad limitada de sus objetivos*, su *reducido campo de actuación*, y su *alto grado de formalización* son características del Derecho penal garantista, cuyo auge actual “(...) sea explicable, no tanto el tratarse de un modelo de intervención penal que asume planteamiento *eclécticos* sobre la legitimación del Derecho penal, con el efecto

Éste, en tanto “técnica de *definición, comprobación y represión* de la desviación”⁶¹, tiene dos grandes grupos de costos que es necesario justificar. El primer grupo, que Luigi Ferrajoli llama *costes de justicia*, son aquéllos que se producen al restringirse las libertades de las personas:

“(…) la primera restricción consiste en la definición o *prohibición* de los comportamientos clasificados por la ley como desviados, y por tanto en una limitación de la libertad de acción de todas las personas. La segunda consiste en el sometimiento coactivo a *juicio* penal de todo aquel que resulte sospechoso de una violación de las prohibiciones penales. La tercera consiste en la represión o *punición* de todos aquellos a quienes se juzgue culpables de una de dichas violaciones.”⁶²

El segundo grupo, el *coste de las injusticias*, “depende del funcionamiento concreto de cualquier sistema penal”, constituido por aquellas personas que siendo materialmente culpables nunca se les impone una pena, hayan sido sometidos a juicio o no – *cifra de la ineficiencia*– y la *cifra de la injusticia*,

“(…) en la que se incluyen: *a)* los inocentes reconocidos como tales en sentencias absolutorias tras haber sufrido el proceso y en ocasiones la prisión preventiva; *b)* los inocentes condenados por sentencia firme y ulteriormente absueltos por sentencia firme a resultas de un procedimiento de revisión; *c)* las víctimas, cuyo número quedará siempre sin calcular –verdadera cifra negra de la injusticia–, de los errores judiciales no reparados.”⁶³

Así, *justificación externa* o *justificación* es “la legitimación del derecho penal por referencia a principios normativos externos al derecho positivo, es decir, a criterios de valoración morales o políticos o de utilidad de tipo extra o meta-jurídico”⁶⁴; mientras que la *justificación interna* o *legitimación en sentido estricto* hace referencia a “la legitimación del derecho penal por referencia a los principios normativos internos al ordenamiento jurídico mismo, esto es, a criterios de valoración jurídicos o si se quiere intrajurídicos.”⁶⁵

“La distinción coincide en lo sustancial con la tradicional entre *justicia* y *validez*. Se dirá entonces de un sistema penal, o de uno de sus institutos, o de una concreta aplicación del mismo, que son legítimos desde el punto de vista externo si se los considera ‘justos’ con arreglo a criterios morales, políticos, racionales, naturales, sobrenaturales u otros semejantes; se dirá por el contrario de ellos que son legítimos desde el punto de vista interno si se consideran ‘válidos’, es decir, conformes a las normas del derecho positivo que regulan su producción.”⁶⁶

aunador de voluntades que tales posturas suelen suscitar, cuanto porque se muestra escéptico respecto de las posibilidades del Derecho penal como instrumento de control social. Esta actitud es la que le permite entender la autolimitación tan característica del garantismo, expresiva menos de las interrelaciones recíprocas entre las diversas fuentes de legitimación que del deseo no agotar las potencialidades de cada una de ellas. (DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “El bien jurídico en un Derecho penal garantista”, *Jueces para la democracia, información y debate*, nº 30 (1997), p. 12).

Otros modelos están constituidos por las *tesis abolicionistas* y por la *ideología del tratamiento*.

⁶¹ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta, 1995, ed. cast., p. 209.

⁶² FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit. nota nº 61, p. 209.

⁶³ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit. nota nº 61, p. 210.

⁶⁴ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit. nota nº 61, p. 213.

⁶⁵ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit. nota nº 61, p. 213.

⁶⁶ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit. nota nº 61, pp. 213-214.

Pero el problema de la determinación de la justificación externa es más complejo en la medida que el análisis se aleja de la justificación basada en el terror de Estado: ¿dónde encontrar aquéllos criterios de valoración extra o meta-jurídicos? Desde el punto de vista jurídico, aquéllos criterios están codificados, es decir, positivizados, en la Constitución, afirmación solamente válida para las sociedades que han optado por un Estado de Derecho: la constitución democráticamente elaborada recoge los principios y valores de los grupos que actúan en el entramado social y político en un tiempo y un espacio determinados.

4.2. Los motivos

La búsqueda de la justificación –desde una perspectiva metodológica– la efectuaré partiendo por el material tangible, es decir, los *motivos declarados*, entendiendo por tales, aquellos que son expresados formalmente en las etapas de discusión parlamentaria.

Sin embargo, y tal como se expondrá, los motivos declarados son insuficientes, ya ellos dan cuenta de unos *motivos implícitos* o *tácitos*. Estos no se abordan en la discusión porque, todo parece indicar, se dan por conocidos y asumidos, de forma que su incorporación al discurso político parece inofensiva.

Por último, creo que existe aún un tercer grupo de motivos, los *motivos subyacentes*, que se relacionan con condicionantes culturales.

Estos tres grupos de motivos se analizan a continuación.

4.2.1. Los motivos declarados

Los motivos reseñados expresamente en las discusiones parlamentarias, dicen relación con la necesidad de *perfeccionar* el delito de abigeato, como cuando se ha señalado que la regulación que existió hasta antes de la Ley N° 20.090:

“(…) en nada disuade a los delincuentes que en bandas especializadas cometen abigeato como una manera de obtener regularmente ingresos ilegítimos. Es más, la práctica ordinaria consiste en carnear al animal en el potrero mismo, dejar allí los restos inservibles y llevarse la carne en un vehículo para ser comercializada en el mercado negro en condiciones higiénicas por lo demás peligrosas para la salud.

Ello aconseja perfeccionar tanto el tipo penal como las normas que regulan la investigación de estos delitos.”⁶⁷

Esta idea se reitera, con matices, en los demás proyectos de ley⁶⁸.

Conforme a los textos, la idea *perfeccionadora* de los autores de las respectivas Mociones no se enfoca en cuestiones de técnica legislativa sino que, en realidad, están haciendo referencia a la necesidad de buscar por vía legislativa un aumento de la eficacia del abigeato.

⁶⁷ Moción parlamentaria, número 3038-07, de 05.09.2002.

⁶⁸ Mociones parlamentarias, N° 3360-01, de 11.09.2003; y N° 3495-07, de 13.04.2004.

a) *El perfeccionamiento como eficacia de la norma de conducta*

Este argumento puede resumirse en que la norma de conducta (“no hurtar ni robar animales”) contenida en la agravación penológica para el abigeato “en nada disuade a los delincuentes que en bandas especializadas cometen abigeato como una manera de obtener regularmente ingresos ilegítimos”⁶⁹, de manera que “El robo o hurto de animales constituye una problemática que se ha ido incrementando en los últimos años, afectando a miles de propietarios de ganado de nuestro país.”⁷⁰

Dicha inquietud, conforme a lo declarado, se motiva en que “[e]l aumento desmedido del abigeato es un mal endémico en las regiones del sur”⁷¹, “tanto respecto a la ocurrencia de los delitos como al volumen de animales considerados.”⁷²

El problema radicaría, en la visión de los legisladores, no en la verificación del delito de abigeato, sino que en una supuesta tendencia al aumento que se habría registrado, tanto en su cantidad como en su entidad lesiva. Y, en definitiva, el argumento consiste en que el aumento del delito de abigeato se debería, en buenas cuentas, a la constatación de un déficit de eficacia primaria de la norma de modo que su *perfeccionamiento* debe estar orientado a conseguir el cumplimiento de la norma de conducta.

En principio, este método de fundamentación es perfectamente válido, tal como lo manifiesta José Angel Fernández:

“El proceso de legitimación de las leyes acude normalmente a la realidad social para justificar una determinada medida penal. De hecho, desde una perspectiva dinámica la realidad social suele constituir el punto de partida de cualquier decisión político criminal.”⁷³

Dado dicho carácter empírico, la validez del argumento depende de si efectivamente se ha registrado el pretendido aumento de abigeatos y cómo ha impactado el aumento de penas operado por la Ley N° 20.090; asimismo, el éxito de su mejora también debería ser empíricamente evaluable. A pesar de la naturaleza fáctica del argumento,

“Al discutir[se], la Comisión especial de seguridad ciudadana de la Cámara de Diputados acordó prescindir del trámite de las audiencias públicas, “dada la claridad de los objetivos perseguidos”, al paso que en el Senado se escuchó a un considerable número de asociaciones de ganaderos y agricultores del sur del país, pero ni una sola cifra que avalase el aumento del hurto de ganado.”⁷⁴

⁶⁹ Moción parlamentaria, N° 3038-07, 05.09.2002.

⁷⁰ Mensaje del Ejecutivo con el que se inició la discusión del proyecto de la Ley N° 20.596 (BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley N° 20.596*, cit. nota n° 48, p. 3).

⁷¹ Diputado Osvaldo Palma, discusión sala, sesión 13 de 08.08.2004, en BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley N° 20.090*, cit. nota n° 37, p. 36.

⁷² Moción parlamentaria, N° 3360.01.

⁷³ FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel, “Legitimación social de las leyes penales: límites y ámbitos de su aplicación”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2° semestre (2009), pp. 231-259(236).

⁷⁴ GUZMÁN DÁLBORA, José Luis, “Bosquejo y apreciación de la reciente reforma penal en Chile”, *Revista Procesal Penal*, n° 54 (2006), pp. 9 y ss.

NAVARRO, Roberto “Reformas al delito de abigeato: análisis de su legitimidad garantista y eficacia”.

De hecho, el propio Ejecutivo reconoció la inexistencia de datos empíricos de apoyo para evaluar la eficacia del aumento de las penas operado por la Ley N° 20.090:

“...cuyo impacto aún no es posible medir dado su escaso período de vigencia. Por ello, el Gobierno ha decidido evaluar la eficacia de dicho aumento de penas, antes de resolver sobre la conveniencia de una nueva elevación, valorando en todo caso, la voluntad de los parlamentarios para afrontar el problema.”⁷⁵

En el ámbito de los argumentos empíricos como criterio legitimador del contenido penal de la norma, el *principio de correspondencia* adquiere especial relevancia. En virtud de éste, la:

“...aproximación a la realidad puede realizarse de diversas maneras, como por ejemplo, a través de la intuición o de experiencias personales o de un determinado grupo, pero desde la perspectiva de la teoría de la legislación esta aproximación social debe sustentarse en un previo estudio empírico-social. Por tanto, estamos ante un nuevo contexto de racionalización del proceso de legitimación de las leyes penales: las decisiones político criminales deben sustentarse en la previa posesión de la información sobre la realidad social y en la autoconsciente decisión tomada en base a esa información.”⁷⁶

De esta forma, el argumento originalmente válido pierde muchas de sus posibilidades de actuar como criterio de legitimación, toda vez que el sustento fáctico de éste no existió.

Sentadas de esta forma las bases de la discusión, es fácil imaginarse a qué recurre el anhelado *perfeccionamiento*: al aumento de la penalidad del abigeato, que se materializó en el cambio del carácter jurisdiccionalmente facultativo de la agravación, como era hasta ese momento, a un aumento de pena obligatorio, calificada como “excelente medida”⁷⁷, pero que de todos modos no estuvo exenta de debate. En éste, subyacían las ideas de un derecho penal mínimo y de la proporcionalidad de las penas:

“(…) no cabe duda de que es importante todo lo que hagamos por defender los bienes jurídicos y materiales de la sociedad; pero la forma en que lo llevemos a cabo refleja el tipo de sociedad en que vivimos.

Por cierto, lo primero que deberíamos defender es la vida y el desarrollo sustentable de las personas, y, después, las cosas. Pero, muchas veces, tendemos a hacerlo al revés: generalmente, protegemos y valoramos más las cosas que las personas, lo que tiene relación con las visiones societales que tenemos los diferentes actores políticos. Por eso, estamos insertos en un debate en que se defienden y se valoran más -repito- las cosas.

(…) Lo curioso es que, hasta ahora, no he escuchado ningún argumento válido que legitime tal posición. No me vengan a decir que la diferencia está en que los seres humanos nos alimentamos con ellos y por eso se deben defender con más fuerza, porque al momento de

⁷⁵ Mensaje del Ejecutivo con el que se inició la discusión del proyecto de la Ley N° 20.596 (BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley N° 20.596*, cit. nota n° 48, p. 4).

⁷⁶ FERNÁNDEZ CRUZ, “Legitimación social de las leyes penales: límites y ámbitos de su aplicación”, cit. nota n° 73, p. 236.

⁷⁷ Diputado Guillermo Ceroni, discusión en sala, Cámara de Diputados, sesión n° 37 de 02.09.2004, 351ª Legislatura, en BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley N° 20.090*, cit. nota n° 37, p. 56.

transarse en el mercado son una mercancía más que permite enriquecerse a los empresarios, gracias a su esfuerzo y al hecho de haber emprendido una actividad económica. En el mercado no se valora más a un bien de consumo humano que a una máquina.”⁷⁸

A pesar de la elocuencia del contraargumento, el debate terminó cerrándose a favor del aumento obligatorio:

“A algunos señores diputados no les gusta el aumento de las penas, pero, lamentablemente, ésta es la única forma de terminar o morigerar un delito tan común en nuestros campos.

Las indicaciones aprobadas [aumento obligatorio, entre otras] recogen el sentir no sólo de los autores de las distintas mociones, sino de todos quienes se dedican a la crianza de animales y que han sido objeto de robo.”⁷⁹

El principio de *intervención mínima* constituye uno de los criterios metajurídicos de legitimación externa del derecho penal que se expresa dogmáticamente en el carácter fragmentario y de *ultima ratio* de éste, según el cual:

“(…) sólo se legitima la criminalización de un hecho si la misma constituye medio necesario para la protección de un determinado bien jurídico. Si otras formas de sanción se revelan como suficientes para la tutela de ese bien, la criminalización es incorrecta. Solamente si la sanción penal fuera el instrumento indispensable de protección jurídica es la que misma se legitima.”⁸⁰

La intervención mínima (que tuvo durante la tramitación pocos adherentes⁸¹) tiene, como filtros, los criterios materiales de *necesidad y utilidad* de la intervención penal, en virtud de los cuales debe recurrirse al orden penal cuando: *a)* Exista una lesión de un bien jurídico, es decir, un interés elevado al rango de interés protegido por el legislador penal; *b)* El recurso al orden penal sea necesario en términos tales que el Derecho penal se presente como la única vía jurídica capaz de brindar protección a un determinado bien jurídico y; *c)* La vía penal se muestre como una forma de protección *eficaz* del bien jurídico de que se trate⁸².

⁷⁸ Diputado Juan Pablo Letelier, discusión en sala, Cámara de Diputados, sesión nº 13 de 08.07.2004, 351ª Legislatura, en BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley Nº 20.090*, cit. nota nº 37, p. 29.

⁷⁹ Diputado Pedro Muñoz, discusión en sala, Cámara de Diputados, sesión nº 37 de 02.09.2004, 351ª Legislatura, en BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley Nº 20.090*, cit. nota nº 37, p. 50.

⁸⁰ LUISI, Luiz, *Os principios constitucionais penais*, Porte Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 25.

⁸¹ “Lamentablemente, la única forma de abordar el problema es modificando el Código Penal. Entendemos que es una normativa general que muchas veces no se adecua a los casos tan particulares como el delito de abigeato que ocurre en sectores campesinos, que presenta singularidades difíciles de entender por las señoras diputadas y señores diputados que no representan distritos rurales. Quiero que me crean cuando les digo que, hoy, este delito es de alta ocurrencia y, debido a las dificultades para efectuar su denuncia -que resolveremos mediante el proyecto- no hay constancia de esa realidad. Reitero que hay inconvenientes para que un agricultor pueda realizar la denuncia correspondiente, para constituir pruebas y, finalmente, los tribunales no aplican en forma adecuada la legislación. Por el proyecto se pretende hacer más eficaz la acción de la justicia, de la policía y la forma cómo las víctimas podrán constituir plenas pruebas para que se sancione a los autores de este delito.” (Diputado Carlos Recondo, discusión en sala, Cámara de Diputados, sesión nº 13 de 08.07.204, en BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley Nº 20.090*, cit. nota nº 37, p. 35.)

⁸² Cfr. VELÁSQUEZ, *Derecho penal, parte general, tomo I*, cit. nota nº 59, p. 116.

Hasta donde conozco, no es posible establecer una relación directamente proporcional entre nivel de pena/eficacia de la norma, ni en el plano dogmático, ni criminológico generales; y en particular, respecto del abigeato.

Una mirada histórica demuestra que las variaciones estadísticas de persecución penal por este delito no necesariamente van unidas a aumentos o disminuciones de pena:

“En 1861 la situación no varió mayormente, pues el abigeato seguía siendo el delito con mayor número de presos (46%), lo seguían los relacionados con los atentados contra la propiedad, robos (11%), hurto calificado (7%) y hurto simple (19%), los que en total llegaban a un 37% de los presos, el homicidio solo contaba un 3%. En 1862 estas cifras continuaron la tendencia, pues el abigeato constituyó el 32% del total de delitos sancionados y el homicidio solo un 8%, mientras que los robos (14%), el hurto calificado (5%) y el hurto simple (19%) en total contabilizaban un 38% de los presos de ese año. Si nos damos cuenta, la suma de los presos por robos y hurtos sobrepasaban el porcentaje de los abigeos encarcelados. La tendencia a la declinación del castigo por abigeato adquiere mayor notoriedad cuando drásticamente, en 1863, el porcentaje de individuos presos por dicho delito cae a un 1% (igual que el de los "homicidios"), en tanto el de "hurtos y robos" suma 32% de la población carcelaria, solo sobrepasado por aquellos que cometieron "faltas de policía", que constituían un 34% del total de presos.

(...) en ese mismo lapso [1859-1863] fue notoria la fuerte caída de los sujetos apresados por abigeato (29% en 1859 e incluso un 46% en 1861, a un 1% en 1863). La lectura que podemos hacer de este fenómeno es que posiblemente hubo una transformación en la tipificación del delito de abigeato y no necesariamente una baja en la comisión de este. A pesar que la ley de 7 de agosto de 1849 establecía el castigo de quienes hurtaran ganado y considerase el abigeato como un delito de particular gravedad, se pudo llegar a entender este acto dentro de los hurtos y robos, nomenclatura que posiblemente se haya privilegiado a la hora de castigar a los abigeos, por la mayoría de los jueces.”⁸³

De esta forma, entonces, si lo que se pretende es lograr unos mayores niveles de efectividad de la norma a través del aumento de su sanción, la imposibilidad de verificar la existencia de dicha relación produce como consecuencia que esta decisión legislativa no es teóricamente *útil* (ni se ha sido demostrada su utilidad), de manera que ella implica una afectación del principio de intervención mínima. Estudios criminológicos con base empírica estarían en condiciones de demostrar la validez de esta afirmación, pero en el plano dogmático, ésta sí tiene correlato lógico.

Adicionalmente, no existen en la historia de la ley, registros que den cuenta del debate respecto del impacto penológico que la agravación planteada provocó en el principio de proporcionalidad, la que, a mi juicio, se rompe considerando la pena prevista para delitos que afectan bienes jurídicos de carácter personalísimos de primer orden, como la vida o la integridad física.

⁸³ ROJAS, Mauricio, “Entre la legitimidad y la criminalidad: el caso de “aparaguayamiento” en Concepción, 1800-1850”, *Historia*, n° 40 (julio-diciembre 2007), pp. 419-444 (427-428). El “aparaguayamiento” consiste en el hurto de uso de bienes, de acuerdo a lo expuesto por este autor, expresión que parece haber caído en el desuso cotidiano; y la voz encuentra recogida ni en el Diccionario de la Lengua Española (de la Real Academia Española), ni en el Diccionario de uso del español de Chile (de la Academia Chilena de la Lengua).

b) *El perfeccionamiento como eficacia de la norma sancionatoria*

La preocupación por los supuestos escasos niveles de eficacia, conforme a lo argumentado en la discusión parlamentaria, se proyectan también a los de la norma sancionatoria, es decir, la confirmación de la vigencia de la norma de un modo contrafáctico⁸⁴ a través de su aplicación por el sistema de persecución penal. En este caso, el *perfeccionamiento* se pretendió lograr a través de la incorporación en el CP de normas tendientes a la generación de medios de prueba, que tienen impacto en el proceso penal, tales como las marcas puestas en los animales, la exigencia de documentación tributaria o del formulario de movimiento animal) para el transporte de animales (art. 448 quáter CP), otras modificaciones al CPP en materia de flagrancia y entrada y registro en lugares cerrados y otras disposiciones administrativas.

Dado que el impacto de estas *mejoras* se manifiesta en el ámbito de la persecución efectiva⁸⁵, es decir, en la labor investigativa y en el proceso penal, estas cuestiones escapan al objeto de este trabajo.

Sólo baste decir que los casos asimilados a abigeato construidos como presunciones, podrían prestar en este punto sus mejores servicios, ya que éstas permitirían la detención en supuestos de flagrancia, conforme a los arts. 129 y 130 CPP. Sin embargo, dicha utilidad es solamente aparente.

Lo anterior, en primer lugar, porque esta figura de flagrancia es superflua respecto de las conductas que son “típicas” de estos casos asimilados y, a la vez, de receptación, ya que la detención también podría operar respecto de este segundo delito. Y, en segundo lugar, porque respecto de los casos que encuadran sólo dentro de los casos asimilados (y no del abigeato propiamente tal), pero no en la receptación, la detención no se justifica, ya que ese caso deberá ser desestimado por el sistema de persecución al no tener pena aplicable, siendo dicha detención, por tanto, sólo policialmente útil, pero reprochable desde la perspectiva de la vigencia efectiva de la libertad personal.

4.2.2. Los motivos implícitos

El segundo grupo, el de los *motivos implícitos*, está compuesto por argumentos que, aunque formalmente expresados en la discusión parlamentaria, no se esgrimieron como fundamentos inmediatos de la necesidad de agravar la pena del abigeato. Estos se relacionan con el impacto de esta conducta típica en la economía de las personas que viven en el campo⁸⁶.

⁸⁴ Cfr. OSSANDÓN WIDOW, *La formulación de tipos penales*, cit. nota nº 51, p. 360.

⁸⁵ “Este es un buen proyecto porque aumenta las penas y sanciona de manera mucho más severa a quienes cometen el delito de hurto y robo de animales. Además, agiliza las investigaciones, que actualmente quedan entrampadas porque Carabineros y los mismos jueces no pueden actuar. Lo mismo ocurre con el comiso de especies transportadas, cuando no se puede probar su origen” (Diputado Osvaldo Palma, discusión en sala, Cámara de Diputados, sesión nº 37 de 02.09.2004, 351ª Legislatura, en BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley Nº 20.090*, cit. nota nº 37, p. 52).

⁸⁶ En el mismo sentido, OLIVER CALDERÓN, *Los delitos contra la propiedad*, cit. nota nº 9, p. 403.

NAVARRO, Roberto “Reformas al delito de abigeato: análisis de su legitimidad garantista y eficacia”.

Conforme a éste, la sustracción de animales produciría una grave afectación en las economías familiares y en los capitales de trabajo:

“Mucha gente de los sectores rurales tiene todo su capital invertido en uno o dos animales. Por tanto, el robo de uno de ellos les significa una pérdida total o de parte de su capital, que ha atesorado durante gran parte de su vida.⁸⁷

El trasfondo del proyecto no es simplemente aumentar las penas ni defender a nadie en particular. Es algo de absoluta justicia. ¿O acaso quienes viven del campo no tienen derecho a que se les protejan sus bienes? Son miles los pequeños agricultores que esperan que se apruebe el proyecto lo más luego posible, de manera que no les sigan robando sus animales.⁸⁸

Por el proyecto se pretende, precisamente, proteger a las personas, pero a aquellas que a diario trabajan y producen honestamente en los campos: a los campesinos, a los pequeños agricultores, que son los principales afectados por este delito; no afecta a los grandes ganaderos. Cuando a un pequeño campesino o agricultor le roban una cabeza de ganado, una vaca o un ternero, le quitan una parte muy importante de su patrimonio; por lo tanto, son los más perjudicados.⁸⁹

(...) existe conciencia cabal de que la utilidad que las especies animales objeto material de estos atentados delictivos le prestan a sus propietarios no se mide sólo por su valor comercial sino, en forma especial, en el caso de las economía campesinas y de los pequeños propietarios, por la privación de un soporte relevante para la reproducción de su modo de existencia y de ordenación de su economía doméstica, efecto que se ahonda con la percepción de que la recurrencia creciente del abigeato, además de interrumpir el normal desenvolvimiento de su existencia, en la mayor parte de los casos termina con la impunidad de sus autores.”⁹⁰

Esta vía de legitimación del abigeato también ha encontrado sustento, como lo sostiene Alfredo Etcheberry, para quien la agravación se justifica “en la utilidad de las especies animales sobre las cuales recae”⁹¹. Guillermo Oliver rechaza expresamente este argumento como criterio de legitimación⁹² y Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez plantean dudas sobre la constitucionalidad de la protección penal reforzada del abigeato concluyen en asignarle una legitimidad provisional, “por la particular desprotección en que [los animales] se encuentran generalmente en los campos, donde sólo en contadas ocasiones se guarnecen en lugares cerrados.”⁹³

⁸⁷ Diputado Eugenio Tuma, discusión en sala, Cámara de Diputados, sesión n° 13 de 08.07.2004, 351ª Legislatura, en BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley N° 20.090*, cit. nota n° 37, p. 28.

⁸⁸ Diputado René García, discusión en sala, Cámara de Diputados, sesión n° 13 de 08.07.2004, 351ª Legislatura, en BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley N° 20.090*, cit. nota n° 37, p. 31.

⁸⁹ Diputado Carlos Recondo, discusión en sala, Cámara de Diputados, sesión n° 13 de 08.07.2004, 351ª Legislatura, en BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley N° 20.090*, cit. nota n° 37, p. 35.

⁹⁰ Senador Sergio Romero, Informe de la Comisión de Agricultura del Senado, segundo trámite constitucional, de 30.03.2005, en BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley N° 20.090*, cit. nota n° 37, p. 74.

⁹¹ ETCHEBERRY, *Derecho penal*, cit. nota n° 3, p. 352.

⁹² OLIVER CALDERÓN, *Los delitos contra la propiedad*, cit. nota n° 9, p. 404.

⁹³ MATUS/RAMÍREZ, *Lecciones PE II*, cit. nota n° 3, p. 100.

Se tiene razón cuando se afirma que la sustracción de animales puede provocar la ruina de una persona. Pero la validez de esa afirmación no es suficiente para legitimar una intervención penal como la aprobada respecto del abigeato, tanto por el problema que plantea la pregunta sobre el (des)conocimiento del sujeto activo de esa consecuencia de su acción (dolo), como porque la relación (abigeato/ruina del afectado) no debería, razonablemente, generalizarse a todos los casos, dado que dicha relación es sólo potencial.

En efecto, al igual que la crítica que se ha efectuado de la determinación de la pena en el hurto asociada al valor de lo sustraído⁹⁴, “creador de verdaderos bolsones de responsabilidad objetiva”⁹⁵, el conocimiento del sujeto activo sobre la producción de la ruina del patrimonio del afectado por su conducta no debería razonablemente esperarse en todos los casos, de forma que el argumento último para aumentar el injusto del abigeato produce, en concreto en cada caso judicial, serios problemas de legitimidad. No se trata que en cada caso pueda predicarse que el sujeto activo haya actuado sin dolo, por desconocer que con su conducta provocaba la ruina del afectado, ya que este elemento no forma parte del tipo, por lo que el conocimiento sobre éste no es exigible para la imputación subjetiva. Si no que se trata de un problema que escapa a la teoría del delito: como el argumento legitimador del mayor injusto no es esperable en todos los casos, menos podemos esperar que el sujeto activo lo asuma, lo reconozca y lo conozca en cada caso particular. A diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en el homicidio, en el que todos compartimos una idea aproximada, pero bastante cercana del valor de la vida; o del valor de la propiedad, en el caso de los delitos que afectan este bien jurídico.

Por otro lado, los casos en los que el patrimonio del afectado sólo se ve mermado marginal o escasamente por la conducta apropiatoria, escapan absolutamente del argumento que se pretende legitimador del mayor injusto, de modo que en estos no es predicable la razón de la protección reforzada de la propiedad los animales.

Y aunque se vencieran todos los obstáculos anteriores, queda aún un interrogante sin responder: ¿por qué buena razón proteger reforzadamente la propiedad sólo de los animales?⁹⁶ La experiencia muestra que hay una serie de otros bienes que tienen un precio de mercado sensiblemente mayor al de los animales, aun en los que se utilizan en las actividades agrícolas, como las maquinarias de uso agrícola y los que conforman los sistemas eficientes de riego; y otros, cuya sustracción representa un lucro cesante incuantificablemente mayor que el precio de los animales en dichas actividades, como la sustracción de las semillas o los fertilizantes. Y aun fuera de las actividades agrarias, los ejemplos anteriores se reproducen exponencialmente.

⁹⁴ MERA FIGUEROA, *Hurto y robo*, cit. nota n° 58, p. 102.

⁹⁵ KÜNSENMÜLLER LOEBENFELDER, “Los principios cardinales del *ius puniendi*”, cit. nota n° 57, p. 5.

⁹⁶ Cuestionando la constitucionalidad de esta protección reforzada, OLIVER, para quien “dicha tutela penal resulta altamente criticable desde el punto de vista de la igualdad, ya que también existen otras actividades productivas, tanto o más importantes que la ganadera para el desarrollo nacional, que no se ven “favorecidas” con esta mayor protección...” (OLIVER CALDERÓN, “Vulneraciones de derechos fundamentales” cit. nota n° 27, p. 27).

El planteamiento de este interrogante pareciera sugerir que la protección reforzada de la propiedad que brinda el abigeato debería extenderse a otros bienes, ya sea aplicados a actividades agrícolas o no. Pero la respuesta es definitivamente negativa: la protección en general que el legislador penal brinda a la propiedad (que podría caracterizarse como *reforzada* respecto de otros bienes jurídicos) es suficiente (sino ya desproporcionada).

4.2.3. Los motivos subyacentes

El tercer grupo de motivos, los que he denominado *subyacentes*, dicen relación con caracteres culturales formados desde los primeros años de nuestra vida independiente, levemente esbozados en la discusión parlamentaria y que miran al conjunto de relaciones que se generaron a propósito de la propiedad de la tierra como principal elemento capitalizador en los siglos XVIII y XIX:

“Este debate tiene que ver más con la cultura campesina y con la tradición oligárquica de América Latina y también de Chile, en que se defiende más a la tierra y a los animales que a las personas y a otros bienes. Sin duda, este proyecto de ley está inserto en ese contexto, y les pido a los colegas que hagan una reflexión profunda, por cuanto aquí existe un trasfondo cultural respecto de lo que se quiere defender. La discusión no debe ser si apropiarse de un animal es o no es correcto. Apropiarse de lo ajeno siempre es incorrecto y debe ser sancionado. Pero una cuestión son los vacíos legales y otra muy distinta la forma de resolverlos, en este caso, tal vez del todo equivocada.”⁹⁷

Como explica Mauricio Rojas⁹⁸, la concepción burguesa de la propiedad que confiere a su titular facultades excluyentes de toda otra ingerencia o interferencia era propia de las elites de la sociedad chilena, que se contraponía a una concepción con un fuerte tinte comunitarista sobre el dominio a que adscribía la mayoría desposeída de la sociedad, de forma que:

“[a] medida que grupos ligados a los hacendados se instalan en las esferas de poder, se enfatiza aquella legislación referida a la protección de la propiedad privada, redundando en la mayor proliferación de causas por abigeato, las cuales constituyen uno de los principales delitos sancionados por la justicia hasta mediados del siglo XIX.”⁹⁹

Aunque la Lei de hurto de animales de 22.07.1837 suprimió la pena de muerte para el abigeato que preveía la legislación castellana, no deja de ser sintomática su dictación. Si se piensa en la construcción (material y normativa) de un nuevo estado recién independizado, es razonable presumir que los escasos recursos existentes en ese momento hayan sido empeñado en los asuntos más urgentes. Lo anterior, lleva a pensar que la protección penal de la propiedad de los animales haya sido uno de esos asuntos urgentes, respecto de los cuales era imperioso dictar normas de conducta como una reacción de la oligarquía –y de sus concepciones– que comenzaban a dar forma al naciente Chile.

⁹⁷ Diputado Juan Pablo Letelier, discusión en sala, Cámara de Diputados, sesión n° 13 de 08.07.2004, 351^a Legislatura, en BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley N° 20.090*, cit. nota n° 37, pp. 29-30.

⁹⁸ ROJAS, “Entre la legitimidad”, cit. nota n° 83, p. 427.

⁹⁹ ROJAS, “Entre la legitimidad”, cit. nota n° 83, p. 427.

En el plano político, la importancia radicaba en que “la acción de los abigeos –en particular cuando se vinculan con el bandolerismo– se dirija a contravenir o claramente destruir la autoridad de la elite (...)”¹⁰⁰, mientras que en el económico,

“[e]s la pobreza, la vagancia, la falta de trabajo y la existencia de patrones culturales no depurados por la educación, el ambiente propicio para que “gente del pueblo” cometa tales delitos. De esta manera, se reconoce de manera explícita, por parte de la elite, la presencia de comportamientos propios de los sectores subalternos que debe ser transformados, no sin antes ser criminalizados.”¹⁰¹

Las cuestiones antes esbozadas parecen subyacer a los argumentos formalmente declarados en la discusión parlamentaria y ellos podrían deberse, en el mejor de los casos, a una especie de inercia histórica; y en el peor de los casos, a una edición actualizada de la estructura de relaciones sociales propia del siglo XX.

5. Conclusiones

1. A pesar del esfuerzo del legislador, manifestada en la serie copiosa de proyectos de ley y modificaciones legales, no se ha conseguido estructurar un sistema justificado, o, al menos, completo y coherente con relación a la protección penal de la propiedad sobre los animales que conforman ganado.
2. Para la justificación de las sucesivas modificaciones legales, se ha recurrido, en primer lugar, a un argumento de naturaleza empírica, consistente en el aumento de los hurtos y robos de animales en las actividades agrícolas y campesinas. A pesar de la naturaleza contrastable de éste, en las discusiones parlamentarias nunca se ha exhibido, no ya un estudio estadístico con valor científico, sino que al menos, un conjunto de datos fiables sobre el pretendido aumento.
3. En segundo lugar, y también con naturaleza empírica, se ha pretendido justificar la protección reforzada en los efectos económicos perversos que el abigeato tendría en la economía agraria. Al igual que en el caso anterior, no se ha contado en la discusión parlamentaria con datos, sean fiables o no, sobre el impacto real de la conducta ilícita. Asimismo, tampoco se ha fundamentado porqué ese impacto sólo se produciría respecto de la sustracción de animales, y no de otros elementos utilizados comúnmente en las faenas agrícolas, como maquinarias o insumos. Ello implicaría una aceptación tácita del legislador de que la economía agraria nacional se basa en métodos y procesos productivos escasamente tecnificados, es decir, que la actividad agrícola se realiza en las mismas condiciones que en el siglo XIX, momento histórico en el que dicha protección reforzada podría haber sido esperable.
4. Supuesto que lo que se protege reforzadamente es la propiedad sobre los animales respecto de personas en cuyas economías precarias estos representan una parte importante de su capital de vida o de trabajo, ello implica establecer una

¹⁰⁰ ROJAS, Mauricio, “Abigeato y economía en la provincia de Concepción 1820-1850”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, n° 20 (2008), pp. 115-131 (119).

¹⁰¹ ROJAS, “Abigeato y economía”, cit. nota n° 100, p. 119.

discriminación arbitraria: mientras el legislador otorga protección reforzada a esas personas, desconoce la misma situación en la que viven otras personas, en la que elementos comunes como una bicicleta o un triciclo, por señalar algunos a modo ejemplar, representan también una importante parte de su patrimonio, cuya sustracción no sólo produce un alto daño emergente, sino que también un considerable lucro cesante.

5. Aunque formalmente se desecha, existe la posibilidad de que el legislador, en realidad, haya estado pensando en proteger reforzadamente la propiedad sobre bienes de lujo representados por animales de fina sangre. O, por otro lado, que dicha protección sea un resabio cultural del reforzamiento por parte del Estado de una concepción de la propiedad privada individual excluyente de componentes comunitarios.
6. Cualquiera fuere la explicación, real o declarada, lo cierto es que la regulación pretendida por el legislador rompe el principio de proporcionalidad de las penas, al no encontrarse una justificación que explique la desproporción penológica para el hurto o robo de animales.
7. A partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.090, el abigeato no es un tipo autónomo, sino que corresponde a una agravación penológica para el hurto o el robo de caballos o bestias de silla o carga, o especies de ganado mayor, menor o porcino.
8. La deficiente técnica legislativa utilizada en materia de abigeato ha condicionado su ineficacia en tanto norma secundaria o sancionatoria, al impedirse –por sus propios defectos internos– su aplicación judicial cuando la norma primaria no ha sido capaz de disuadir la ejecución de las conductas por ella descritas (ineficacia en tanto norma primaria o de conducta)¹⁰².
9. La ineficacia del tipo penal se manifiesta en las conductas asimiladas a abigeato, respecto de las cuales, la ley no ha previsto una pena a aplicar. De esta forma, la receptación se presenta como un tipo residual de estas conductas, en virtud del cual pueden sancionarse algunas de ellas.
10. Una reforma *tecnificadora* del abigeato que busque aumentar su eficacia debería considerar el establecimiento de una pena específica para los casos asimilados; aunque una reforma *racionalizadora*, que busque la eficacia del sistema penal en su conjunto, debería prescindir de esas descripciones. Lo anterior, tanto porque la agravación penológica carece de una justificación políticocriminal, como porque su contenido típico queda comprendido dentro del ámbito de la descripción de la receptación siendo, por tanto, superflua.

¹⁰² OSSANDÓN WIDOW, *La formulación de tipos penales*, cit. nota n° 51, p. 360.

ANEXO

A continuación se presenta la evolución cronológica del contenido del abigeato.

Código Penal (texto original)		Vigencia: 01.03.1875
Art. 449. Si el robo o el hurto fuere cometido en lugar destinado al ejercicio de un culto permitido en la República i los objetos sustraídos estuvieren también destinados a dicho culto, se aplicarán respectivamente a los malhechores las penas superiores en un grado a las que les hubieren correspondido sin estas circunstancias. La misma regla se observará, en cuanto a la imposición de las penas, en los casos de robos o hurtos de caballos o bestias de silla o carga, de ganado mayor o menor.		
Decreto ley Nº 26		Vigencia: 16.06.1932
Derogó art. 449 CP	Texto:	Art. 449. Derogado.
Ley Nº 5.507		Vigencia: 09.11.1934
Restituye la vigencia del inciso segundo del art. 449 CP	Texto:	Art. 449: [inciso primero, derogado] La misma regla se observará, en cuanto a la imposición de las penas, en los casos de robos o hurtos de caballos o bestias de silla o carga, de ganado mayor o menor.
Ley Nº 6.873		Vigencia: 14.04.1941
Se agrega como inciso segundo del art. 432 CP: "No obstante, la apropiación de los animales a que se refiere el inciso 2.º del artículo 449 cuya cuantía exceda de ciento cincuenta pesos, se castigará en todo caso como robo".	Texto:	Art. 449: [inciso primero, derogado] La misma regla se observará, en cuanto a la imposición de las penas, en los casos de robos o hurtos de caballos o bestias de silla o carga, de ganado mayor o menor.
Ley Nº 11.183		Vigencia: 10.06.1953
Se sustituye el art. 449 CP	Texto:	Art. 449: En los casos de robos o hurtos de vehículos, de caballos o bestias de silla o carga, de ganado mayor o menor o porcino, se aplicarán respectivamente a los autores, cómplices y encubridores las penas superiores en un grado a las que les hayan correspondido sin la circunstancia de tratarse de la sustracción de animales.

	<p>La misma regla se observará en cuanto a la imposición de las penas en los casos de robos o hurtos de animales o aves, que se mantengan en viveros, criaderos o terrenos cercados.</p> <p>Cuando la pena conste de dos o más grados el aumento establecido en el inciso primero se hará después de determinarse la pena que habría correspondido al reo con prescindencia de la expresada circunstancia.</p> <p>La regla del inciso primero de este artículo se observará también en los casos previstos en el artículo 448, si se trata de animales o aves comprendidos en los incisos anteriores.</p> <p>Será castigado en la forma señalada en este artículo, el que beneficie o destruya las especies a que él se refiere para apropiarse solamente de partes de ella.</p> <p>El que se apropie de las plumas, pelos, crines o cerdas de animales ajenos, esquilándolos o cortándoles las plumas, pelos, crines o cerdas, será castigado con presidio menor en su grado mínimo a medio.</p>
<p>Se derogó el inciso segundo del art. 432 CP.</p>	

<p>Ley N° 13.303</p>	<p>Vigencia: 31.03.1959</p>
<p>Se hace facultativa la agravación penológica</p>	<p>Texto:</p> <p>Art. 449: En los casos de robos o hurtos de vehículos, de caballos o bestias de silla o carga, de ganado mayor o menor o porcino, podrán ser aplicadas respectivamente a los autores, cómplices y encubridores las penas superiores en un grado a las que les hayan correspondido sin la circunstancia de tratarse de la sustracción de animales.</p> <p>La misma regla se observará en cuanto a la imposición de las penas en los casos de robos o hurtos de animales o aves, que se mantengan en viveros, criaderos o terrenos cercados.</p> <p>Cuando la pena conste de dos o más grados el aumento establecido en el inciso primero se hará después de determinarse la pena que habría correspondido al reo con prescindencia de la expresada circunstancia.</p> <p>La regla del inciso primero de este artículo se observará también en los casos previstos en el</p>

	<p>artículo 448, si se trata de animales o aves comprendidos en los incisos anteriores. Será castigado en la forma señalada en este artículo, el que beneficie o destruya las especies a que él se refiere para apropiarse solamente de partes de ella.</p>
Ley Nº 17.727	Vigencia: 27.09.1972
Se suprimió el inciso segundo del art. 449 CP	<p>Texto: Art. 449: En los casos de robos o hurtos de vehículos, de caballos o bestias de silla o carga, de ganado mayor o menor o porcino, podrán ser aplicadas respectivamente a los autores, cómplices y encubridores las penas superiores en un grado a las que les hayan correspondido sin la circunstancia de tratarse de la sustracción de animales. Cuando la pena conste de dos o más grados el aumento establecido en el inciso primero se hará después de determinarse la pena que habría correspondido al reo con prescindencia de la expresada circunstancia. La regla del inciso primero de este artículo se observará también en los casos previstos en el artículo 448, si se trata de animales o aves comprendidos en los incisos anteriores. Será castigado en la forma señalada en este artículo, el que beneficie o destruya las especies a que él se refiere para apropiarse solamente de partes de ella.</p>
Ley Nº 20.090	Vigencia: 11.01.2006
Se modificó el art. 449 CP eliminando las referencias a los animales. Se agregó § 4 bis.	<p>Texto: § 4 bis. Del Abigeato Art. 448 bis. El que robe o hurte uno o más caballos o bestias de silla o carga, o especies de ganado mayor, menor o porcino, comete abigeato y será castigado con las penas señaladas en los Párrafos 2, 3 y 4. Art. 448 ter. Una vez determinada la pena que correspondería a los autores, cómplices y encubridores de abigeato sin el requisito de tratarse de la sustracción de animales y considerando las circunstancias modificatorias de</p>

responsabilidad penal concurrentes, el juez deberá aumentarla en un grado.

Cuando las especies sustraídas tengan un valor que exceda las cinco unidades tributarias mensuales, se aplicará, además, la accesoria de multa de diez a cincuenta unidades tributarias mensuales.

Si la pena consta de dos o más grados, el aumento establecido en el inciso primero se hará después de determinar la pena que habría correspondido al imputado, con prescindencia del requisito de tratarse de la sustracción de animales.

Será castigado como culpable de abigeato el que beneficie o destruya una especie para apropiarse de toda ella o de alguna de sus partes.

La regla del inciso primero de este artículo se observará también en los casos previstos en el artículo 448, si se trata de animales comprendidos en el artículo anterior.

Art. 448 quáter. Se presumirá autor de abigeato aquél en cuyo poder se encuentren animales o partes de los mismos, referidos en este Párrafo, cuando no pueda justificar su adquisición o legítima tenencia y, del mismo modo, al que sea habido en predio ajeno, arreando, transportando, manteniendo cautivas, inmovilizadas o maniatadas dichas especies animales. El porte, en dichas circunstancias, de armas, herramientas o utensilios comúnmente empleados en estas faenas, se castigará de conformidad con lo establecido en el artículo 445.

Las marcas registradas, señales conocidas, dispositivos de identificación individual oficial registrados ante el Servicio Agrícola y Ganadero u otras de carácter electrónico o tecnológico puestas sobre el animal, constituyen presunción de dominio a favor del dueño de la marca o señal.

Para los efectos previstos en el inciso primero, en los casos de traslado de animales o de partes de

	<p>los mismos, realizado en vehículos de transporte de carga, Carabineros de Chile deberá exigir, además de la guía de libre tránsito, la boleta, factura o guía de despacho correspondiente, a efectos de acreditar el dominio, posesión o legítima tenencia de las especies. Ante la imposibilidad de acreditar dicho dominio, posesión o legítima tenencia, según corresponda, por carecer de los mencionados documentos o por negarse a su exhibición, los funcionarios policiales se incautarán de las especies, sus partes y del medio de transporte, dando aviso a la fiscalía correspondiente para el inicio de la investigación que proceda y al Servicio de Impuestos Internos ante un eventual delito tributario.</p> <p>Art. 448 quinquies. El que se apropie de las plumas, pelos, crines, cerdas o cualquier elemento del pelaje de animales ajenos, por cualquier medio que ello se realice, será castigado con presidio menor en sus grados mínimo a medio.</p>
--	---

Ley Nº 20.596	Vigencia: 04.07.2012
Modificó los arts. 448 bis, 448 ter, 448 quáter y 448 quinquies; y agregó el art. 448 sexies.	<p>Texto:</p> <p>§ 4 bis. Del Abigeato</p> <p>Art. 448 bis. El que robe o hurte uno o más caballos o bestias de silla o carga, o especies de ganado mayor o menor, comete abigeato y será castigado con las penas señaladas en los Párrafos 2, 3 y 4.</p> <p>Asimismo, se considerará autor del delito de abigeato al que sin el consentimiento de quienes pueden disponer del ganado:</p> <p>1°. Altere o elimine marcas o señales en animales ajenos.</p> <p>2°. Marque, señale, contramarque o contraseñale animales ajenos.</p> <p>3°. Expida o porte certificados falsos para obtener guías o formularios o haga conducir animales ajenos sin estar debidamente autorizado.</p>

Art. 448 ter. Una vez determinada la pena que correspondería a los autores, cómplices y encubridores de abigeato sin el requisito de tratarse de la sustracción de animales y considerando las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal concurrentes, el juez deberá aumentarla en un grado y aplicará, en todo caso, la pena de comiso en los términos del artículo 31 de este Código.

Cuando las especies sustraídas tengan un valor que exceda las cinco unidades tributarias mensuales, se aplicará, además, la accesoria de multa de setenta y cinco a cien unidades tributarias mensuales.

Si la pena consta de dos o más grados, el aumento establecido en el inciso primero se hará después de determinar la pena que habría correspondido al imputado, con prescindencia del requisito de tratarse de la sustracción de animales.

Será castigado como autor de abigeato el que beneficie o destruya una especie para apropiarse de toda ella o de alguna de sus partes.

La regla del inciso primero de este artículo se observará también en los casos previstos en el artículo 448, si se trata de animales comprendidos en el artículo anterior.

Art. 448 quáter. Se castigará como autor de abigeato a aquel en cuyo poder se encuentren animales o partes de los mismos referidos en este Párrafo, cuando no pueda justificar su adquisición o legítima tenencia y, del mismo modo, al que sea habido en predio ajeno, arreando, transportando, manteniendo cautivas, inmovilizadas o maniatadas dichas especies animales. El porte de armas, herramientas o utensilios comúnmente empleados para el faenamiento de animales por quien no diere descargo suficiente de su tenencia, se castigará de conformidad a lo establecido en el artículo 445.

Las marcas registradas, señales conocidas,

dispositivos de identificación individual oficial registrados ante el Servicio Agrícola y Ganadero u otras de carácter electrónico o tecnológico puestas sobre el animal, constituyen presunción de dominio a favor del dueño de la marca o señal.

Para los efectos previstos en el inciso primero, en los casos de traslado de animales o de partes de los mismos, realizado en vehículos de transporte de carga, Carabineros de Chile deberá exigir, además del formulario de movimiento animal, la boleta, factura o guía de despacho correspondiente, a efectos de acreditar el dominio, posesión o legítima tenencia de las especies. Ante la imposibilidad de acreditar dicho dominio, posesión o legítima tenencia, según corresponda, por carecer de los mencionados documentos o por negarse a su exhibición, los funcionarios policiales se incautarán de las especies, sus partes y del medio de transporte, dando aviso a la fiscalía correspondiente para el inicio de la investigación que proceda, al Servicio de Impuestos Internos ante un eventual delito tributario, a la autoridad sanitaria competente para que instruya sumario sanitario y al Servicio Agrícola y Ganadero para determinar la eventual existencia de infracciones a la normativa agropecuaria.

Art. 448 quinquies. El que se apropie de las plumas, pelos, crines, cerdas, lanas o cualquier elemento del pelaje de animales ajenos, por cualquier medio que ello se realice, será castigado con presidio menor en sus grados mínimo a medio.

Art. 448 sexies. Los vehículos motorizados o de otra clase, las herramientas y los instrumentos utilizados en la comisión del delito de abigeato, caerán en comiso.

Durante el curso del procedimiento dichos bienes serán incautados de conformidad a las reglas generales, sin perjuicio del derecho establecido en el artículo 189 del Código Procesal Penal.

BIBLIOGRAFÍA

- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la Ley N° 20.090*, Santiago: 2006, p. 36, en http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5519/HLD_5519_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf (visitado diciembre de 2016).
- CARRARA, Francesco, *Programa del curso de derecho criminal*, Bogotá: Temis, 1988.
- CURY URZÚA, Enrique, *Derecho penal, parte general*, Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 8ª ed., 2005.
- DE RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel, “Comentario preliminar al Código Penal”, en: POLITOFF, Sergio; ORTIZ, Luis (Dirs.), *Texto y comentario del Código Penal Chileno, tomo I*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002.
- _____, *Código Penal de la República de Chile y Actas de las sesiones de la Comisión Redactora con un estudio preliminar*, Valparaíso: Edeval, 1974.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “El bien jurídico en un Derecho penal garantista”, *Jueces para la democracia, información y debate*, n° 30 (1997).
- ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense*, Valencia: Imprenta de J. Ferrer de Orga. 1838.
- ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho penal, parte especial, tomo III*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 3ª ed., 1997.
- FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel, “Legitimación social de las leyes penales: límites y ámbitos de su aplicación”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2º semestre (2009), pp. 231-259.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta, 1995, ed. cast.
- GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal. Tomo I. Parte general*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2ª ed., 2005.
- _____, *Derecho penal. Tomo IV. Parte especial*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 3ª ed., 2005.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid: Marcial Pons, 2009.
- GUZMÁN DÁLBORA, José Luis, “Bosquejo y apreciación de la reciente reforma penal en Chile”, *Revista Procesal Penal*, n° 54 (2006), pp. 9 y ss.
- HARRIS BUCCHER, Gilberto, “Humanitarismo audiencial en una causa criminal por abigeato en el Reino de Chile, 1774”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, núm. XIX (1997), pp. 143-151.
- ILABACA BECKER, Arturo, *El delito de abigeato, Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Santiago: Editorial Universitaria, 1954.
- KÜNSENMÜLLER LOEBENFELDER, Carlos, “Los principios cardinales del *ius puniendi* a la luz de algunos delitos contra la propiedad contemplados en el Anteproyecto de Código Penal redactado por el Foro Penal”, *Política Criminal*, n° 1 (2006), A3, pp. 1-14.
- LABATUT GLENA, Gustavo, *Derecho penal, tomo II*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 6ª ed., 1977.

- LAVÍN AHUMADA, Julio, *Jurisprudencia de los delitos de hurto y abigeato, Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Santiago: Universidad de Chile, 1947.
- LUIZI, Luiz, *Os principios constitucionais penais*, Porte Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Curso de derecho penal, parte general I*, Madrid: Editorial Universitatis, 1996.
- MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte especial*, Talca: Editorial de la Universidad de Talca, 2002.
- _____, *Lecciones de derecho penal chileno. Parte especial*, tomo II, Santiago: Thomson Reuters, 3ª ed., 2015.
- MAÑALICH, Juan Pablo, “El principio *ne bis in ídem*”, *Revista de Estudios de la Justicia*, nº 15 (2011), pp. 139-169.
- MENDONCA, Daniel. “Presumptions”, *Ratio Iuris*, vol. 11, nº 4 (1998), pp. 399-412(399). En castellano, bajo el título “Presunciones”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del derecho*, núm. 21 (1998), en https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10383/1/doxa21_05.pdf (visitado diciembre de 2016).
- MERA FIGUEROA, Jorge. *Hurto y robo*, Santiago: Lexis Nexis, reimp. 2005.
- OLIVER CALDERÓN, Guillermo, “Vulneraciones de derechos fundamentales en la regulación de los delitos de hurto y robo”, *Revista de derechos fundamentales*, nº 8 (2012), pp. 15-44.
- _____, *Los delitos contra la propiedad*, Santiago: Thomson Reuters, 2013.
- OSSANDÓN WIDOW, Magdalena, *La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los Instrumentos de Técnica Legislativa*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 2009.
- POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, *Los elementos subjetivos del tipo penal*, Buenos Aires: Editorial B de F, 2ª ed. 2008.
- POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de derecho penal chileno. Parte especial*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2ª ed., 2005.
- ROJAS, Mauricio, “Abigeato y economía en la provincia de Concepción 1820-1850”, *Revista Chilena de Historia del Derecho*, nº 20 (2008), pp. 115-131.
- VÁSQUEZ DÍAZ, Víctor, *Jurisprudencia de los delitos de hurto y abigeato*, Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Santiago: Universidad de Chile, 1948.
- VELÁSQUEZ, Fernando, *Derecho penal, parte general, tomo I*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2009.
- VILANOVA Y MAÑES, Senén, *Materia criminal forense o tratado universal teórico y práctico de los delitos y delinquentes en género y especie, para la segura y conforme expedición de las causas de esta naturaleza*, París: Librería Hispano-Francesa de Rosa, 1827.