

LAS REFORMAS A LOS DELITOS CONTRA LA VIDA HUMANA
AUTÓNOMA Y DE HURTO Y ROBO EN LOS PROYECTOS DE 2005 Y 2014¹

CARLOS KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER
Universidad Gabriela Mistral

SUMARIO: I. Los delitos contra la vida humana autónoma en los textos seleccionados. II. Los delitos de hurto y robo en los textos seleccionados. III. El proyecto 2014 prevé los tipos penales de robo y hurto violento.

PALABRAS CLAVE: Delitos contra la vida, Robo, Hurto, Delitos violentos

I. LOS DELITOS CONTRA LA VIDA HUMANA AUTÓNOMA
EN LOS TEXTOS SELECCIONADOS

Como cuestión previa deseo expresar que mis observaciones respecto del Anteproyecto de Código Penal de 2005 no se apoyan únicamente en la revisión del texto, sino principalmente en la participación en la Comisión Foro Penal que tuve el honor de integrar. En lo concerniente al proyecto del gobierno del Sr. Piñera, ingresado al parlamento en marzo de 2014, y que se basa en el anteproyecto elaborado por la Comisión Redactora convocada por el Ministerio de Justicia, mis observaciones fluyen del estudio de los documentos dados a conocer.

Estimo que es importante tener en cuenta, cuando se quiere hablar de reformas a nuestra legislación punitiva, que el Código Penal de 1874 es el más antiguo de habla castellana, al que sólo lo sobrepasaba el Código Penal español de 1848 —el llamado generalmente Código de Pacheco— pero en 1995 España se dio un código penal enteramente nuevo.

Chile es uno de los pocos países que conserva en el siglo XXI un código promulgado en el siglo XIX y que por añadidura —otra excepción en el mundo hispanoamericano— es el único que hemos tenido.

1. El Anteproyecto de Código Penal chileno, preparado por el Foro Penal, cuya labor culminó a fines del año 2005, con la entrega del texto completo (Parte General y Parte Especial) al Supremo Gobierno de la época, sitúa los delitos de homicidio y lesiones en el Primer Título del Libro Segundo del Código, “asu-

¹ Conferencia impartida en el III Encuentro de Derecho Penal en la Finis Terrae (*¿Domini Quo Vadis? Tertia in Tempore Forum*), organizado por el Ministerio Público de la Región de Magallanes y Antártica Chilena (Punta Arenas, 25 y 26 de septiembre de 2014).

miendo –expresa la Secretaría Técnica– que la vida y la salud son dos de los bienes jurídicos que en la actualidad pueden estimarse de los más valiosos, sino los que más, como parece reflejarse en la sistemática de las obras de nuestros autores, y también en la de los recientes Códigos español y francés”². El texto de 2014 sigue igual criterio, iniciándose el Libro Segundo con los delitos contra la vida y la salud.

2. En el ámbito de los tipos penales tuteladores de la vida humana autónoma se proponen modificaciones sustanciales –algunas reclamadas por la doctrina desde hace largo tiempo– en varios importantes aspectos, los que, dadas las limitaciones propias de este comentario, sólo podemos revisar brevemente³.

3. La ubicación dada a estas infracciones por la Comisión Redactora en el Título VIII, del Libro II, denominado “Delitos contra las personas”, siguió el criterio del Código Penal belga, entendiendo la mejor doctrina nacional que dichos delitos protegen el bien jurídico vida independiente, para diferenciarlos del delito atentatorio de la vida humana dependiente –aborto– que por razones históricas se regula en el Título VII del Código⁴. Sabemos que es opinión dominante en nuestra doctrina la de que el delito de aborto, en cuanto agresión a la vida humana en gestación, debería estar regulado precisamente en el apartado de los delitos contra la vida humana y no en el que se ubica desde 1874. Así lo hace el proyecto 2014.

La propuesta innovadora respecto del viejo Código, que sitúa en primer término los delitos contra los intereses colectivos del país o de sus miembros, guarda plena concordancia con el parecer de la doctrina y las regulaciones de códigos modernos⁵. El StGB alemán mantiene aún la sistemática decimonónica, situando, en primer plano, los delitos contra el Estado y la sociedad y, en uno segundo, los atentados contra la vida y demás derechos individuales. Sin embargo, las exposiciones de los autores comienzan por los delitos contra la vida, que encabezan el Título “Delitos contra los valores de la personalidad”⁶ y lo propio hacen nuestros autores en sus

² Texto propuesto por la Secretaría Técnica del Foro Penal, Libro II, Título I, del homicidio y las lesiones, I. Del homicidio. Fundamento, pp. 8-9.

³ Por todos, NOVOA ALDUNATE, Eduardo, Delitos contra la vida y la salud en el Anteproyecto de Nuevo Código Penal, exposición en el primer ciclo de conferencias sobre el Anteproyecto de Código Penal, Universidad de Las Américas año N° 5 (2007), pp. 235 y ss.

⁴ POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial (Santiago 2005), p. 21.

⁵ NOVOA ALDUNATE, Eduardo, Delitos contra la vida y la salud en el Anteproyecto de Nuevo Código, ob. cit., p. 235.

⁶ WESSELS, Johannes, Strafrecht Besonderer Teil - 1, 6. Auflage (Heidelberg, 1982); OTTO, Harro, Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte, Dritte Auflage (Berlín, 1991).

obras generales, Alfredo Etcheberry, Mario Garrido Montt y Sergio Politoff, Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez.

4. El Título I del Libro II del Anteproyecto se denomina *del homicidio y las lesiones*, evitando no sólo la denominación actual, sino también otras, como “delitos contra la vida individual”, para desentenderse de los debates teóricos que han suscitado esos términos, en directa vinculación con las discrepancias sobre el comienzo de la vida y el surgimiento de una persona. Comprende el homicidio, la inducción o auxilio al suicidio y las lesiones.

En el proyecto de 2014, el Título I del Libro Segundo lleva por título *delitos contra la vida y la salud* y comprende el homicidio, el femicidio, el homicidio intrafamiliar, el homicidio a requerimiento, el auxilio y omisión de evitación del suicidio, el infanticidio, el homicidio imprudente, el maltrato y las lesiones, la omisión de socorro, el aborto, embarazo no consentido y lesiones al feto.

5. El tipo de homicidio mantiene la descripción del comportamiento como “matar a otro” en ambas propuestas y se clasifica en simple, calificado y a ruego o requerimiento; el criterio tradicional, de establecer un tipo básico, denominado homicidio y otro agravado, denominado asesinato, es seguido por varios códigos europeos, p. ej., el español, el italiano y el francés; entre los latinoamericanos pueden mencionarse los de Brasil y Perú. No obstante, un criterio divergente es el utilizado por el código austríaco, que contempla un tipo básico de asesinato (*Mord*), respecto del cual el homicidio es una modalidad privilegiada⁷. También en el derecho anglosajón encontramos la distinción entre *murder* y *manslaughtei*”, teniendo carácter básico el primero y sentido residual el segundo. Algunos autores españoles defienden, de *lege ferenda*, este punto de vista⁸.

Si bien el cuerpo legal que se pretende reemplazar no utiliza la expresión *homicidio calificado*, ésta tiene carácter dominante⁹. Algunos autores prefieren la denominación de *asesinato*, tradicional en la legislación española y en varios Códigos que la han seguido, por su mayor carga de significado, en cuanto al disvalor involucrado, aludiendo a su origen histórico, vinculado fundamentalmente a una conducta traicionera¹⁰. Nuestro Código también sigue este modelo, pero se separa

⁷ KÜNSEMÜLLER, Carlos, Delitos contra la vida, en *Problemas Actuales de Derecho Penal*, (2003), pp. 115 y ss.

⁸ SANZ MORÁN, Ángel José, Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida, en *ADPCP, T. XLVIII, Fasc. III*, (1995), pp. 783 y ss.

⁹ ETCHEBERRY, Alfredo, Derecho Penal T. III (Santiago, 2004), p. 52.

¹⁰ POLITOFF, Sergio, BUSTOS, Juan y GRISOLÍA, Francisco, Derecho Penal Chileno, Parte Especial (Santiago, 1971), p. 149; POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ María Cecilia, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial, ob. cit., p. 59, nota al pie N° 99.

del mismo cuando establece como tipos autónomos el parricidio y el infanticidio, que no son meros derivados del tipo básico de homicidio¹¹.

6. La baja penalidad asignada en el Código vigente al homicidio simple, que lesiona el bien jurídico fundamental vida humana independiente, en comparación a las penas previstas en el Derecho Comparado y a las asignadas a otros delitos de muy inferior gravedad, con las recientes reformas legislativas, es la premisa que sustenta el incremento de la pena vigente en el Anteproyecto. El homicidio simple se castiga con reclusión mayor en su grado medio, de modo que “queda un espacio (la reclusión mayor en su grado mínimo), para sancionar aquellos hechos graves que se consideren merecedores de pena de crimen, pero que no tengan la gravedad del homicidio, al no perderse la vida de un ser humano, según expuso la Secretaría Técnica en la fundamentación¹². Esta pena es la que precisamente introduce la ley N° 20.779, de reciente entrada en vigencia.

En el proyecto de 2014, se mantiene en general la misma sanción actual para el homicidio simple, 6 a 15 años, posición desbordada por la tendencia político criminal imperante, recogida en la ley ya citada.

El homicidio calificado está sancionado con la pena de reclusión mayor en su grado máximo, es decir, 15 años y un día a 20 años en el Anteproyecto y con 10 a 20 años de prisión en el proyecto de 2014, pero se suprime el presidio perpetuo como extremo superior, sanción que desaparece totalmente del catálogo de penas, al igual que “las penas privativas de libertad excesivamente prolongadas, de las cuales se ha dicho que son absolutamente inútiles a los fines de prevención especial y un castigo que podría llegar a considerarse, atendidas las reales condiciones carcelarias, tanto o más cruel que morir”¹³. Así lo ha expresado el profesor Matus, refiriéndose al texto del Foro Penal.

7. De las actuales circunstancias calificantes del homicidio, subsisten únicamente tres en el Anteproyecto: alevosía, premio o promesa remuneratoria y ensañamiento, siguiendo el sistema del Código español. El empleo de veneno se consideró comprendido en la alevosía, como ya lo había señalado la doctrina, y la premeditación conocida queda eliminada, para evitar la confusión con el dolo homicida –“directo reforzado”– y la colisión que, a juicio de alguna doctrina, se produce con el texto del artículo 63 del Código vigente, contenido en el artículo 44 del Anteproyecto¹⁴.

¹¹ KÜNSEMÜLLER, Carlos, Delitos contra la vida, en *Problemas Actuales de Derecho Penal*, ob. cit., p. 120.

¹² Texto propuesto por la Secretaría Técnica (nota 2), Homicidio simple, Fundamento, p. 10.

¹³ MATUS, Jean Pierre, El sistema de penas vigente a la luz del borrador para una propuesta sobre un posible sistema de penas en una futura reforma penal, sobre la base de acuerdos adoptados entre la 8ª y la 17ª sesión del Foro Penal, en *Problemas Actuales de Derecho Penal* (2003), pp. 267 y ss.

¹⁴ NOVOA ALDUNATE, Eduardo, Delitos contra la vida y la salud en el Anteproyecto de Nuevo Código, ob. cit., p. 236.

Se agrega una cuarta circunstancia que supone, en el caso del Anteproyecto, la perpetración de un homicidio con motivo u ocasión de la comisión de otro delito, para facilitar su ejecución, en el acto de cometerlo o después de cometido, para favorecer su impunidad, debiendo aplicarse el máximo de la pena prevista, cuando el homicidio se perpetre con motivo u ocasión de delitos especialmente graves, como secuestro, sustracción de menores, torturas, robo o violación¹⁵. El proyecto de 2014 incorpora como calificante la comisión de un homicidio para facilitar o encubrir la comisión de otro delito.

La alevosía continúa incluida en el listado de agravantes generales del Anteproyecto, con la misma definición actual: “obrar a traición o sobre seguro”. En tal virtud, resulta plenamente aplicable la interpretación doctrinaria y jurisprudencial: actuar a traición significa ocultar el autor sus verdaderas intenciones y aprovecharse de la confianza que tal ocultamiento produce en la víctima¹⁶. El proceder sobre seguro implica ocultamiento del cuerpo o de los medios ejecutivos, de manera que al momento de concretar el hecho, el autor se encuentre exento de riesgo¹⁷, representándose generalmente a través de las acciones de “emboscarse”, “acechar” y otras formas equivalentes. En ambas hipótesis, es decisiva la creación o búsqueda dolosa del estado de indefensión del agredido –“ánimo alevoso”–, no bastando una superioridad e inferioridad preexistentes, salvo que el hechor se haya aprovechado de esa situación para cometer el delito, como p. ej., si espera que la víctima se halle sola para atacarla o aleja a quienes podrían socorrerla¹⁸. En el proyecto de 2014, la alevosía no figura en la nómina de agravantes generales y el art. 212, sobre homicidio calificado, reza: con alevosía, entendiéndose que la hay cuando se obra a traición o provocando la indefensión de la víctima.

La calificante de “cometerlo por premio o promesa remuneratoria” es reemplazada en el proyecto de 2014, “por codicia”, fórmula que resulta más amplia y no requiere de un pacto o acuerdo de voluntades entre quien encomienda el homicidio y quien lo ejecuta.

¹⁵ Si bien se utiliza la fórmula caracterizadora de varios delitos complejos actualmente legislados, “con motivo u ocasión” –robo calificado, secuestro, sustracción de menores– se evita esa estructura típica pluriofensiva, asimilando el caso al homicidio calificado.

¹⁶ ETCHEBERRY, Alfredo, Derecho Penal T. III, ob. cit., pp. 59 y ss.; POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ María Cecilia, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial, ob. cit., pp. 60 y ss.

¹⁷ LABATUT GLENA, G. y ZENTENO, Julio, Derecho Penal, T. II (Santiago, 2006), p. 166.

¹⁸ POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ María Cecilia, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial, ob. cit., p. 61; SCA Concepción, GT 1939, II, 119; GARRIDO MONTT, Mario, Derecho Penal, T. III (Santiago, 2007), p. 56; KÜNSEMÜLLER, Carlos, Delitos contra la vida, en *Problemas Actuales de Derecho Penal*, ob. cit., p. 126.

El ensañamiento sigue definido como “aumentar inhumana y deliberadamente el dolor al ofendido”, de modo que las observaciones de la doctrina nacional mantienen su plena vigencia¹⁹. Algunos autores españoles han cuestionado la inclusión de esta circunstancia, porque aquí estaríamos en presencia de una pura característica del ánimo, por más que la definición legal del concepto incorpore simultáneamente referencias objetivas, relativas al modo de ejecución (aumentando deliberada e inhumanamente el dolor al ofendido), pues el dato decisivo reside en la “actitud espiritual del autor reflejada en el hecho”, es decir, “la brutalidad reflejada en la forma de ejecución”²⁰. No obstante, la persistencia del ensañamiento es una constante en los sucesivos proyectos de nuevo Código Penal²¹.

En el proyecto chileno más reciente se postula que ante la concurrencia de pluralidad de circunstancias calificantes se considerará cualquiera para calificar el homicidio y se estimarán las demás como agravantes, tomándose así partido por una de las fórmulas propuestas en la doctrina, respaldada por alguna jurisprudencia. A este respecto, varios autores –Etcheberry, Politoff, Bustos y Grisolia– y varias sentencias sostienen la opinión contraria, de acuerdo con la cual, las varias circunstancias concurrentes califican el delito, ya que todas forman parte del tipo y no es aceptable considerar a alguna o algunas como agravantes generales, porque se infringe la prohibición del artículo 63 del Código Penal.

8. Una modificación de particular relevancia propuesta en el Anteproyecto, es la supresión del parricidio, respaldada por la opinión mayoritaria del Foro, en cuanto a su difícil justificación más allá del reproche moral por atentar contra los vínculos de sangre o los lazos de confianza mutua derivados del matrimonio o, incluso, del concubinato²². “La supresión del parricidio como figura autónoma no es un tema fácil en nuestro medio, pero la proposición se sitúa en la orientación de los códigos europeos más importantes”²³.

En la doctrina hispana, Rodríguez Devesa había reparado hace varias décadas, que la independencia del parricidio, como delito *sui generis*, respecto al homici-

¹⁹ ETCHEBERRY, Alfredo, Derecho Penal T. III, ob. cit., p. 67; POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial, ob. cit., pp. 67-68; GARRIDO MONTT, Mario, Derecho Penal, T. III, ob. cit., p. 61.

²⁰ SANZ MORÁN, Ángel José, Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida, ob. cit., p. 810; ALONSO ÁLAMO, M. El sistema de las circunstancias del delito, Estudio General (Valladolid, 1981), p. 660.

²¹ SANZ MORÁN, Ángel José, Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida, ob. cit., p. 810.

²² NOVOA ALDUNATE, Eduardo, Delitos contra la vida y la salud en el Anteproyecto de Nuevo Código, ob. cit., p. 236.

²³ Comentario de los profesores Carlos Künsemüller y Karin Künsemüller, en Materiales de Discusión Foro Penal, Parte Especial, Unidad 1 (Delitos contra la vida y la salud).

dio, si bien está asentada en los códigos desde 1848, ya se encontraba en el código de 1822, tendencia no exenta de críticas, encabezadas por Groizard²⁴. Un grupo significativo de legislaciones atribuye al vínculo de parentesco o matrimonio entre autor y víctima, el carácter de calificante del homicidio, renunciando a mantener al parricidio como título independiente de imputación²⁵.

Si bien la crítica a la subsistencia de esta figura es entre nosotros de antigua data²⁶, Garrido Montt defiende su existencia, no sólo por una mayor culpabilidad, sino también por un mayor injusto, relacionándola con la protección constitucional de la familia, en cuanto “núcleo fundamental de la sociedad”²⁷. Este mismo punto de vista lo sustenta Cerezo Mir, en España, acompañado de algún discípulo, aludiendo genéricamente al mayor contenido de injusto y, en concreto, al desvalor de acción, dado que “la muerte de un pariente supone la infracción de deberes jurídicos específicos que existen entre los padres e hijos y entre los cónyuges”²⁸. Desechando la agravación por el mayor injusto, otros comentaristas afirman que el parricidio agrava por razones de culpabilidad, su presencia como tipo autónomo conduce a una presunción legislativa irrefragable (*iuris et de iure*) de mayor culpabilidad, la que, sin embargo, entraría en contradicción con las investigaciones empíricas del campo del parricidio, que hablan de un fenómeno de criminalidad por crisis o por conflicto, donde el contenido de la reprochabilidad aparece normalmente atenuado²⁹. La eliminación del parricidio en el Código Penal alemán de 1941, tuvo su origen directo en la crítica que hacía mucho tiempo habían expresado autores como Liszt y Holtendorff. Esta reforma influyó en otros textos legales, como el austríaco y el suizo, sosteniendo Eser que la cualificación de la muerte de parientes en general y de la muerte de los ascendientes en particular está hoy completamente superada³⁰.

²⁴ RODRÍGUEZ DEVESA, José María, Derecho Penal Español, Parte Especial (Madrid, 1975), pp. 51 y ss.

²⁵ Vid. los códigos citados en RODRÍGUEZ DEVESA, José María, Derecho Penal Español, Parte Especial, ob. cit., p. 51.

²⁶ POLITOFF, Sergio, Nota a sentencia, en *RCP*, T. XXIV, N° 3, (1965), p. 236.

²⁷ GARRIDO MONTT, Mario, Derecho Penal, T. III, ob. cit., p. 71.

²⁸ GRACIA MARTÍN, Luis, en DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, GRACIA MARTÍN, Luis (editores), Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad (Valencia, 1993), p. 153.

²⁹ SANZ MORÁN, Ángel José, Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida, ob. cit., pp. 816-817.

³⁰ SANZ MORÁN, Ángel José, Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida, ob. cit., p. 817; ESER, Albin y KOCH, Hans-Georg, Die vorsätzlichen Tötungsbestände-Eine reformpolitisch - rechtsvergleichende Struktur - und Kriterienanalyse, en *ZStW* (1980), pp. 491 y ss.

El Proyecto español de 1994 reintroduce el parricidio, del que prescindía el Proyecto de 1992, sobre la base de que basta con la aplicación de los tipos de homicidio o asesinato, como uno más de los casos de homicidio cualificado, criterio que acoge el Código de 1995, coincidiendo con la opinión de Torío López, para quien “ha pasado el tiempo histórico de la existencia” de esta figura delictiva³¹.

En cuanto a proposiciones legislativas de reforma en este ámbito, cabe mencionar el proyecto de ley contenido en el Boletín N° 2661, de la Cámara de Diputados, ingresado en 2001, que insta por la eliminación del parricidio de nuestro ordenamiento penal, acogiendo de este modo la tendencia dominante en el Derecho Comparado, según se advirtió en líneas anteriores. En coherencia con lo anterior, el proyecto introduce una nueva calificante en el homicidio, aplicable al “ascendiente, descendiente o cónyuge, que conozca las relaciones que lo ligan, salvo que según las circunstancias del hecho, como el ejercicio de sevicias por parte del occiso, no proceda aplicar esta calificante”. Esta propuesta se inscribe en la línea seguida por numerosos códigos, que consideran la existencia de un vínculo parental o matrimonial entre autor y víctima como una hipótesis de homicidio agravado (asesinato).

Otro proyecto posterior, signado con el Boletín N° 4937-18, ingresado al Congreso Nacional el 3.04.2007, busca introducir, entre otras varias nuevas disposiciones, la que sanciona el delito de “femicidio”, que comprende “todo asesinato en que la víctima sea la cónyuge, conviviente o cualquier mujer con la que el agresor está o haya estado ligado por alguna relación afectiva”. En la fundamentación se indica que “en el plano teórico la división del parricidio, distinguiendo específicamente como feticidio las conductas contra la mujer, permitirá una mejor comprensión del problema, una adecuada difusión de sus implicancias y constituirá una señal mediática y cultural que apunte decididamente a evitar su ocurrencia”. En la redacción que se propone del artículo 390, el primer inciso tipifica el parricidio cuyo sujeto pasivo es un varón; el inciso segundo castiga con la misma pena, presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado, al “femicida” que conociendo las relaciones que los ligan, mate a la mujer con que esté o haya estado ligado como cónyuge, conviviente o a través de cualquiera otra relación afectiva. Por de pronto, la distinción entre parricidio “propiaamente tal” y “femicidio”, resulta cuestionable y superflua, desde que se trata, en ambos casos y, en esencia, de la misma conducta típica definida desde 1874 en el artículo 390 del Código Penal; ello, sin perjuicio del debate doctrinario que debería haberse suscitado en

³¹ TORÍO LÓPEZ, A., Estudio de la reforma de los delitos contra la vida (parricidio, asesinato, en *Repercusiones de la Constitución en el Derecho Penal* (1983), pp. 77-114; en esta misma línea, BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, Los delitos de homicidio en el Derecho vigente y en el futuro Código penal, en *Doc. Jur. 37/40 (monográfico PANCP) Vol. 1*, (1983), pp. 319-338.

torno a la consideración como víctima de quien “esté o haya estado ligado como cónyuge, conviviente o a través de cualquiera otra relación afectiva” con el agente, situación en la que el bien jurídico tradicionalmente amparado con el parricidio se desdibuja totalmente. En definitiva, la propuesta se vio coronada por el éxito en el Congreso, introduciéndose el femicidio a nuestro Código Penal, eliminándose –por fortuna– la frase “o a través de cualquiera otra relación afectiva”.

En el proyecto 2014, el femicidio lo comete el varón que matare a la mujer que sea o haya sido su cónyuge, conviviente o pareja, cuando el hecho se haya cometido en razón de esa relación o vínculo. En este texto se introduce una figura muy extendida respecto del parricidio tradicional, denominada “Homicidio intrafamiliar”, denominación que supongo guarda concordancia con la sanción de la violencia intrafamiliar en la ley especial respectiva. Comete este delito el que, abusando de la confianza o de la vulnerabilidad de la víctima, matare a su cónyuge o conviviente, a un pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive que viva bajo el mismo techo, o a una persona menor de 18 años, mayor de 70 años o discapacitada que se encuentre bajo el cuidado o dependencia propios o de cualquier integrante de la familia y que viva bajo el mismo techo. Tenemos entonces 6 distintos sujetos pasivos de la misma conducta, de los cuales algunos no son ni pariente, ni cónyuge, ni conviviente del homicida, siendo razonable preguntarse si acaso la sola circunstancia de vivir ambos bajo el mismo techo puede remplazar los fundamentos del parricidio clásico, ya desacreditado.

9. El infanticidio corre la misma suerte del parricidio en el Anteproyecto, por haber perdido toda su vigencia y ser altamente discutible el motivo de la atenuación de la pena, en relación al parricidio, acogándose el criterio dominante en nuestra doctrina³². Ya desde la obra de Fuensalida, ha sido constante la objeción doctrinaria a la mantención de esta figura, abogando explícita o implícitamente por su supresión³³.

Varios son los problemas dogmáticos y político criminales que ha suscitado y continúa suscitando esta figura, debiendo tenerse en cuenta la incidencia que el movimiento ilustrado tuvo sobre su consideración privilegiada y cómo desde entonces se fue articulando, en el Derecho Comparado, un sistema de dos modelos regulativos; uno, el modelo latino de la *causa honoris* y el modelo que atiende a la particular situación emocional de la madre durante el parto o en el período

³² NOVOA ALDUNATE, Eduardo, Delitos contra la vida y la salud en el Anteproyecto de Nuevo Código, ob. cit., p. 236.

³³ Explícitamente, POLITOFF, Sergio, BUSTOS, Juan y GRISOLÍA, Francisco, Derecho Penal Chileno, Parte Especial, ob. cit., p. 196; GARRIDO MONTT, Mario, Derecho Penal, T. III, ob. cit., p. 86; implícitamente, ETCHEBERRY, Alfredo, Derecho Penal T. III, ob. cit., p. 78.

inmediatamente posterior³⁴. El art. 217 del Código Penal alemán, que contenía una suerte de combinación de ambos criterios, fue derogado.

En el primero de los proyectos de ley antes mencionados –Boletín 2661– se proponía reemplazar el artículo 394 por el siguiente: “La madre que se hallare en estado de abandono material o moral, matare al hijo inmediatamente después del parto, se le impondrá la pena de presidio menor en su grado máximo. Si lo hiciere como consecuencia de una violación o una inseminación artificial no consentida, o por encontrarse bajo la influencia del estado puerperal, la pena será de presidio menor en sus grados mínimo a medio”. A nuestro juicio, la eliminación del tipo autónomo de parricidio debería implicar también, por razones de coherencia sistemática, la supresión del infanticidio –como lo postula el Anteproyecto– que entre nosotros ha sido calificado por un sector de la doctrina como “parricidio privilegiado”³⁵.

En algunos Códigos europeos que mantienen el delito, como p. ej., el austríaco, el infanticidio es definido como la muerte provocada por la madre a la criatura durante el nacimiento o mientras ella se encuentra bajo la influencia del estado puerperal (art. 79). En el código italiano, el delito de infanticidio, se articula sobre las “condiciones de abandono material y moral conexas al parto”, quedando suprimidas las referencias a la “causa honoris” no sólo en este delito, sino en todos los demás que hacían referencia a esa motivación. En el estatuto punitivo de Portugal, el artículo 136 del Código de 1995 suprimió el móvil de “ocultar la deshonra”, subsistiendo la “influencia perturbadora del parto”.

Pese a las críticas opuestas a su permanencia y a las correlativas exigencias reiteradas de su eliminación, esta figura delictiva ofrece “una notable resistencia”, que pone de manifiesto no sólo el Derecho Comparado, sino también la opinión de destacados penalistas nacionales, que han sentado la bases para la redacción del proyecto de 2014, en el cual se propone castigar como culpable de infanticidio a la mujer que matare a su hijo dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al parto, sin incorporar ninguna referencia a la motivación del sujeto activo o a circunstancias excepcionales de apremio, omisiones éstas que precisamente han motivado las críticas doctrinarias al texto legal vigente³⁶. También se sanciona al pariente del recién nacido que indujere a la mujer a cometer infanticidio.

³⁴ SANZ MORÁN, Ángel José, Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida, ob. cit., p. 823.

³⁵ ETCHEBERRY, Alfredo, Derecho Penal T. III, ob. cit., p. 75; en contra: GARRIDO MONTT, Mario, El homicidio y sus figuras penales (Santiago, 1994), pp. 215-217.

³⁶ SANZ MORÁN, Ángel José, Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida, ob. cit., pp. 823-824.

10. La principal novedad que en el ámbito del homicidio introduce el Anteproyecto es la figura de “homicidio a ruego por móviles piadosos”, que exige una petición de la víctima, formulada en forma expresa e inequívoca y cuya pena es inferior en un grado a la del homicidio simple. Con ella se da entrada a la tendencia creciente en la legislación comparada, de conceder una rebaja de pena al homicida que lo hace por móviles fundados en la sensibilidad y solidaridad humana con el que sufre³⁷.

En la redacción original, propuesta por la Secretaría Técnica, no se contemplaban las consideraciones piadosas, por estimarse que, de concurrir, se encuentran comprendidas en las circunstancias atenuantes generales. Varias fueron las observaciones recibidas de miembros del Foro: algunas expresaron disconformidad con la sanción específica del homicidio consentido, sobre la base de que implica cerrar legislativamente las posibilidades de discutir en torno al alcance y límites del consentimiento, estableciéndose su casi nula relevancia en materia de disponibilidad de la propia vida; otros consideraron superflua la disposición propuesta, ya que las hipótesis que podrían merecer un tratamiento menos severo, serán favorecidas con una atenuante; su encasillamiento en el auxilio al suicidio fue también observado; se sugirió hacer más exigente la figura, mediante la fórmula “a petición seria, expresa, inequívoca e insistente” de la víctima y la exigencia de motivaciones humanitarias o piadosas³⁸.

En el texto de 2014, se propone el homicidio a requerimiento, cuyo sujeto activo es el que sin estar legítimamente autorizado matare a otro a requerimiento expreso de éste; basta entonces la solicitud expresada con viveza y exactitud, formulación que se aleja de las imperantes mayoritariamente en el Derecho Comparado, que en general no se conforman con la sola petición del que quiere morir.

En el ámbito europeo, la doctrina ha debatido intensamente acerca de la conveniencia de instaurar este delito, cuya problemática –muy compleja por cierto– se vincula directamente a un tema clásico: el consentimiento del interesado en materia penal y la disponibilidad o indisponibilidad de determinados bienes jurídicos. Esta distinción tradicional, entre bienes jurídicos disponibles e indisponibles, aparece recogida en nuestro Derecho por el Código Procesal Penal, mediante la institución de los acuerdos reparatorios, que, además de proceder en casos de lesiones menos graves y delitos culposos, pueden referirse a hechos que afectaren “bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial” (artículo 241). Este último concepto

³⁷ NOVOA ALDUNATE, Eduardo, Delitos contra la vida y la salud en el Anteproyecto de Nuevo Código, ob. cit., p. 237.

³⁸ Observaciones, entre otros, de los profesores Felipe Caballero, Miguel Viveros, Myrna Villegas, Carlos Künsemüller, Karin Künsemüller, en Materiales de Discusión nota 21, pp. 17 y ss.

no aparece precisado en la ley, debido a una decisión del legislador, que prefirió entregar a los tribunales la tarea de perfilar su sentido y alcance.

En relación a la *ratio* de esta figura penal *privilegiada*, de pena inferior a la del homicidio simple, se reconoce una doble fundamentación. Una es el debilitamiento del injusto, desde que hay una menor lesión del bien jurídico vida humana y, por tanto, una disminución del disvalor de resultado³⁹. Dentro de esta tesis del injusto disminuido, algunos entienden que lo que aparece aminorado es el disvalor de acción⁴⁰. La otra fundamentación es la culpabilidad disminuida en virtud del móvil humanitario –la compasión–, que determina una menor reprochabilidad de la acción homicida. El legislador no presume siempre esta menor culpabilidad, sino que requiere su comprobación en el caso concreto, como sucede, p. ej., con el Código Penal suizo, cuyo artículo 114 requiere expresamente la concurrencia de “un móvil atendible”, como puede serlo la “compasión”⁴¹. De acuerdo al Código Penal boliviano (artículo 257), se impondrá la pena de reclusión de uno a tres años, si para el homicidio fueren determinantes los “móviles piadosos del actor” y concurren, además, otros requisitos, a saber: las instancias apremiantes del interesado, el fin de acelerar una muerte inminente o de poner fin a graves padecimientos o lesiones corporales probablemente incurables⁴². El Código Penal de Costa Rica, inspirado en el Proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica, obra jurídica mayúscula de índole continental, debida a la iniciativa del profesor chileno Eduardo Novoa Monreal, sanciona con pena atenuada al que movido por un sentimiento de piedad, matare a un enfermo grave o incurable, ante el pedido serio e insistente de éste aun cuando medie vínculo de parentesco. El artículo 143.4. del Código Penal español, sanciona con una pena atenuada al que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar. No hay alusión al móvil del actor. Este precepto contiene la respuesta que el Código de 1995 ha dado “al problema espinoso, candente y actual de la llamada *eutanasia*, que en su modalidad activa, conduce a una rebaja de la pena quedando fuera de su ámbito

³⁹ Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil. Straftaten gegen die Person, B. I, Tübingen, 1970 (Proyecto Alternativo Alemán de un Código Penal), p. 21.

⁴⁰ TORÍO LÓPEZ, Ángel, Instigación y auxilio al suicidio, homicidio consentido y eutanasia como problemas legislativos, en *Estudios Penales y Criminológicos I* (1981), p. 229.

⁴¹ SANZ MORÁN, Ángel José, Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida, ob. cit., p. 833.

⁴² VILLAMOR LUCÍA, Fernando, Derecho Penal Boliviano, Parte Especial (La Paz, 2007), p. 187.

otras formas de cooperación como la *eutanasia pasiva*, lo que torna insuficiente a la regulación del problema⁴³. En el Código alemán, el “homicidio a petición” exige sólo la petición seria y expresa del occiso.

Una doble disminución, del injusto y de la culpabilidad, es invocada por numerosos autores, tesis explicada claramente por Moos, a propósito del artículo 77 del Código Penal austríaco: la petición de la víctima debe ubicarse primero en el tipo y, posteriormente, debe ser considerada de nuevo en la culpabilidad. Se trata de una “doble posición”, un doble efecto de la exteriorización que la víctima hace de su voluntad de morir. Con su exigencia ella exterioriza dos ideas: “¡Quiero morir!” y “¡Mátame!”. La primera expresión se refiere al bien jurídico vida humana y reduce el injusto, la segunda se dirige a la motivación del autor y disminuye su culpabilidad, debiendo recibir la conducta una pena disminuida⁴⁴.

Aceptada pues, la legitimidad del tratamiento atenuatorio para el homicidio consentido, surge el problema de si puede plantearse, e incluso llegarse a la atipicidad de tal comportamiento. Algunos autores españoles exponen este criterio, sobre la base de una argumentación que, con apoyo en la Constitución, postula que sólo la vida libremente deseada por el individuo puede constituir el bien jurídico amparado por los delitos contra la vida humana autónoma, de manera que la voluntad de morir privaría de ilicitud a la acción homicida de un tercero⁴⁵.

El problema que este “derecho a morir” suscita para el Derecho Penal, en cuanto a la punibilidad o su ausencia, o punibilidad disminuida para el tercero que ultima al solicitante, se mueve entre dos criterios globales extremos “santidad de la vida” y “calidad de la vida”, que trascienden incluso el ámbito de lo meramente jurídico y que Eser se ha encargado de desarrollar con gran acuciosidad⁴⁶.

En el campo de las propuestas denominadas “eutanasias”, cabe mencionar el Proyecto Alternativo alemán de una Ley reguladora de la ayuda a morir, presentado por un grupo de juristas y médicos alemanes, con el que pretendía ofrecer a la opinión pública y a los legisladores una forma distinta o incluso nueva de enfrentarse con el fenómeno cada vez más importante, humana y socialmente, de la “ayuda

⁴³ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal, Parte Especial* (Madrid, 2013).

⁴⁴ MOOS, R. en *Wiener Kommentar zum StGB, 22. Lief (par. 75-79)* (1984). En la doctrina española sustenta también la doble fundamentación TORÍO LÓPEZ, Ángel, *Instigación y auxilio al suicidio, homicidio consentido y eutanasia como problemas legislativos*, ob. cit.

⁴⁵ SANZ MORÁN, Ángel José, *Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida*, ob. cit., p. 834; GRACIA MARTÍN, Luis, en DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, GRACIA MARTÍN, Luis (editores), *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, ob. cit.; TORÍO LÓPEZ, Ángel, *Reflexión crítica sobre el problema de la eutanasia*, en *Estudios Penales y Criminológicos XIV* (1991), pp. 229 y ss. y 240.

⁴⁶ ESER, Albin, *Freiheit zum Sterben - Kein Recht auf Tötung*, en *DJ* 17, (1986), pp. 769-816.

a morir” que puede prestarse a enfermos terminales y moribundos aquejados de graves dolores y sufrimientos⁴⁷.

11. Además del auxilio al suicidio, en su forma de cooperación al acto de otro, como ocurre en el actual artículo 393 del Código Penal, el Anteproyecto introduce como conducta punible, asimilada a la anterior, la inducción al suicidio, cuando el instigador crea en otro la resolución de terminar con su vida, manteniendo la verificación de la muerte como una condición objetiva de punibilidad en ambos casos⁴⁸.

En el texto propuesto por la Secretaría Técnica, se contemplaba sólo el auxilio, mas no la inducción al suicidio, criterio que se vio modificado como consecuencia de las observaciones formuladas por los miembros del Foro en la instancia pertinente.

La cooperación al suicidio ajeno, que llega hasta el punto de ejecutar el cooperador la muerte, está incluida en el artículo 143.3 del Código hispano y se corresponde, según algunos comentaristas, más con el homicidio que el suicidio, ya que la muerte es causada por un tercero, lo que determina la impropiedad de hablar de suicidio. La Comisión Redactora del Código Penal chileno dejó expresa constancia de que ese supuesto queda excluido del delito previsto en el artículo (posteriormente 393), por tratarse de un verdadero homicidio⁴⁹.

El proyecto de 2014 propone como delito el auxilio y la omisión de evitación del suicidio. También propone tipificar y sancionar como figura separada, el homicidio imprudente, al que se le asigna la pena de prisión de 1 a 5 años, que en su grado máximo es superior a la establecida en el art 490 N° 1 del código vigente; la sanción se eleva si la imprudencia fuere temeraria y la falta de diligencia importare una grave desconsideración hacia la víctima.

II. LOS DELITOS DE HURTO Y ROBO EN LOS TEXTOS SELECCIONADOS

Siendo el objetivo de la dogmática describir y ordenar sistemáticamente el derecho positivo, no puede despreciar los principios ordenadores, los criterios de selección, que van mucho más allá de la comprobación de datos empíricos. Pero tampoco la Política Criminal debería relegar al olvido, por ser precisamente limitativos y representar barreras de contención a una intervención penal excesiva, los principios capitales. La antigua incomunicación entre dogmática y política criminal debería entenderse superada.

⁴⁷ MAPELLI CAFFARENA, Borja, Proyecto alternativo de ley reguladora de la ayuda a morir, Introducción, texto y fundamentos, en *ADPCP, T. XLI, Fasc. III* (1988), pp. 833 y ss.

⁴⁸ NOVOA ALDUNATE, Eduardo, Delitos contra la vida y la salud en el Anteproyecto de Nuevo Código, ob. cit., p. 237.

⁴⁹ Sesión 79, de 3 de mayo de 1872.

1. Desde la perspectiva de los principios limitativos, hemos procurado contribuir a la sostenida crítica que nuestra doctrina viene formulando desde hace varias décadas a la vigente regulación de los delitos de apropiación lucrativa directa, especialmente el hurto y el robo⁵⁰.

Hemos dicho que varios principios –y probablemente casi todos– se ven, si no excluidos totalmente, severamente restringidos como consecuencia de las bases ideológicas fundantes del ya anciano cuerpo legal de 1875, calificando de “inaplazable” a la reforma que debe abordarse en este sector del código⁵¹.

El certero análisis de Jorge Mera Figueroa⁵² pone de manifiesto las numerosas imperfecciones existentes en este capítulo del Código, a la luz del amparo debido a los derechos fundamentales de la persona.

2. En la fundamentación de la propuesta del Anteproyecto de Código Penal se deja constancia, desde la partida, del propósito de simplificar el material normativo, superando las tipificaciones farragosas y el excesivo casuismo del texto vigente –por ej., en el robo con fuerza en las cosas– para dar paso a partir de criterios sistemáticos claros, a un conjunto relativamente limitado de tipificaciones, las cuales, a su vez, procuran la mayor simplicidad posible.

Interesa destacar entre las bases inspiradoras de la regulación propuesta, el restablecimiento de la proporcionalidad de las penas, tema de suyo complejo y meta difícil de alcanzar, atendido el ambiente social y legislativo actual, caracterizado por una demanda creciente de mayores sanciones, especialmente frente a los delitos patrimoniales, por ser los más visibles y cotidianos y no por ser parámetros de proporcionalidad. La Comisión Técnica destaca su convicción de que si no es posible restablecer una mínima proporcionalidad al menos en esta materia, en la cual los excesos son tan acusados, todo el esfuerzo del Foro por una codificación penal más racional se torna en buena medida vano, de suerte que el intento resulta ineludible.

3. El “tosco criterio monetarista” utilizado en el Código como único elemento para la determinación legal de la pena en el tipo de hurto, expresado en los cerrados módulos de cuantía del artículo 446 es dejado de lado en el Anteproyecto, en cuyos fundamentos se caracteriza como “verdadera lotería penal” al sistema vigente, que tiende a provocar importantes bolsones de responsabilidad objetiva. Hemos expuesto nuestro rechazo a tal criterio, conforme al cual la gravedad de la pena está

⁵⁰ KÜNSEMÜLLER, Carlos, Importancia dogmática y político-criminal de los principios limitadores del *ius puniendi*”, en *Derecho Penal y Política Criminal* (2012), pp. 197 y ss.

⁵¹ KÜNSEMÜLLER, Carlos, Delitos de hurto y robo: una reforma inaplazable en el Código Penal chileno, en *El penalista Liberal, Libro Homenaje al profesor Manuel de Rivacoba y Rivacoba*, (2004), pp. 457 y ss.

⁵² MERA, Jorge, *Derechos Humanos en el Derecho Penal Chileno* (Santiago, 1998), pp. 3 y ss.

sometida a un factor meramente externo-objetivo, que bien puede no estar cubierto por el dolo del agente y requerido una urgente revisión del texto, proponiendo una solución política-criminal que prescinda del criterio de las cuantías, al menos, como único y absoluto determinante de la magnitud de la respuesta penal, salvo para diferenciar –como en el código hispano– entre delitos y faltas⁵³. Otros presupuestos, más realistas, susceptibles de ser conocidos y queridos por el hechor, son los que determinan legalmente la penalidad de este delito en la normativa propuesta. No obstante, el valor económico del objeto apropiado es de todos modos considerado como una fuente de agravación en la propuesta, a través de la siguiente disposición: “la pena se podrá elevar en un grado cuando el hecho revista especial gravedad, en atención al valor de la cosa apropiada o a los efectos especialmente perjudiciales que su pérdida tenga para la víctima”; el concepto abierto y poco preciso “valor de la cosa apropiada”, resulta discutible como factor de incremento de la sanción, pero no es extraño en los ordenamientos penales; el Código Penal portugués castiga como responsable de “hurto calificado” a quien hurta una cosa “de valor elevado” o una cosa de “valor considerablemente elevado”, siendo mayor la pena en este último supuesto.

En el proyecto de 2014, si el valor de la cosa quitada excediere de 500 UF o si su pérdida irrogare grave perjuicio a su dueño o a su legítimo tenedor, el tribunal estimará la concurrencia de una agravante muy calificada. Si el valor de la cosa no excediere de 5 UF, la pena será de multa o reclusión.

Como una especie de compensación por tomar el valor de la cosa hurtada para fundar una posible agravante, el Anteproyecto otorga al juez la facultad para que, “tratándose de la apropiación de cosas de ínfimo valor”, pueda prescindir de la pena privativa de libertad e imponer en su lugar sólo la de multa, dando acogida a los principios cardinales de mínima intervención, lesividad y proporcionalidad, en cuanto a no contemplar una respuesta penal drástica en supuestos de escasa o insignificante ofensividad para el bien jurídico tutelado.

4. Las anticuadas circunstancias agravantes del actual artículo 447 del Código Penal son sustituidas en ambos textos por otras, más acordes con las valoraciones sociales dominantes.

Entre estas nuevas calificantes, se incluyen modalidades que, en el texto vigente, son figuras de robo con fuerza en las cosas: así, en el Anteproyecto, “Cuando, tratándose de cosas que se encuentran en lugares cerrados o en sus dependencias, se haya ingresado mediante escalamiento, por vía no destinada al efecto, mediante forado, rompimiento de paredes, pisos o techos, fractura de puertas o ventanas o uso de llaves falsas, gonzúas, u otros instrumentos semejantes” (art. 149 N° 1) “Cuando se hubieran destruido, inutilizado o neutralizado los dispositivos de

⁵³ KÜNSEMÜLLER, Carlos, Delitos de hurto y robo: una reforma inaplazable en el Código Penal chileno, ob. cit., pp. 459-460.

seguridad con que cuenta la cosa” (art. 149 N° 2) y que ahora son extraídas de ese tipo penal y llevadas al hurto como agravantes, perdiendo, por lo tanto, su tan objetado carácter de ilícitos distintos y separados del hurto.

En el proyecto 2014, ya hemos visto que constituye una agravante del delito de hurto simple la circunstancia de que el valor de la cosa sustraída excediere de 500 UF o su pérdida irrogare grave perjuicio al dueño. Tiene parentesco con el Código Penal español, en el cual constituye factor agravante de la pena básica del hurto, que el delito ponga a la víctima o a su familia en grave situación económica.

Da lugar, en ese proyecto, a un hurto grave, tratado en forma separada, la concurrencia de determinadas circunstancias, como por ej. el quitar a otro por sorpresa la cosa que lleva consigo; que la cosa fuere un monumento nacional u otra de reconocida importancia científica, histórica o cultural; quitar la cosa venciendo los resguardos que impiden el acceso a ella o su remoción, venciendo el cierre de puertas, armarios, cajones u otras delimitaciones físicas de espacios, usando llaves u otros mecanismos de apertura que han sido apropiados, quitados o reproducidos sin consentimiento del dueño; sacar la cosa de un espacio cerrado al cual se ingresa por vía no destinada al efecto.

Un hurto gravísimo se configura cuando se lo comete en un espacio cerrado que sirva de morada a otro, ingresando sin su consentimiento por vía no destinada al afecto o con vencimiento de los resguardos para impedir el ingreso. La pena es de prisión de 3 a 7 años, menor que la del robo en lugar habitado o destinado a la habitación, asignada por el artículo 440 del Código Penal.

5. El robo con fuerza en las cosas desaparece como tipo autónomo, en el proyecto 2014, propuesta que coincide con una sólida tendencia del Derecho Comparado y las opiniones de varios juristas nacionales⁵⁴.

En cambio, en el Anteproyecto 2005, en una de sus modalidades se mantiene el tipo de robo, cual es la que se verifica en lugar habitado, destinado a la habitación o en sus dependencias, decisión que no compartimos en su momento durante la discusión, por cuanto es opuesta a la convicción mayoritaria de la doctrina, que no le reconoce a este delito caracteres sustantivos que justifiquen extraerlo de la esfera típica del hurto, dentro de la cual ha permanecido y permanece en la casi totalidad de los códigos europeos, con muy pocas excepciones, entre estas, el Código español.

Rodríguez Devesa planteó en 1960, como mejor solución, la de llevar al capítulo del hurto los que hoy día son robos con fuerza en las cosas, solución que representa la tendencia dominante en el Derecho Comparado⁵⁵. La llamada “vía germánica”,

⁵⁴ KÜNSEMÜLLER, Carlos, Delitos de hurto y robo: una reforma inaplazable en el Código Penal chileno, ob. cit., p. 466.

⁵⁵ RODRÍGUEZ DEVESA, José María, Consideraciones generales sobre los delitos contra la propiedad, en *ADPCP, T. XIII, fasc. I*, (1960), p. 60.

postula como elemento diferenciador entre hurto y robo, la concurrencia o ausencia de violencia o intimidación en las personas, siendo éste el único dato que justifica una mayor conminación penal. Es oportuno recordar que la Ley Patria de Hurtos y Robos de 1849, establecía como diferencia entre uno y otro delito sólo la violencia o fuerza hecha a la persona y consideraba como hurto agravado el cometido con fuerza o violencia en las cosas que recaiga sobre las paredes, puertas u otro objeto inherente a la casa o heredad que sirva para guardarla.

Mera Figueroa ha propuesto la derogación de esta figura en una perspectiva de *lege ferenda*, señalando que el plus de desvalor que pudiera representar en algunos casos la utilización de fuerza sobre los medios de resguardo de las cosas ajenas para apropiarlas, debe apreciarse y resolverse conforme a las normas generales sobre concursos de delitos, o bien a través de la configuración de una figura agravada⁵⁶. Esta idea está en sintonía con la orientación legislativa dominante. Los códigos de Austria, Alemania, Portugal y Argentina, entre otros, la representan.

La crítica expresada se ve corroborada, al menos parcialmente, con el traslado –en el Anteproyecto– al hurto de ciertos casos –art. 149 numerales 1 y 2– constitutivos de robo en la ley vigente.

6. Se optó en el Anteproyecto por tipificar el denominado hurto de uso, decisión que implicaría terminar con las calificaciones de atipicidad presentadas hasta ahora en doctrina y jurisprudencia nacionales, respecto del apoderamiento de la cosa ajena sin *animus rem sibi habendi* y con el solo fin de usarla transitoriamente.

La redacción propuesta es la siguiente: *El que sustraiga un vehículo motorizado ajeno sin ánimo de apropiárselo será castigado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo o multa de seis a veinte unidades tributarias mensuales, siempre que no haya mediado violencia ni intimidación en la sustracción.* (Art. 151)

Por ende, el robo con fuerza de uso queda comprendido en esta fórmula legal, como acontece también en el código hispano.

No se incluyó ninguna exigencia de restitución, directa o indirecta del vehículo, elemento que en varias legislaciones representa un requisito del tipo, desde que con tal acción, el agente revelaría la ausencia de ánimo de dueño, reconociendo las potestades del legítimo titular (el dominio ajeno).

Así, en el texto español, el artículo 244 exige que el agente restituya, directa o indirectamente la cosa sustraída, en un plazo no superior a 48 horas; de no verificarse la restitución, se castigará el hecho como hurto o robo en sus respectivos casos.

El proyecto de 2014 establece como delito ubicado fuera del ámbito del robo y del hurto –“otros atentados a derechos sobre cosas”– el uso indebido de vehículo motorizado, cuyo sujeto activo es el que sin consentimiento de legítimo tenedor de un vehículo motorizado lo quita sin el propósito de apropiárselo o de que

⁵⁶ MERA, Jorge, Hurto y Robo (Santiago, 1995), pp. 90-91.

un tercero se lo apropie, ni de privar de su aprovechamiento a quien lo tiene. Se incrementa la pena –multa o reclusión– si se quitare el automóvil para usarlo en la comisión de un delito.

7. El regreso del robo por sorpresa al círculo típico del hurto ha de ser bienvenido, toda vez que el propio legislador chileno confesó, al asimilar mediante la Ley de Estados Antisociales esta conducta al robo, que técnicamente es un hurto y sólo por motivaciones basadas en la práctica delictiva –ciertamente muy discutibles– se lo consideró “como si fuera un robo”.

El informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados (11.08.1953), es muy decidor en cuanto a la real naturaleza de este delito: “El inciso segundo de este artículo configura un delito especial que técnicamente es un hurto, pero que pasa, en virtud de esta disposición a ser considerado como robo y es el que comúnmente practican los individuos llamados *lanzas*, que se aprovechan de las aglomeraciones para hurtar la cartera u otros objetos de valor, procediendo por sorpresa o aparentando riñas en lugares de concurrencia o haciendo otras maniobras dirigidas a causar agolpamiento o confusión”. El carácter “técnico” de hurto que posee esta conducta y que, sin embargo, “pasa a ser considerado como robo”, es reiterado en las intervenciones parlamentarias producidas en la Sesión Extraordinaria de la Cámara de Diputados, del 28 de octubre de 1953 (Diputado señor Juan Eduardo Puentes).

Casi veinte años después, en el mensaje de la ley N° 17.727, que modificó el precepto y redujo la pena, que hasta ese momento era la misma del robo violento, se ratificó el convencimiento ya anteriormente expresado, de estar ante una hipótesis de hurto, asimilada legislativamente al robo. “Creemos que ambas figuras delictivas (el robo con violencia y el robo por sorpresa) constituyen hechos totalmente diferenciados, tanto por la forma en que se cometen y sus resultados, cuanto por las características de los hechos. En efecto, los autores de robos con violencia o intimidación en las personas normalmente son delincuentes habituales de alta peligrosidad que muchas veces no trepidan en llegar al homicidio para conseguir sus fines; en cambio, en el robo por sorpresa los autores son personas que actúan en base a su rapidez (*lanzas*), preferentemente eligen como víctimas a personas que no portan bienes de un valor exagerado. Resulta así injusto sancionar con la misma pena dos hechos claramente diferenciados”. (Senado, Ord. 1971, Sesión 10.06.71).

La jurisprudencia ha corroborado, a través de algunas decisiones la diferencia “estructural” que separa al robo por sorpresa del robo violento:

“Que, tratándose en la especie de los delitos de robo por sorpresa y robo con intimidación, resulta conveniente tener en cuenta la historia fidedigna del establecimiento del delito tipificado en el artículo 436 inciso 2° del Código Penal.

El análisis de dicho elemento de hermenéutica evidencia que el propósito legislativo, la *ratio legis*, fue transformar lo que hasta ese momento había sido una

mera circunstancia agravante en un delito autónomo, plenamente asimilado al robo y sancionado con igual marco penal”.

“Que, los autores nacionales han estimado que este delito pertenece más bien a la órbita del hurto que a la del robo con violencia o intimidación”.

“Que, el propio legislador que creó el delito de robo por sorpresa lo hizo a sabiendas que el hecho constitutivo del mismo es más propio del hurto, reconociendo que su incorporación a la esfera del robo obedecía a motivos puramente pragmáticos, como la frecuencia de comisión y las modalidades de ejecución, que no resultan aceptables como fundamento sustantivo”.

“Que, el tipo de robo con violencia o intimidación es ‘complejo’, ‘pluriofensivo’, ya que se reúnen en él, en una misma abrazadera típica, dos hechos antijurídicos, configurativos cada uno de ellos de un ilícito penal autónomo, que sin embargo pasan a ser considerados como una ‘unidad de acción’ por la especial vinculación que une a ambos atentados. En esta figura compleja, la violencia y la intimidación deben concebirse y ejecutarse en función de la apropiación, representando cada uno de estos medios, respectivamente, la fuerza física o amenaza contra una persona, esto es, daño o peligro para bienes jurídicos del más alto rango constitucional”.

“Que, por lo señalado, cabe afirmar con certeza que la conducta definida como ‘robo por sorpresa’ tiene una mayor pertenencia al ámbito típico del hurto que a la del robo, toda vez que en el comportamiento del agente hay un arrebatamiento sorpresivo –‘tírón’– o engañoso, como en el despliegue de maniobras distractivas”. (SCA San Miguel, 29.10.01)⁵⁷. En otro dictamen del mismo Tribunal de Alzada se declaró que “el denominado robo por sorpresa, delito introducido al Código Penal por la ley N° 11.625, constituye técnicamente una figura de hurto de cosa mueble ajena, asimilada legislativamente al robo, como lo demuestra, por una parte, la historia fidedigna de la ley y por otra, el hecho de que el texto legal declare que “se considerará como robo (...)”, esto es, como si fuera un robo, no siéndolo realmente”. (Consid. Primero) “Que, la doctrina nacional caracteriza en forma unánime a la conducta descrita en el inciso segundo del artículo 436 del Código Penal, como más perteneciente a la órbita típica del hurto que del robo, el cual exige o bien fuerza en las cosas o bien violencia o intimidación en las personas”. (Consid. Segundo)⁵⁸.

En relación a la circunstancia agravante de “reincidencia específica” contenida en el artículo 12 N° 16 del estatuto punitivo, se ha debatido acerca de si el robo con violencia o intimidación y el robo por sorpresa son o no “delitos de la misma especie”. En caso de negarse esta caracterización, la identidad se daría entre robo por sorpresa y hurto. En varias sentencias se concluyó que el delito de robo por sorpresa, atendidas las características del comportamiento típico que lo configura,

⁵⁷ *Gaceta Jurídica* N° 256, (2001), pp. 188 y ss.

⁵⁸ *Gaceta Jurídica* N° 258, (2001), pp. 158 y ss.

se sitúa “en tierra intermedia entre el hurto y el robo”, siendo aceptable que el bien jurídico afectado en ambos tipos resulta ser la propiedad, de modo que se podría aceptar que son delitos de la misma especie robo por sorpresa y hurto⁵⁹. Sobre la inexistencia de identidad precisa y exacta entre robo violento y robo por sorpresa y la consiguiente exclusión de la reincidencia específica, ver también el fallo antes citado, de la Corte de San Miguel, *Gaceta Jurídica* N° 256.

Como apunta el profesor Guzmán Dálbora, la ley ha construido una ficción para reputar robo aquello que, según sus propias palabras, definitivamente no lo es, de modo que deberá establecerse algún parentesco con la figura pluriofensiva tomada como modelo (el robo violento), que suma a la agresión patrimonial la lesión de la libertad o seguridad de la víctima. Debería, pues, la apropiación por sorpresa tener un “humus” del robo, para validar la artificial asimilación realizada por la ley, que castiga “como robo” la conducta que no lo es⁶⁰. No cabe duda que en nuestra criolla figura delictiva no concurre “el humus del robo” a que se refiere el catedrático de Valparaíso, desde que la vis absoluta, la fuerza ejercida para lograr el apoderamiento recae sobre la cosa, sobre el objeto material, no sobre la persona, careciendo, en consecuencia, de pluriofensividad.

En nuestro estudio sobre el tema, afirmamos categóricamente que el robo por sorpresa no es una figura genuina de robo y respaldamos la resolución del Foro Penal, en orden a darle al apoderamiento por sorpresa el carácter de una circunstancia agravante del hurto: “Cuando, tratándose de cosas que la víctima lleva consigo, se haya obrado por sorpresa, siempre que no se hubiera empleado violencia o intimidación”. (Art. 149 numeral 3°)⁶¹.

El proyecto 2014 se inscribe en la misma correcta tendencia, al incorporar el apoderamiento por sorpresa de la cosa que otro lleva consigo a las causales de hurto grave, según ya se indicó anteriormente.

8. El delito complejo de robo con violencia o intimidación en las personas, en sus modalidades calificadas (artículo 433 del Código vigente) se elimina en el Anteproyecto, quedando sólo la figura simple: “el que mediante violencia o intimidación en las personas se apropie de cosa mueble ajena obteniendo su entrega o manifestación o impidiendo la resistencia u oposición a que se quite, sea que la violencia o intimidación tenga lugar antes de la apropiación para facilitar su ejecución, en el acto de cometerla o después de cometida para favorecer su impunidad, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado máximo a

⁵⁹ *Revista Procesal Penal* N° 25 (2004), pp. 116 y ss.

⁶⁰ GUZMÁN DÁLBORA, José Luis, El robo por sorpresa y la actividad del carterista, en *Gaceta Jurídica* N° 236 (2000), pp. 108 y ss.

⁶¹ KÜNSEMÜLLER, Carlos “El robo por sorpresa no es una modalidad genuina de robo”, en *Revista de Derecho y Ciencias Penales* N° 7 (2005), pp. 77 y ss.

reclusión mayor en su grado mínimo”. (Nótese la rebaja en un grado al mínimo de la sanción actual).

Tratándose del homicidio perpetrado con motivo u ocasión de otro delito, para cometer o facilitar la comisión de otro delito o favorecer su impunidad –p. ej. “matar para robar”– el Foro introdujo la hipótesis de homicidio especialmente agravado contenida en el artículo 82, que impone el máximo de la respectiva sanción, en caso de cometerse ese delito con motivo u ocasión de secuestro, torturas, sustracción de menores, robo o violación.

III. EL PROYECTO 2014 PREVÉ LOS TIPOS PENALES DE ROBO Y HURTO VIOLENTO

El de robo consiste en quitar a otro una cosa mueble ajena para apropiársela o para que un tercero se la apropie, constriñendo mediante violencia o amenaza grave a otro a tolerar el apoderamiento de la cosa o a facilitarlo, ya sea manifestándola o entregándola. Se precisa que constituye violencia la muerte de otro para impedirle oponer resistencia a que se quite la cosa.

El hurto violento –inspirado, creo, en el artículo 242 del Código Penal Alemán– lo perpetra quien mediante violencia o amenaza grave impidiere a otro la legítima defensa de su propiedad o la recuperación legítima de la tenencia de la cosa mueble que ha sido objeto de un hurto reciente. O sea, el ladrón que utiliza la coacción para mantener la cosa sustraída bajo su esfera de control.

Sin perjuicio de las naturales discrepancias que puedan tenerse con algunas proposiciones de las propuestas de reforma, el esfuerzo hecho por desprender al Código de sus ataduras decimonónicas y situarlo en la senda de los cuerpos legales que lideran las reformas imprescindibles de acordar en los delitos examinados, debe ser bienvenido, sobre todo, por haberse tenido presente la necesidad de que los principios cardinales del Derecho Penal cumplan efectivamente el rol vinculante de faro del legislador y barrera protectora de las garantías ciudadanas que les es propio –e irrenunciable– en un ordenamiento penal democrático.

Mi maestro, el profesor Alfredo Etcheberry, escribió en 1975, con ocasión de los 100 años de vigencia del Código Penal, que éste fue un cuerpo de leyes adecuado para su época y que ha cumplido decorosamente su función reguladora en el siglo que lleva de vigencia. No obstante, creemos llegado el momento de que deje paso a un nuevo código, que, sin renegar del noble ideario liberal que inspiró a aquel, recoja los progresos de la ciencia, se haga eco de los nuevos criterios ético-sociales y responda a las necesidades prácticas que las condiciones modernas de vida presenten⁶².

⁶² ETCHEBERRY, Alfredo, Centenario del Código Penal chileno: ¿permanencia o caducidad?, en *Actas de las Jornadas Internacionales de Derecho Penal en celebración del centenario del Código Penal chileno* (1975), pp. 373 y ss.

Todos estaremos de acuerdo en que estas sabias reflexiones están plenamente vigentes y el paso del tiempo se ha encargado de hacer más acuciante la tarea.

Actividades como esta jornada tan magníficamente organizada evidencian no sólo un genuino interés sino un real compromiso con las tareas de reforma que deben ser aplaudidas, más allá de los diferentes puntos de vista.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO ÁLAMO, Mercedes, El sistema de las circunstancias del delito, Estudio General (Valladolid, 1981).
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, Los delitos de homicidio en el Derecho vigente y en el futuro Código penal, en *Doc. Jur. 37/40 (monográfico PANCP) Vol. 1*, (1983).
- ETCHEBERRY, Alfredo, Derecho Penal, T. III (Santiago, 2004).
- , Centenario del Código Penal chileno: ¿permanencia o caducidad?, en *Actas de las Jornadas Internacionales de Derecho Penal en celebración del centenario del Código Penal chileno*, (1975).
- ESER, Albin, Freiheit zum Sterben - Kein Recht auf Tötung, en *DJ 17*, (1986).
- ESER, Albin; KOCH, Hans-Georg, Die vorsätzlichen Tötungsbestände-Eine reformpolitisch - rechtsvergleichende Struktur - und Kriterienanalyse, en *ZStW*; (1980).
- GARRIDO MONTT, Mario, Derecho Penal, T. III (Santiago, 2007).
- , El homicidio y sus figuras penales (Santiago, 1994).
- GUZMÁN DÁLBORA, José Luis, El robo por sorpresa y la actividad del carterista, en *Gaceta Jurídica N° 236* (2000).
- GRACIA MARTÍN, Luis, en DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, GRACIA MARTÍN, Luis (editores), Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad (Valencia, 1993).
- KÜNSEMÜLLER, Carlos, Delitos contra la vida, en *Problemas Actuales de Derecho Penal* (2003).
- , “El robo por sorpresa no es una modalidad genuina de robo”, en *Revista de Derecho y Ciencias Penales N° 7* (2005).
- , Delitos de hurto y robo: una reforma inaplazable en el Código Penal chileno, en *El penalista Liberal, Libro Homenaje al profesor Manuel de Rivacoba y Rivacoba* (2004).
- , Importancia dogmática y político-criminal de los principios limitadores del *ius puniendi*”, en *Derecho Penal y Política Criminal* (2012).
- LABATUT GLENA, Gustavo; ZENTENO, Julio, Derecho Penal, T. II (Santiago, 2006).

- MATUS, Jean Pierre, El sistema de penas vigente a la luz del borrador para una propuesta sobre un posible sistema de penas en una futura reforma penal, sobre la base de acuerdos adoptados entre la 8ª y la 17ª sesión del Foro Penal, en *Problemas Actuales de Derecho Penal*, Universidad Católica de Temuco (2003).
- MERA, Jorge, Hurto y Robo (Santiago, 1995).
- _____, Derechos Humanos en el Derecho Penal Chileno (Santiago, 1998).
- MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho Penal, Parte Especial (Madrid, 2013).
- MOOS, Reinhard, en *Wiener Kommentar zum StGB*, 22. Lief. (par. 75-79) (1984).
- MAPELLI CAFFARENA, Borja, Proyecto alternativo de ley reguladora de la ayuda a morir, Introducción, texto y fundamentos, en *ADPCP*, T. XXI, Fasc. III, (1988).
- NOVOA ALDUNATE, Eduardo, Delitos contra la vida y la salud en el Anteproyecto de Nuevo Código Penal, exposición en el primer ciclo de conferencias sobre el Anteproyecto de Código Penal, Universidad de Las Américas Año N° 5 (2007).
- OTTO, Harro, Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte, Dritte Auflage (Berlín, 1991)
- POLITOFF, Sergio; MATUS Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial, (Santiago 2005).
- POLITOFF, Sergio; BUSTOS, Juan; GRISOLÍA, Francisco, Derecho Penal Chileno, Parte Especial (Santiago, 1971).
- POLITOFF, Sergio, Nota a sentencia, en *RCP*, T. XXIV, N° 3 (1965).
- RODRÍGUEZ DEVESA, José María, Derecho Penal Español, Parte Especial (Madrid, 1975).
- _____, Consideraciones generales sobre los delitos contra la propiedad, en *ADPCP*, T. XIII, fasc. I (1960).
- SANZ MORÁN, Ángel José, Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida, en *ADPCP*, T. XLVIII, Fasc. III (1995).
- TORÍO LÓPEZ, Ángel, Estudio de la reforma de los delitos contra la vida (parricidio, asesinato, en *Repercusiones de la Constitución en el Derecho Penal* (1983).
- _____, Instigación y auxilio al suicidio, homicidio consentido y eutanasia como problemas legislativos, en *Estudios Penales y Criminológicos I* (1981), p. 229.
- VILLAMOR LUCÍA, Fernando, Derecho Penal Boliviano, Parte Especial (La Paz, 2007).
- WESSELS, Johannes, Strafrecht Besonderer Teil – 1, 6. Auflage (Heidelberg, 1982).