

FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE



“NUEVAS TENDENCIAS EN DELITOS CONTRA LA VIDA: EL HOMICIDIO”

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN
CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES
PROF. CARLOS KÜNSEMÜLLER

SOLANGE SILVA QUILODRÁN

SANTIAGO, ABRIL 2010

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	2
CAPITULO I	5
EL DELITO DE HOMICIDIO EN LA LEGISLACIÓN CHILENA	5
1.1 HOMICIDIO SIMPLE.....	9
1.1.1 Tipo Objetivo.....	11
1.1.2 Tipo Subjetivo.....	23
1.2 HOMICIDIO CALIFICADO	34
1.2.1 Tipo objetivo	37
1.2.2 Tipo subjetivo.....	51
1.3 HOMICIDIO DOLOSO	52
1.3.1 Elementos del dolo	52
1.3.2 Tipos de Dolo.....	55
1.3.3 El Error en el Homicidio	75
1.4 HOMICIDIO CULPOSO	80
1.4.1 Elementos de la culpa.....	83
CAPITULO II	92
ANÁLISIS DEL HOMICIDIO EN EL DERECHO COMPARADO	92
2.1 Análisis del homicidio en los códigos Penales Europeos	92
2.1.1 El homicidio en el Código Penal Español.....	92
2.1.2 El Homicidio en el Código Penal Alemán.....	104
2.1.3 El Homicidio en el Código Penal Francés	115
2.1.4 El Homicidio en el Código Penal Italiano.....	118
Análisis de la figura de Homicidio en los Códigos Penales Latinoamericanos	122
2.2.1 El homicidio en el Código Penal de Colombia.....	122
2.2.2 El Homicidio en el Código Penal de Argentina	128
2.2.3 El Homicidio en el Código Penal de Bolivia.....	131

2.2.4 El homicidio en el Código Penal de Costa Rica.....	133
CAPITULO III	140
NECESIDAD DE UNA NUEVA LEGISLACIÓN PENAL.....	140
4.1 Foro Penal: Anteproyecto de un nuevo Código Penal.....	140
4.2 Metodología de trabajo	147
4.3 Nuevas Tendencias del Derecho Penal	168
CONCLUSIONES.....	173
BIBLIOGRAFIA.....	177

INTRODUCCIÓN

El sistema de la Parte Especial tiene por objetivo clasificar los distintos supuestos de hechos en clases, familias o grupos de delitos, y formular algunos criterios generales para correlacionar tanto los distintos miembros de una clase como las distintas clases entre sí.

El criterio sistemático dominante en nuestra cultura jurídica es el del bien jurídico protegido u objeto de protección. La principal distinción sistemática vinculada al concepto de bien jurídico como criterio clasificatorio de la Parte Especial es la que se refiere a la identificación del titular de ese bien, y que puede ser una persona concreta o bien la totalidad de los miembros de la comunidad. En el primer caso estamos ante bienes jurídicos individuales; en el segundo, ante bienes jurídicos difusos o colectivos.

Los bienes jurídicos personalísimos son: la vida, la integridad personal, la libertad personal, la intimidad, la autodeterminación sexual y el honor, y bienes jurídicos patrimoniales como la propiedad y el patrimonio.

El bien jurídico protegido por el delito de homicidio es la vida humana, y socialmente el bien máspreciado por la mayoría de las personas, pues en base a este bien pueden desarrollarse los demás derechos de que todo individuo es titular.

Por esa razón los atentados dirigidos a provocar la muerte de otra persona, constituyen conductas altamente reprochables y condenables por la sociedad y por la ley.

El delito contra la vida por excelencia es el homicidio, el bien jurídico protegido es la vida en el sentido estricto del término, es decir, en la protección frente a ataques dirigidos a provocar la muerte de otra persona, y aún más habría que especificar que si bien existen otras figuras que protegen de igual forma este bien jurídico, se trata de figuras especiales que en términos amplios y generales también serían homicidios, como son el parricidio, como la forma más grave de homicidio, el infanticidio y el aborto que protege el producto de la concepción, es decir una vida en formación, pero que se encuentran tipificados en forma independiente. Es decir, la expresión “homicidio”, en nuestro sistema tiene doble alcance: uno genérico, cuando encabeza el párrafo primero, comprensivo de varias conductas conformante cada una de ellas de un delito de homicidio. Así el párrafo primero del título VIII del Libro Segundo describe y sanciona las conductas constitutivas de homicidio y entre ellas distingue las denominadas homicidio simple y homicidio calificado, parricidio, auxilio al suicidio y homicidio en riña, si bien están comprendidos en ese párrafo, el homicidio en riña o pelea y el auxilio al suicidio, no constituyen figuras de homicidio.

Existen otros atentados a las personas que están tratados en el título VIII entre los delitos contra las personas, y que también protegen la vida en

términos más genéricos pues no se trata de ataques a la persona dirigidos a provocar la muerte, resultado que puede suceder o no, sino que de otro tipo de conductas, como son los delitos de lesiones y mutilaciones, que se califican como atentados a la salud y la integridad física, pero que están indudablemente vinculados con la vida, con la personalidad biológica del ser humano.

Esta memoria se refiere particularmente a la figura del homicidio y por lo tanto al bien jurídico vida humana autónoma; y el objetivo del trabajo desarrollado es analizar, a partir de la sistemática del Código Penal vigente y del derecho comparado europeo y latinoamericano, la necesidad de reformar ese cuerpo legal, según las nuevas tendencias en delitos contra la vida que ya se han manifestado y concretado en legislaciones extranjeras. En nuestro país este trabajo ha sido desarrollado desde el año 2001 por iniciativa del Gobierno en el Foro Penal integrado por una Secretaría Técnica, el Jefe de la División Jurídica del Ministerio de Justicia y abogados asesores de dichas divisiones, además de un grupo numeroso de connotados penalistas.

Entender los fundamentos del Foro Penal y los distintos criterios que se tuvieron presentes en la elaboración de un nuevo Código Penal, ya entregado, es también un objetivo de este trabajo.

Así, en una primera parte de esta memoria se sistematiza la figura de homicidio, tal y como se encuentra en el Código Penal, y a partir de ello se analiza comparativamente con legislaciones europeas y latinoamericanas para

comprender concretamente la necesidad de reformar la legislación penal en Chile.

Posteriormente, en una segunda parte, se desarrollan los fundamentos del Anteproyecto de un Nuevo Código Penal Chileno y se presentan las reformas propuestas en lo que dice relación particularmente con el delito de homicidio.

CAPITULO I

EL DELITO DE HOMICIDIO EN LA LEGISLACIÓN CHILENA

Los delitos que, dentro del título VIII del libro II del Código Penal, atentan contra la vida, la integridad corporal y la salud, son el homicidio en sus diversas formas, el auxilio al suicidio, las lesiones corporales y el duelo.

Con todo, existen otros delitos que, atentando contra el mismo bien jurídico, no fueron situados por el legislador dentro de este título; así sucede con el aborto, que es un atentado contra la vida en gestación, consistente en la muerte del nasciturus y no en la mera aceleración del nacimiento. Asimismo, el abandono de niños y de personas desvalidas constituyen delitos contra las personas por el riesgo considerable que crean para su salud o integridad física. No obstante, el Código los sancionó, al igual que el aborto, en el título VII.

No hay que confundir estos casos, en que efectivamente se atenta contra la vida o la integridad corporal, con ciertas figuras delictivas en que el objeto directo de la tutela jurídica es otro y los daños físicos a la vida o salud son meras resultantes, que pueden acaecer o no, así por ejemplo, el delito de incendio puede traer consigo la muerte de una persona, pero es claro que no puede confundirse esta situación con el caso de quien, para dar muerte a otro incendia su casa, hipótesis esta última que constituye verdaderamente, a diferencia de la primera, un atentado contra la vida. Lo mismo cabe decir

respecto de la aplicación de tormentos, de los cuales se sigue la muerte de la víctima o del secuestro del cual resulta daño grave del ofendido.¹

El título VIII del Libro II se denomina “Crímenes y simples delitos contra las personas” y está dividido en ocho párrafos: el 1º “Del Homicidio”; el 2º “Del Infanticidio”; el 3º “Lesiones corporales”; el 4º “Del Duelo”; el 5º “Disposiciones comunes a los párrafos I, II, IV de este título”; el 6º “De la calumnia”; el 7º “De las injurias”; y el 8º “Disposiciones comunes a los dos párrafos anteriores”.

El simple enunciado de las diversas figuras que comprende permite plantear reparos en relación al empleo de la voz “personas” que los engloba. La Comisión Redactora no hizo, al parecer, un mayor análisis del título, simplemente lo recogió del C.P Español de 1848, que sirvió de modelo para redactar el nacional.

La expresión “persona” tiene distintos matices; desde un ángulo jurídico penal puede considerarse que se refiere a quien es titular de los derechos que el Código señala como objetos de protección; puede también entenderse como el ente físico que constituye la persona o podría hacer alusión a la esencia de la persona, o sea, su vida. Estos sentidos o alcances de la expresión persona no son satisfactorios, pues, personas son los titulares de todos los derechos que son objeto de preocupación de las leyes penales, y no sólo de aquellos a que

¹ DUCOS KAPPES, LUIS 2001. Derecho Penal Parte Especial, Universidad Central, pág 48

se refieren los delitos que se sancionan en este título; la propiedad , la familia, el estado civil, etc.

El concepto de “persona” debe ser necesariamente uno para todos los aspectos del derecho, ya que constituye el objeto, su centro. Cuando comienza a relativizarse la definición de persona, ocurren los más variados cuestionamientos del alcance de diversas normas, como ha sucedido este último tiempo a propósito de la discusión del aborto. En este sentido, “persona” es no sólo el ente físico, sino que también los atributos inherentes a la calidad de “individuo”.

EL HOMICIDIO

El delito contra la vida humana por excelencia es el homicidio, pero también hay otros tipos penales que coinciden en la protección de este bien jurídico. En realidad existen numerosas figuras delictivas donde el bien “vida” tiene relevancia y, no obstante, normalmente no se incluyen entre aquellas que especialmente la protegen.

El párrafo primero del título VIII del Libro Segundo describe y sanciona las conductas constitutivas de homicidio, que se clasifican habitualmente en homicidio simple, homicidio calificado, parricidio e infanticidio, todos delitos de resultado; el auxilio al suicidio es una figura de peligro para la vida humana.

La expresión “homicidio” por lo tanto, en nuestro sistema tiene un doble alcance: uno genérico, cuando encabeza el párrafo 1º, comprensivo de varias

conductas, conformante cada una de ellas de una especie o forma del tipo “matar a otro”. En sentido restringido, la expresión “homicidio” se refiere al tipo penal descrito en el artículo 391 N° 2 como figura básica de este grupo de delitos denominada “homicidio simple”.

Las figuras de homicidio se pueden agrupar en dos amplios sectores: figuras principales y secundarias. Entre las principales están el homicidio simple, el homicidio calificado, el parricidio y el infanticidio. El homicidio simple es la figura base (genérica y residual), el homicidio calificado y el parricidio, desde el punto de vista de sus sanciones, son delitos agravados, y el infanticidio – en relación al parricidio – es una figura privilegiada (atenuada) .

Son figuras secundarias el auxilio al suicidio y el homicidio en riña, aunque la naturaleza de estas últimas es diferente, ya que en ellas no se castiga a quien ha dado muerte a otro.

Todos estos delitos tienen por objeto proteger la vida plena o independiente, o sea, la vida de quien ha alcanzado la condición de persona, esto es, de “individuo”; a su vez, el tipo de aborto ampara la vida dependiente o en formación, o sea, la de un ser humano que está por nacer (art. 19 N° de la Constitución Política).

Existen otros atentados a las personas que están tratados en el título VIII, tales como las lesiones y mutilaciones, que se califican como lesivas de la salud

y la integridad física, pero que indudablemente deben vincularse con la vida,² ya que esos atributos psico-físicos suponen un individuo vivo.

1.1 HOMICIDIO SIMPLE

El Código Penal no define el homicidio, sino que se limita a configurarlo en el artículo 391, al señalar la acción típica que lo integra (matar a otro) y la sanción que le impone. Como es una noción tan escueta, incluso podría inducir a pensar que en nuestra legislación el homicidio es un delito calificado por el resultado. Según la definición del artículo 1º: “Es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley. Las acciones u omisiones penadas por la ley se reputan siempre voluntarias...” Así entendido, el homicidio consiste en “matar voluntariamente a otro”.

Tres son, por consiguiente, los elementos que lo componen:

- a) la acción de matar a una persona, aspecto material del delito;
- b) que el resultado típico, la muerte de la víctima se deba a la acción dolosa del hechor.
- c) relación de causalidad entre el resultado muerte, y la conducta del homicida.³

El bien jurídico protegido es la vida, sin distinción alguna, bien cuya garantía está asegurada por la Constitución Política en el artículo 19 N°1, que protege tanto la vida de la persona, como la del que está por nacer. Pero el homicidio se refiere únicamente a la vida de la persona que tiene existencia independiente,

² GARRIDO MONTT, MARIO , Derecho Penal Parte Especial Tomo III, 2001, pág. 20

³ LABATUT GLENA, GUSTAVO, Derecho Penal Tomo II, 1977, pág. 172

no la del nasciturus, cuya existencia es dependiente y que se ampara con el delito de aborto, según ya se indicó.

Si bien la protección de la vida es amplia, nunca llega a ser absoluta, su protección encuentra límite cuando entra en colisión con otros derechos relevantes. La vida no escapa a este principio, se permite su sacrificio a través de la defensa legítima en determinados casos (artículo 10 N° 4, 5 y 6)

La doctrina nacional concuerda en que en un principio la vida es protegida con el delito de homicidio en su plano físico-biológico, libre de valoraciones sociales sobre la calidad o naturaleza de esa vida. En consecuencia, su debilidad o proximidad de extinción no permite excluirla de protección, por ello se rechaza la eutanasia. Todas las vidas son igualmente amparadas, sea que su titular sea hombre o mujer, niño o anciano enfermo o sano, de cualquier color, raza, viable o no viable.

Hoy ofrece particular importancia determinar desde cuándo y hasta cuándo se extiende la protección de la vida plena para los efectos del delito de homicidio. La respuesta podría aparentemente ser simple: desde el nacimiento hasta la muerte; pero el problema se suscita en torno a la precisión de ambas nociones.

1.1.1 TIPO OBJETIVO

Dentro de la fórmula “matar a otro” se distinguen tres aspectos: el verbo rector, el sujeto activo y el sujeto pasivo.

- a) Sujeto activo: Se afirma comúnmente que el sujeto activo del delito de homicidio puede ser cualquier persona. Esta afirmación sólo debe reputarse válida para los delitos de acción. En los delitos cometidos por omisión, el concepto de sujeto activo se encuentra restringido a aquellas personas que reúnen las condiciones especiales que fundamentan la llamada posición de garante.
- b) Sujeto pasivo: De los propios términos de la ley (“el que mate a otro”) se infiere que el sujeto pasivo de este delito debe ser otra persona viva, diferente del autor, por lo que el suicidio, que tampoco está previsto como figura autónoma, es impune en nuestra legislación.

El primer asunto que debe abordarse concierne al tránsito entre la vida incipiente (tutelada por el aborto) y la vida de la persona como tal (tutelada por el homicidio).⁴

La ley penal no ha definido lo que debe entenderse por persona. La ley civil establece en el artículo 55 del Código Civil, que son personas “todos los individuos de la especie humana, cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición”. Esta definición coincide con el sentido natural y obvio del término,

⁴ POLITOFF SERGIO, GRISOLIA FRANCISCO, BUSTOS JUAN, Derecho Penal Chileno Parte Especial, 1993, pág.44-45

según el uso general del mismo, y por consiguiente puede darse también por válida para el derecho penal.

La referencia a una criatura viva no debe llevarnos a exigir una determinada condición de vitalidad en el producto del parto para ser sujeto pasivo idóneo de homicidio. La ley sólo exige que se trate de una persona viva. Dar muerte al recién nacido que, por la conformación de sus órganos u otras circunstancias, está destinado irremisiblemente a morir dentro de poco tiempo, es homicidio; igualmente, en el otro extremo de las posibilidades, es también homicidio dar muerte al anciano moribundo.

La definición legal exige que la persona sea un individuo, es decir, un ser vivo con existencia independiente. Por esta razón el nasciturus no puede ser considerado víctima de delito de homicidio, ya que si bien es un ser vivo, no es un individuo, pues no tiene vida independiente: está unido a su madre de modo natural y no por accidente, y su vida depende también naturalmente de ésta. La vida del nasciturus está asimismo protegida por la Constitución y la ley penal, a través de las distintas figuras del delito de aborto, mas no por las figuras de homicidio.

El límite entre el delito de aborto y el de homicidio, está constituido por el comienzo de la calidad de persona, que, de acuerdo con la definición legal, se adquiere con la autonomía de vida al convertirse la criatura parida en individuo. Entre nosotros el punto ha sido controvertido, en virtud de lo dispuesto en la regla del artículo 74 del Código Civil; “La existencia legal de toda persona

principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre”. Así según este precepto, la calidad legal de persona se adquiere con el nacimiento, y éste se identifica con la “separación completa” de la madre, siempre que la criatura sobreviva un momento siquiera.

Tradicionalmente se ha considerado la “separación completa” a que se refiere el Código Civil como sinónima del seccionamiento del cordón umbilical, o al menos, de la expulsión completa de dicho cordón, la placenta y sus anexos, del interior del vientre materno.

Debe tenerse presente, que el Código Civil, si bien se refiere a la separación completa, no habla del corte del cordón umbilical ni de expulsión de la placenta. De allí que desde el punto de vista médico-legal se sostenga que la “separación completa” debe referirse únicamente a la completa expulsión de la criatura del interior del vientre materno, ya que con posterioridad a ese momento la criatura no está unida verdaderamente a su madre, sino al cordón umbilical y la placenta que no son parte integrante del organismo de la madre.

Dentro de este título VIII, de los delitos “contra las personas”, reglamenta el Código Penal el delito de infanticidio (artículo 394), caracterizándolo como la muerte inferida al hijo o descendiente por sus padres o ascendientes, “dentro de las cuarenta y ocho horas después del parto”. Se desprende de tal texto que para los efectos penales se comienza a ser “persona” “después del parto”. La referencia no aparece hecha, por lo tanto, al nacimiento, como en materia civil, sino al parto. El parto no ha sido expresamente definido ni por la ley civil ni por

la ley penal. En su sentido natural y obvio, es el proceso por el cual la criatura producto de la concepción es expulsada del vientre materno. El tenor del artículo 394 nos llevaría a concluir que solamente terminado este proceso fisiológico podría el producto de la concepción llamarse persona y ser sujeto pasivo idóneo del delito de homicidio. Sin embargo, la determinación jurídica del comienzo de la calidad de persona no puede dejarse librada enteramente a conceptos que son médicamente variables.

El recurso a la definición de persona, contenida en el artículo 55 del Código Civil, puede auxiliarnos en la determinación precisa del momento en que comienza su existencia como tal para los efectos penales. Ya se ha dicho que de acuerdo con dicho concepto legal la calidad de persona aparece conferida por la reunión de dos requisitos: la pertenencia a la especie humana, y tener la calidad de individuo. La condición de individuo se adquiere por la autonomía de vida, y ésta, a su vez, por la existencia de las grandes funciones vitales con independencia de la madre.⁵

- c) Verbo rector: El verbo rector consiste en matar. Matar es causar la muerte a otra persona, por acción u omisión. Se trata en consecuencia de un delito de resultado o material, no de un delito formal que se agote en una simple actividad. Los conceptos de “vida” y de “muerte” escapan, en su realidad última, a la ciencia jurídica. No quiere decir esto que sea

⁵ ETCHEBERRY ALFREDO, Derecho Penal, Tomo III Parte Especial, 1998 , pág. 36-38

imposible a su respecto establecer una reglamentación jurídica, precisamente para los efectos de esta naturaleza.

El Código Civil en el artículo 78 declara que “La persona termina con la muerte natural”, sin mayor especificación. Tampoco la ofrece el derecho penal para sus propias finalidades. Pero, el avance de las ciencias biológicas y de las técnicas médicas pone de manifiesto que la muerte no es identificable desde un punto de vista fisiológico con un momento preciso y determinado y que no afecta instantánea y simultáneamente a todos los órganos y células del cuerpo humano.

Aumenta la complejidad de este problema el hecho de que el progreso de la ciencia médica hace posible en un número apreciable de situaciones los trasplantes de órganos, esto es, la extracción de determinado órgano o tejido de un cuerpo aún dotado de manifestaciones de vitalidad, con el fin de insertarlos en la estructura somática de un paciente, para reemplazar a los de este último, ya inútiles para cumplir con su funciones naturales. Todo esto ha llevado a la ciencia médica a proponer un concepto de muerte ligado al cese de actividad cerebral, perceptible a través de un electroencefalograma plano, revelador de la ausencia de dicha actividad.

La regulación legal de esta materia entre nosotros ha ido evolucionando: limitada originalmente a los trasplantes de córneas, ha sido ampliada después por la ley 18.173, que intercaló todo un título en el Código Sanitario sobre el tema, y poco después fue reemplazado por la Ley 19.451, vigente. El artículo

11 de dicho cuerpo legal dispone que la muerte debe certificarse en forma unánime e inequívoca por un equipo de médicos, de los cuales, uno, al menos, debe ser neurólogo o neurocirujano, integrado por facultativos ajenos al equipo que vaya a realizar el transplante. Para otorgar tal certificación, debe tenerse certeza diagnóstica sobre la causa del mal, y verificarse la concurrencia de ciertas condiciones, que ponen de manifiesto la abolición “total e irreversible” de todas las funciones encefálicas.

El lenguaje de la ley es , sin embargo, cauteloso, ya que el artículo 7º dice que “se considerará como muerte la que reúne las exigencias del artículo 11” y añade, lo que es importante, que esa especie de muerte sólo tiene valor “para los efectos de esta ley”. Esto es, existirá una “muerte legal” cuando se tenga en miras la verificación de un transplante de órganos, con todas las circunstancias que la ley señala, y una “muerte natural”, como la llama el Código Civil, en los demás casos, que seguirá diagnosticándose conforme a las prácticas médicas tradicionales.⁶

A propósito de la conducta homicida cabe plantearse la comisión por omisión en el derecho chileno. El tipo del artículo 391 del Código Penal consiente el homicidio por omisión, según la opinión dominante

La conducta consiste en matar a otro y se ha aceptado que ese comportamiento no sólo comprende la acción positiva dirigida a provocar la muerte, sino también la omisión de una acción que pudo impedir o evitar esa

⁶ GARRIDO MONTT, MARIO , Derecho Penal Parte Especial Tomo III, 2001, pág. 28-29

muerte. Se trata de un tipo resultativo o prohibitivo de causar el resultado muerte a otro. A la luz de la ley chilena no es suficiente la alusión al artículo 1º del Código Penal, que al definir, el delito, señala que éste puede consistir en una acción o en una omisión. Ello porque bien podría argumentarse que el alcance del referido precepto no va más allá de los casos de omisión formalmente previstos y descritos por la ley entre los cuales no se contiene el homicidio por omisión.

Se propone entonces, como punto de partida para la construcción dogmática de la figura de homicidio por omisión, dentro de los márgenes del tipo “matar a otro” lo que se dispone en el artículo 492 inciso 1º del Código Penal, que alude explícitamente no sólo a acciones sino también a omisiones que, cometidas con dolo, constituirían un crimen o simple delito contra las personas, eventualmente pues, homicidio doloso o culposo mediante omisión.⁷

El artículo 492 expresa: “Las penas del artículo 490 se impondrán también, respectivamente, al que, con infracción de los reglamentos y por mera imprudencia o negligencia ejecutare un hecho o incurriere en una omisión que, de mediar malicia, constituiría un crimen o simple delito contra las personas”.

Respecto de los elementos típicos en el delito de homicidio de comisión por omisión (omisión impropia), el sujeto activo del delito requiere en esta hipótesis estar en una situación especial, denominada posición de garante, en relación a la víctima. Además de la posición de garante y del resultado de muerte, para

⁷ POLITOFF, GRISOLIA, BUSTOS op.cit pág. 5

que pueda darse el tipo de omisión impropia deben en la realidad fáctica darse las circunstancias de riesgo para la vida de la víctima y el garante ha de estar en condiciones de realizar la acción necesaria para evitar que el riesgo se concrete en el resultado letal.

Cuando la realización de la conducta omitida, evitadora del peligro que puede causar la muerte de una persona pudo ser cumplida por un tercero que no se encontraba en posición de garante de la víctima, sea que ésta fallezca o no por tal motivo, no hay conducta típica, porque el legislador no impuso como norma general el cuidado de la vida de nuestros semejantes. No obstante, hay un caso especial, en que impuso tal obligación, y es el consagrado en el artículo 494 N° 14 (la no prestación de auxilio a la persona que en des poblado está herida, maltratada o en peligro de perecer, a la que debe socorrer salvo el caso que de hacerlo sufra detrimento). Si no presta ayuda, se incurre en un delito propio de omisión (carece de correlato en un delito común), que el Código Penal califica y sanciona como falta.⁸

Respecto de la situación conflictiva de las figuras de omisión impropia, que normalmente no se encuentran expresamente descritas junto a las de acción, la doctrina las ha reconocido en base a que ha solucionado en parte la cuestión mediante la elaboración de la figura de la “posición de garante”. Así como existe un reconocimiento doctrinal a la figura del delito de homicidio de omisión, también existe por parte de nuestra jurisprudencia un reconocimiento,

⁸ GARRIDO MONTT MARIO. Op cit.pág. 2

lo cual ha sido establecido en varias oportunidades. A continuación se expone un ejemplo de cómo la Corte de Apelaciones de Santiago ha reconocido la figura: “En efecto, como el delito es una figura de resultado, puede cometerse no sólo por un actuar, sino también por un omitir... El artículo 1 del Código Penal... reconoce una realidad incuestionable: la que el hombre puede producir resultados a través de comportamientos activos y de omisiones... se obtiene de ese modo la verdad normativa donde se presenta la posibilidad de que un hecho descrito como ilícito por la ley se realice por un no hacer...”⁹

Así como la doctrina y la jurisprudencia han admitido que no existe un obstáculo constitucional y legislativo para que se reconozcan los homicidios por conductas omisivas, resulta ahora necesario determinar las fuentes específicas de la obligación de impedir la muerte de las personas. Por tanto es necesario determinar quiénes pueden tener la posición de garante.

Fuentes de la posición de garante¹⁰

Un individuo incurre en omisión cuando estaba obligado a actuar en un sentido determinado para preservar un bien valorado por el derecho y, pudiendo, no lo hace. No debe vincularse esta obligación con la general de solidaridad que pesa sobre todos los componentes de una comunidad, se trata de un deber específico que tiene un individuo en particular. Esto sucede en las siguientes situaciones:

⁹ GACETA JURÍDICA, N° 101, año 1998, pág.40

¹⁰ GARRIDO MONTT, MARIO, El Homicidio y sus figuras penales, año 1994, pág. 32-34

a) Cuando el ordenamiento jurídico impone ciertos deberes, como ocurre con los padres en relación a los hijos y en general, en las relaciones de familia.

b) Tratándose del deber que tiene origen en la aceptación del agente, como cuando contractualmente asume un compromiso que lleva el preservar la vida o salud, lo que también puede suceder por la vía cuasicontractual. En países como Alemania e Italia se considera la fuente más “fecunda”. Entre los contratos que se consideran más importantes son aquellos de prestación de servicios en que se establece una obligación de velar por las personas desvalidas; y los contratos de servicios profesionales que se fundamentan en un deber de evitar resultados lesivos para la vida y la integridad corporal. Lo esencial es que con respecto a los contratos los sujetos asumen un deber de cuidado por un bien jurídico. La doctrina considera que la gama que se incluye dentro de los contratos es amplia, así por ejemplo se incluyen los cuasicontratos y deberes administrativos como por ejemplo los que tienen los funcionarios policiales.¹¹

c) Cuando el deber de actuar emana del hacer previo del agente, la tesis se puede resumir con las palabras de Welzel: “quien por un hacer activo, aunque sin culpa, ha creado el peligro de un resultado determinado, debe evitar la producción de ese resultado”. Esta tesis presenta muchos equívocos en cuanto a la determinación de su alcance. Se sostiene por ejemplo, que no se está obligado a prestar auxilio a quien se ha herido en la acción precedente de

¹¹ POLITOFF, GRISOLÍA Y BUSTOS, op. cit. pág. 57

legítima defensa; pero sí lo está aquel que produjo una situación de peligro por hechos antijurídicos, culposos o dolosos, si no evita el peligro responderá del resultado, salvo cuando éste ya se hubiera producido.¹²

d) Cuando la comunidad de vida impone a las personas la necesidad de velar mutuamente por ciertos bienes: se sostiene que puede ser fuente del deber de actuar “una relación especial de confianza, de la que se espera la evitación de determinados peligros, como consecuencia de las relaciones de la vida social, basadas sobre una particular confianza recíproca”, entre los que se encontrarían los peligros que afecten a la integridad física y a la vida. Esta doctrina presupone que al estar los miembros de una sociedad, dada sus condiciones de convivencia, sujetos en común a ciertos riesgos, cada uno tiene el deber de evitar que otro los sufra en concreto. En nuestro país, no tiene justificación dogmática la solidaridad como fuente de deberes relevantes penalmente.

Cuando se mata mediante una conducta activa (acción), cualquiera persona puede ser autora del delito de homicidio, sin distinción de su sexo, edad o cualquiera otra circunstancia, lo mismo sucede con el sujeto pasivo del delito, o sea el titular del derecho a la vida.

El objeto de la acción se confunde aparentemente con el sujeto pasivo, pero son dos nociones jurídicamente identificadas: el objeto de la acción es el cuerpo de la víctima, en contra del cual el agente dirige su actividad para provocar el

¹² GARRIDO MONTT, MARIO, El Homicidio y sus figuras penales, 1994, pág. 36

deceso, en tanto que el sujeto pasivo es la persona, como titular del derecho a la vida que es atacada.

El delito de homicidio es un delito de lesión, requiere para su consumación de un resultado: la muerte de la víctima.

Es frecuente que la acción matadora del autor no se materialice de inmediato en el deceso de la víctima, deceso que sobreviene con posterioridad. Normalmente la referida circunstancia no modifica la relación existente entre la acción y el resultado, de suerte que si la muerte sobreviene días y aún meses más tarde, siempre se estará ante un homicidio. El problema se suscita cuando entre la acción y el resultado muerte sobreviene algún otro hecho que interrumpe o modifica el curso causal originario; conforme a la doctrina actualmente dominante, dicha vinculación debe realizarse siguiendo los parámetros de la llamada *imputación objetiva*; “así el que simplemente empuja o golpea levemente a otro, quien cae al suelo producto de su estado de embriaguez y muere días después por el TEC que le causa la caída, causa esa muerte, pero solo en el sentido de la conditio. Sin embargo, si aplicamos los criterios de la imputación objetiva¹³, podemos señalar que, si bien la conducta del autor no estaba permitida, dicho resultado, por su propio carácter de

¹³ POLITOFF, MATUS, RAMIREZ, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial, 2005 pág. 34.

extraordinario e imprevisible, y por tanto, fuera del control del autor (quien, por lo mismo, no puede quererlo ni evitarlo), no es imputable objetivamente”.¹⁴

1.1.2 TIPO SUBJETIVO

En nuestra legislación, a diferencia de las de otras partes del mundo, como ocurre en Italia o Colombia, por ejemplo, no existe un tratamiento distinto para el homicidio doloso, homicidio culposo y el homicidio preterintencional, por lo que se han presentado ciertas complicaciones en su tratamiento dogmático y jurisprudencial, en especial en lo que respecta al homicidio preterintencional.

Respecto del homicidio culposo no se presentan grandes dificultades, en razón de que se aplican las normas del Título X del Código Penal; en cuanto al homicidio doloso, esta figura puede darse tanto en el homicidio simple, como en el calificado, teniendo en este último tipo cabida exclusiva. Pero, en cambio,

¹⁴ “Considerando 5º: Que, sobre la base de lo anterior, ha de examinarse si tales circunstancias concurrentes a la producción del resultado muerte-la falta de oportuna atención médica y el enfriamiento de la víctima-pueden ser calificadas como concausas. Si la respuesta fuese positiva, entonces estaríamos en presencia de un homicidio concausal. Puede definirse tal homicidio como aquel que “tiene lugar toda vez que, con intención de matar, el agente ejecuta un hecho que por sí sólo es insuficiente para producir la muerte, la que sobreviene por la concurrencia de causas preexistentes, concomitantes o equivalentes, ajenas a la voluntad del hechor”, Gustavo Labatut, Derecho Penal, Parte Especial, pág. 229. por tanto, lo más relevante de una concausa es el hecho de ser una circunstancia concurrente a la producción del resultado ajena a la voluntad del agente.

Considerando 6º: Que, en lo concerniente a la falta de ayuda médica oportuna, resulta evidente que no se trata de una concausa, toda vez que ella dependía directa y exclusivamente del propio encausado, quien era el único que tenía conocimiento de la grave situación que afectaba a Juan Oporto. No debe olvidarse que habría bastado con que el encausado hubiese efectuado una llamada telefónica a la asistencia pública o que hubiese comunicado lo sucedido a terceros para que la intervención médica se hubiese materializado. (Recurso de Casación en el Fondo. Rol 1.338-98, 2º Sala de la Corte Suprema integrada por los señores Guillermo Navas, Alberto Chaigneau, José Luis Pérez y Enrique Cury, y el abogado integrante Vivian Bullemore)

respecto del homicidio preterintencional no existe un tratamiento legislativo, por lo que su figura ha dado lugar a un profuso desarrollo doctrinario.

El tipo penal es en esencia la descripción de un comportamiento del hombre, pero no de cualquier comportamiento, solo de aquellos denominados finales, o sea de la actividad realizada con el objeto de alcanzar ciertas metas concretas previamente representadas. La circunstancia de que únicamente los comportamientos voluntarios finales del hombre sean los que tienen relevancia penal, consagra un principio medular para el derecho penal; comprende exclusivamente los actos previsibles.

Estos actos pueden, a su vez, agruparse en dos grandes categorías: aquellas en que además de ser previsibles sus efectos, el sujeto los “quería”, contaba con ellos al realizar la acción, que constituyen los actos dolosos; y aquellos en que no obstante ser previsibles sus consecuencias, el sujeto al realizar la acción, no las previó o si bien las previó, confió imprudentemente en poder evitarlas, que constituyen los actos culposos.

Homicidio doloso

Hasta hace un tiempo cierta parte de la doctrina chilena, señalaba que el aspecto objetivo del homicidio estaba constituido por el resultado de la muerte del hombre, en tanto que el elemento subjetivo lo constituía la simple intención genérica de causar daño físico, o, siendo más específico, la intención de herir, golpear o maltratar (el denominado “dolo indeterminado o genérico”), por tanto,

existiendo este elemento subjetivo, sería el elemento objetivo, es decir la muerte del individuo, el que serviría de base para determinar el título de incriminación (ejemplo: homicidio, parricidio, etc). Por tanto, no era necesaria la denominada intención de matar. Los argumentos para esta tesis tienen una razón principalmente histórica, según la cual el Código Penal español de 1848 (en el cual se inspira el Código Penal chileno) suprimió de forma explícita la expresión “intención de matar” que contenía el Código Penal de 1822. El argumento dado por la doctrina que esgrimió tal tesis, fue que en el esquema dado, usado para los delitos determinados por el resultado, estas figuras suponen un tipo base y una serie de resultados que van a determinar la pena “calificando” ese tipo base, por lo tanto lo único que se exige es que el dolo cubra la base. La aplicación consecuente de esta tesis implicaba conclusiones incoherentes y desconcertantes, por ejemplo, quien disparaba a otro y no daba en el blanco podía ser penado por un delito de homicidio frustrado, a menos que hiriere a la víctima, en tal caso se incriminaría probablemente por lesiones leves, lo que resulta absurdo.¹⁵

La actual doctrina penal no acepta el “dolo indeterminado o genérico”, como señala Etcheberry,¹⁶ hay sólo el dolo propio de cada figura delictiva, que debe cubrir todos los elementos de la misma. El tipo del homicidio consiste en

¹⁵ NOVOA, EDUARDO, El Delito de homicidio y la intención de matar, en Revista de Ciencias Penales, Tomo VIII, pág. 183. En: POLITOFF, GRISOLÍA Y BUSTOS, op. cit. pág. 71

¹⁶ ETCHEBERRY, ALFREDO op cit. Pág. 10

“matar a otro”, es decir, debe existir dolo de matar. El error consiste en denominar este dolo homicida como intención de matar, según ya se indicó.

Como señala Garrido Montt¹⁷, en el homicidio, como todo delito en que la ley no describe la manera de operar o de alcanzar el evento específico prohibido, sino que globalmente se prohíbe la acción, la de matar a otra persona, resulta imperativa la consideración del actuar humano de manera unitaria, pues la acción en su fase externa, observada como un simple fenómeno físico, es incolora. Por ejemplo si A dispara a B, y no lo hiere, esa acción marginada de la finalidad con que se realizó puede llegar a constituir una tentativa de lesiones o tentativa de homicidio. Por eso se sostiene que la acción es una conducta determinada por el querer final, pero este querer no consiste en pretender alcanzar algo o aspirar a tenerlo, sino en el querer concretar el tipo delictivo.¹⁸

No hay dolos “indeterminados” o “genéricos”: hay sólo el dolo propio de cada figura delictiva, que debe cubrir todos los elementos de la misma. La simple intención general de causar algún daño físico a otro podrá ser dolo civil, mas no es dolo penal si no está referida a determinados resultados concretos previstos o al menos previsibles. El tipo del homicidio consiste en “matar a otro”, es decir, debe existir dolo de matar. El error consiste en denominar este dolo homicida traduciendo el animus necandi, como intención de matar. La

¹⁷ GARRIDO MONTT, MARIO, El Homicidio y sus figuras penales, año 1994, pág 59-60

¹⁸ GARRIDO MONTT, MARIO , Derecho Penal Parte Especial Tomo III, 2001, pág. 43-44

“intención” o propósito preciso de causar la muerte no es más que una de las formas posibles de dolo homicida.

Como se trata de una figura de resultado, tiene que haber un comportamiento dirigido a privar de la vida a otra persona, pero la voluntad puede presentar distintas alternativas direccionales. Puede tener como fin determinante la provocación del deceso (dolo directo) o considerar esa muerte como consecuencia inevitable de la acción que desea realizar (dolo indirecto); o el sujeto prevé el resultado como posibilidad, pero frente a su eventual ocurrencia queda indiferente anímicamente por su interés preferente en realizar la acción que se ha propuesto (dolo eventual).

La situación es distinta en el homicidio en grado de tentativa y frustración donde mayoritariamente se estima que es posible únicamente con dolo directo, porque para que exista requiere que todos los actos realizados por el actor subjetivamente los haya dirigido directamente hacia el referido objetivo, lo que hace indispensable una intencionalidad que en el dolo eventual no se da.¹⁹

¹⁹ Considerando 3º (...) De conformidad a lo prevenido en el artículo 7º del Código Criminal, es frustrado el delito “cuando el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consume y esto no se verifica por causas independientes a su voluntad” y la doctrina ha señalado que en el ilícito frustrado, al sujeto ya no le queda nada más por hacer, y si el resultado no se produce es que faltan elementos causales que no consisten en actos suyos, sino en intervención de terceros o fenómenos naturales, estando caracterizada la frustración por la realización por parte del agente de todos los actos directos necesarios para poner en marcha un curso causal apto para producir el hecho típico (...) Considerando 6º: Que, tomando como referencia el texto legal, la doctrina consigna como elementos del conato de que se trata, los siguientes: a) La realización por el hechor de los actos necesarios para que el delito se consume; y b) que la frustración provenga de causas independientes de su voluntad. Y cuando el legislador define con precisión el hecho punible o detalla los actos que lo configuran, la determinación de los actos necesarios para la consumación se facilita, pero a falta de estos elementos, la apreciación acerca de la presencia de todos los hechos constitutivos del ilícito debe hacerse teniendo en cuenta no sólo su naturaleza, sino también la intención del actor. Es

Homicidio culposo

El homicidio no sólo acepta la hipótesis dolosa, sino también la culposa. La falta de cuidado en la realización de la acción creadora de riesgo que se concreta en la muerte de otro (cuasidelito de homicidio de acción) o en el incumplimiento de la obligación de garante (cuasidelito de comisión por omisión) constituye culpa. Ambas modalidades son punibles en el Código nacional, artículos 490 y 492.

El homicidio culposo requiere de una voluntad dirigida a realizar una actividad cualquiera, pero por llevarla a cabo sin el cuidado debido o esperado, según las circunstancias, se concreta en la lesión de un bien jurídico: la vida de una persona o de varias; nunca esa voluntad va dirigida a matar a la víctima, de modo que siempre habrá un solo cuasidelito con resultado múltiple.²⁰

La regla general en materia de cuasidelito es la impunidad, artículo 4º: “La división de los delitos es aplicable a los cuasidelitos que se califican y penan en los casos especiales que determina este Código”; artículo 10: “Están exentos de responsabilidad criminal, nº13: el que cometiere un cuasidelito, salvo en los casos expresamente penados en la ley”

En materia de delitos contra las personas, la ley ha establecido aparentemente un régimen de amplia punibilidad del cuasidelito, con un

decir, si lo guiaba un dolo directo en el sentido de producir un resultado determinado, que en la especie es la muerte, o si sólo existió un designio encaminado a lesionar al ofendido. (Recurso de Casación en el Fondo, Rol 4.848-02, pronunciada por los Ministros señores Enrique Cury U., Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., y los abogados integrantes señor Fernando Castro A., y señora Luz María Jordán)

²⁰ Garrido Montt, Mario, op.cit. pág. 46

sistemático paralelismo entre las figuras dolosas del título VIII y las correspondientes formas culposas. Así parece desprenderse del artículo 490:

“El que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, si mediare malicia constituiría un crimen o un simple delito contra las personas, será penado...”

Los dos artículos siguientes contemplan casos particulares dentro de la misma regla general: los cuasidelitos contra las personas cometidos por profesionales de la medicina y artes curativas (artículo 491) y los cuasidelitos contra las personas cometidos con infracción de reglamentos (artículo 492).

Pese a este lenguaje legislativo no debe pensarse que todos los delitos contra las personas pueden ser cometidos culposamente.

Dentro de la fórmula del homicidio, las circunstancias que constituyen el homicidio calificado suponen todas una forma particular de dolo (premeditación, alevosía, ensañamiento, uso de veneno, móvil de lucro etc). En cuanto al parricidio e infanticidio, su punición exige el “conocimiento de las relaciones existentes entre el hechor y la víctima”. Luego, sólo puede concebirse ejecutado culposamente el homicidio en el cual no concurren las circunstancias propias del homicidio calificado ni del parricidio ni del infanticidio, esto es, desde el punto de vista típico, solamente puede existir cuasidelito de homicidio simple.²¹

²¹ ETCHEBERRY, ALFREDO op.cit pág. 12

Homicidio preterintencional

Cuando la acción del delincuente ha provocado la muerte de la víctima, en circunstancia de que sólo aspiraba a atentar contra su integridad física, sin haber querido o aceptado la posibilidad de la muerte del ofendido, hay homicidio preterintencional. En este caso el resultado excede de aquello que se pretendía lograr con la acción: se esperaba lesionar, sin embargo la conducta adquirió, en el hecho, cualidad letal y provocó la muerte no prevista.²² Se trata, en verdad, de un caso más dentro de la hipótesis general de preterintencionalidad.

Lo que sucede es que el resultado de la conducta sobrepasa la voluntad del agente (ultraintención). Se requiere que el sujeto activo realice una acción dirigida a lesionar a la víctima y no a matarla, pero que esa acción se concrete en el deceso, estando éste causalmente relacionada con aquélla. La preterintención supone que el actor – siendo la muerte previsible- no haya querido matar, sino lesionar. Indudablemente es fundamental que el resultado fatal sea previsible por el sujeto, de lo contrario estaríamos frente a un caso fortuito.

La preterintención se caracteriza por una progresión del mal en la misma línea de lesión que el agente pretendía causar a su víctima.

El tratamiento del homicidio preterintencional se discutió en el pasado, pues algunos lo consideraban como un delito calificado por el resultado, en el

²² GARRIDO MONTT, MARIO, El Homicidio y sus figuras penales, 1976, pág. 81 y ss.

que atribuían al agente la muerte, aunque ésta haya quedado fuera de su posible previsión, valiéndose de la denominada responsabilidad objetiva. Otra corriente de pensamiento consideraba que en estos delitos hay un concurso de dolo y culpa, dolo en cuanto al daño que el victimario pretendió causar en la persona física del ofendido y culpa en cuanto a la muerte no querida que se le provocó. En la actualidad hay consenso de que su naturaleza es la de un concurso ideal de delitos entre el tipo penal correspondiente al delito de lesiones dolosas y el homicidio atribuible a culpa. Una vez afirmada la existencia de ambos delitos, esto es, de lesiones dolosas intentadas o consumadas y cuasidelito de homicidio consumado, procedería hacer aplicación del artículo 75, porque se trataría de un sólo hecho que constituye dos delitos de modo que se castiga con la pena mayor correspondiente al delito más grave²³.

Características del homicidio preterintencional

Para la existencia del homicidio preterintencional se requiere, además de que se haya provocado la muerte de una persona, de la concurrencia de tres condiciones:

1. el propósito de causar daño en el cuerpo o la salud de una persona: significa que para la existencia del homicidio preterintencional la muerte de la víctima tiene necesariamente que ser el resultado de un comportamiento doloso en su

²³ GARRIDO MONTT, MARIO, op.cit pág. 49

inicio. Quedan excluidas en consecuencia, las conductas lícitas de las cuales puede derivarse un resultado fatal o los hechos negligentes o imprudentes.

2. que el resultado mortal en que aquel propósito se materializó no haya sido previsto: consiste en que la muerte haya sido previsible, ello margina de la preterintención, salvo para aquellos partidarios de la responsabilidad objetiva, el principio según el cual el agente doloso responde de todas las consecuencias de su hecho a título de dolo, hayan o no sido previsibles.

3. que ese resultado mortal haya sido previsible: esta condición permite diferenciar esta figura del homicidio cometido con dolo eventual. Si el homicida previó como posible que su comportamiento ocasionaría la muerte de su víctima y no obstante esa posibilidad, actuó, en definitiva aceptó el resultado y el hecho debe incriminársele con dolo eventual. Al contrario, si simplemente no se tuvo esa previsión, o teniéndola se actuó en el convencimiento de que en la forma como se haría lo propuesto quedaba descartada la eventualidad fatal, adoptando las seguridades del caso para evitarla, se está ante un homicidio preterintencional.

4. el resultado más grave ha de producirse en una relación causal típicamente relevante y adecuada a la clase de acción desplegada por el agente; debe existir entre la conducta dolosa y el evento antijurídico sobrevenido, no abarcado por el dolo del agente, una conexión relevante en el preciso sentido del tipo penal.

Las cuatro situaciones que habitualmente suelen presentarse como más representativas de la preterintencionalidad son las siguientes²⁴:

a) Lo pretendido: lesiones leves

Lo producido: lesiones graves

b) Lo pretendido: lesiones

Lo ocurrido: homicidio

c) Lo pretendido: lesiones

Lo ocurrido: aborto

d) Lo pretendido: aborto

Lo ocurrido: homicidio

En la preterintencionalidad está involucrada la idea de progresión, de desarrollo de una intención (dolo) agresiva básica que produce un resultado no querido, pero directamente vinculado a la acción dolosamente emprendida. La faz subjetiva de la conducta inicial se ve desbordada, sobrepasada por la progresión o desarrollo causal. El resultado más grave, fruto del “desborde” subjetivo, aparece como un resultado no buscado, pero de la misma índole del pretendido²⁵.

²⁴ KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, CARLOS, El Dolo en el Homicidio, Temas de Derecho, Universidad Gabriela Mistral, 2003, pág. 102-103

²⁵ “Considerando 2º: Que, de acuerdo a lo anterior. El recurrente ha estimado infringidas las normas contenidas en los artículos 1º y 2º del Código Penal en relación con los artículos 75, 397 nº 2 y 490 del mismo cuerpo punitivo, incurriéndose en un error de derecho al castigar al inculgado como autor del delito de homicidio al preterir la existencia de la figura jurídica que la doctrina conoce como homicidio preterintencional en el cual existe una conducta dolosa destinada a causar las lesiones y una imprudente que provoca la muerte (...) Considerando 7º: Que, de lo que se trata aquí es un problema de calificación jurídica de los hechos que constituyen el ilícito cometido. Por lo que para dilucidar el asunto planteado corresponde, en

No se dará la preterintencionalidad en los casos denominados “fuera de la intención”, como por ejemplo, cuando alguien, con dolo daña una vitrina, lanza una piedra contra ella, que da en un transeúnte y le destruyen un ojo. El resultado mayor,-más grave- realizado ha de ser la concreción del peligro representado por la acción emprendida, debe ser vinculable directamente a la conducta inicial dolosa, de manera que aparezca claramente como su desenvolvimiento no buscado.

El caso de mayor frecuencia en la práctica es el “homicidio preterintencional”, ya sea trate de lesiones seguidas de muerte, ya se trate de aborto seguido de resultado mortal para la embarazada.²⁶

1.2 HOMICIDIO CALIFICADO

Dentro de las acciones que responden al mismo tipo “homicidio”, o sea, “matar a otro”, la ley ha separado algunas que revelan una especial maldad y que , inspiran mayor repulsión moral, para constituir una figura delictiva separada y

primer lugar, hacer referencia a la figura del homicidio preterintencional, instituto doctrinal base de la defensa del presente recurso que en estos estrados se intenta. Considerando 8º: Que la figura del delito preterintencional no se encuentra definida por nuestro derecho positivo, ero sí por la doctrina, estableciéndose que esta figura se presenta cuando el evento típico supera la voluntad de realización- el dolo- del hechor, provocando que el daño ocasionado con la acción sea cualitativamente mayor que el buscado o aceptado por éste. Considerando 9º: Que, en la figura que constituye el delito preterintencional y dentro de aquellos de mayor ocurrencia, se encuentra justamente las lesiones que ocasionan el resultado muerte. Necesario resulta recordar entonces que los requisitos del homicidio preterintencional están constituidos, en primer término por la acción dolosa dirigida a lesionar corporalmente a la víctima y, en segundo lugar, por la ausencia de dolo de matar, no únicamente dolo directo, sino también dolo eventual, es decir, no sólo que no haya querido el agente provocar la muerte, sino tampoco que, habiéndose representado ese resultado como un evento probable, lo haya ratificado, hayan asentido o aceptado como su concurrencia. (Recurso de Casación en el Fondo Rol. 1.700-05, pronunciado por los Ministros señores Alberto Chaigneau del C., Enrique Cury U., Nibaldo Segura P., Adalis Oyarzún M., y abogado integrante señor Emilio Pfeffer P.)

²⁶ KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, CARLOS, El Dolo en el Homicidio, Temas de Derecho, Universidad Gabriela Mistral, 2003, pág. 103

distinta, a la que ordinariamente se da el nombre de “homicidio calificado” (artículo 391 n° 1), de acuerdo con el texto, el homicidio calificado consiste en matar a otro “sin estar comprendido en el artículo anterior” (que describe el parricidio) y concurriendo alguna de las cinco circunstancias que la disposición enumera. Por una regla de interpretación de la ley, también prevalece por sobre el artículo 391 n° 1, el artículo 394, que sanciona el infanticidio, ya que este último constituye una descripción más próxima y detallada de la acción de matar a otro, y en consecuencia, siendo disposición especial, prevalece sobre la general. Luego, el homicidio calificado consiste en matar a otro con alguna de las circunstancias del artículo 391 n° 1, y sin que concurran los requisitos propios del parricidio (artículo 390) o del infanticidio (artículo 394).

La ley ha estructurado esta figura como un delito con pluralidad de hipótesis: son varios casos diversos, que para efectos legales son, sin embargo, equivalentes. Además, estos cinco casos son muy semejantes y en gran parte coincidentes con las cinco primeras circunstancias agravantes del artículo 12. En el caso de que se cometa un homicidio con premeditación, debe sancionarse esa conducta conforme lo establecido en el artículo 391, pero no puede tomarse en cuenta la premeditación también como agravante, aplicando el artículo 12, como se explica a continuación.

Dos son los problemas que se presentan: la concurrencia de calificantes del homicidio con circunstancias genéricas del art. 12 N° 1 a 5, y la concurrencia de diferentes calificantes del art. 391 N° 1. Al primero, se suele

responder, recurriendo al art. 63 del Código Penal, que recogiendo el principio de “non bis in idem”, dispone la imposibilidad de considerar como circunstancias agravantes genéricas las que el legislador ha expresado al describir y penar un delito. De esta manera, si los hechos que constituyen la circunstancia agravante genérica sirven para constituir cualquiera de las calificantes del art. 391 N° 1, no podrá configurarse a partir de esos mismos hechos la calificante y la agravante, debiendo preferirse la primera, cuyo mayor disvalor absorberá al de la segunda. Descartadas las agravantes comunes, cuyos presupuestos permiten configurar las calificantes del art. 391 N° 1, subsiste el problema de cómo considerar la concurrencia de varias de éstas. Sin embargo, deben aquí aplicarse los mismos principios anteriores: no es posible tomar en cuenta dos veces las circunstancias que la ley ha considerado equivalentes para la configuración del hecho punible- de allí que se entienda esta figura como un tipo con pluralidad de hipótesis- y por tanto, si concurre una o varias de las calificantes, sólo se cometerá un homicidio calificado; debiendo tomarse en cuenta el mayor disvalor de la conducta al momento de la concreta aplicación de la pena, conforme a lo dispuesto en el art. 69 del Código Penal.²⁷ La doctrina española mantiene una interpretación distinta, afirma que al concurrir más de una calificante en una muerte, corresponde escoger una de ellas para conformar el tipo homicidio

²⁷ POLITOFF/ BUSTOS/ GRISOLÍA, citado en Lecciones de Derecho Penal Chileno, Sergio Politoff, Jean Pierre Matus, María Cecilia Ramírez, op cit. pág. 72

calificado, y las que sobran deben ser tratadas como agravantes generales, de modo que se estaría ante un homicidio calificado agravado.²⁸

El homicidio calificado constituye un delito con identidad propia, esto, tanto por el mayor injusto de la conducta, como por el mayor reproche que encierra.

1.2.1 TIPO OBJETIVO

Corresponde al descrito en el homicidio simple, con la particularidad de que sus posibles medios de comisión quedan restringidos a los cinco señalados en el artículo 391 n° 1. Es posible también el homicidio calificado cometido mediante una omisión (comisión por omisión), siempre que el sujeto activo se encuentre en una posición de garante respecto de la víctima.

a) Sujeto Activo: no presenta aspectos relevantes en general, salvo en cuanto a que debe cumplir con una condición negativa: que no tenga con la víctima alguna de las relaciones de parentesco o matrimonio descritas en los artículos 390 y 394.

b) Calificantes del homicidio:

El homicidio calificado está descrito en el artículo 391 n° 1 en los siguientes términos: “El que mate a otro y no esté comprendido en el artículo anterior será penado:

²⁸ CUELLO CALÓN, Derecho Penal, 1956, pág. 465. Citado En: GARRIDO MONTT, MARIO, Derecho Penal Parte Especial Tomo III, 2001, pág. 64

1º Con presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo, si ejecutare el homicidio con alguna de las circunstancias siguientes:

Primera: Con Alevosía

Aparece caracterizada con la expresión “obrar a traición o sobre seguro” en el artículo 12 nº 1, que se ha entendido siempre como una verdadera definición. Tradicionalmente, la legislación española ha centrado los casos de homicidio calificado en el concepto de traición.²⁹

Es importante destacar de la interpretación de nuestra alevosía, entendida como un actuar a traición o sobre seguro, que para la existencia de la calificante, y la jurisprudencia ha sido reiterativa a este respecto, no es suficiente con el dato meramente objetivo de la indefensión o de la desprevisión del sujeto pasivo y, por otra parte, el dato de ventaja o superioridad en el sujeto activo; sino que es necesario, y en esto coinciden tanto la doctrina como la jurisprudencia, la concurrencia de un elemento subjetivo especial, denominado habitualmente “ánimo alevoso”.³⁰

²⁹ ETCHEBERRY ALFREDO, op cit. “En la legislación anterior al Código de 1822, las varias circunstancias calificantes consistían en diversas modalidades de la traición. Se distinguía sin embargo, entre el homicidio a traición y alevoso. En el Código de 1822, los casos de asesinato, más graves que el homicidio premeditado, comprenden el homicidio con acechanza; el alevoso o a traición y sobre seguro, y el cometido por medio de veneno; por medios insidiosos en general y con uso de algún artificio para cometer el delito con seguridad y sin riesgo del agresor o impedir la defensa del acometido. El Código de 1848 reduce la alevosía a circunstancia calificante del homicidio y en general agravante de los delitos, entendiendo que la hay cuando se obra a traición y sobre seguro. Esta redacción es enmendada en la reforma del año 1850, que adopta la fórmula disyuntiva: a traición o sobre seguro, forma en la cual pasó a nuestro Código Penal actual”.

³⁰ KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER CARLOS, Delitos contra la vida. Este texto corresponde a una transcripción de la clase realizada con ocasión del diplomado “Problemas Actuales de Derecho Penal”, Universidad Católica de Temuco, 2003, pág. 126

Ánimo alevoso, en el sentido de que el agente debe buscar, procurar de propósito o intencionalmente, la obtención de condiciones especialmente favorables para la concreción de su empresa criminal. Puede ocurrir que al sujeto que pretende dar muerte a otro, se le presenten, por azar, circunstancias especialmente favorables, preexistentes o concomitantes, estas condiciones van unidas a los demás elementos propios de la alevosía.

Una alternativa sería decir que en este caso hay alevosía porque el sujeto dio muerte a otro, hallándose en condiciones especialmente favorables y que además, implicaron una situación de desventaja para la víctima, una interpretación más bien objetivista.

Una interpretación que le de importancia al elemento subjetivo del ánimo alevoso, va a sostener que no basta con el dato objetivo de la desprevisión y ventaja correlativa, sino que esas circunstancias deben haber sido dolosamente procuradas por el sujeto, en el sentido de que las maniobras de aquel, cuya conducta queremos calificar de alevosa, debe estar al servicio de la acción homicida para cuya ejecución, segura y eficaz, se procuran condiciones favorables.

El modus operandi que el sujeto lleva a cabo debe, entonces, tener tendencia subjetiva, debe dirigirse directamente a asegurar el resultado muerte, neutralizando las posibilidades defensivas de parte de la víctima.³¹

³¹ KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER CARLOS, Delitos contra la vida op.cit. pág. 127

La expresión “sobre seguro”, parece requerir la mera concurrencia de circunstancias que objetivamente aseguren, sea la ejecución del delito, sea la integridad del agente ante la eventual reacción de la víctima. Si se reflexiona acerca de la razón de ser de la calificante, se advierte que el simple azar de circunstancias favorables no es motivo suficiente para considerar más grave un homicidio que otro. En cambio, la nota de reprobación moral surge cuando las condiciones de aseguramiento han sido especialmente buscadas o procuradas por el hechor, lo que revela también la existencia del ánimo alevoso.

En la alevosía vemos precisamente un caso en que confluyen ambas ideas. La mayor dañosidad social (mayor injusto) del ataque a la víctima desvalida deriva, por una parte, de la transgresión de valores culturales elementales y, por otra, de la obligación social de acordar una protección más intensa y eficaz a quienes se hallan en situación de inferioridad. A su vez, el reproche de culpabilidad ha de ser por fuerza más riguroso para el sujeto que ha revelado una mayor perversidad moral.

Ambos disvalores, de injusto y de reprochabilidad, se encuentran presentes en las dos clases de homicidio alevoso: a traición (proditorio) y sobre seguro. Aunque no siempre es fácil escindir estas dos ideas, predomina en la traición el ocultamiento de la intención, mientras en la de obrar sobre seguro, lo que se ha llamado “el ocultamiento del cuerpo”. A propósito de la idea de traición, no debe tomarse al pie de la letra la conocida imagen del asesino que se acerca con la sonrisa en los labios. La doctrina señala otros casos que

derivan principalmente de las relaciones de confianza entre el hechor y su víctima: sea provocar la ingenuidad de la víctima, sea reforzar su ingenuidad o servirse del vínculo de confianza, así como de determinados hábitos de vida de la víctima.³²

Etcheberry sostiene que la “confianza de la víctima puede nacer de una actitud expresamente adoptada por el delincuente con tal fin, o de las habituales relaciones que entre ambos existen: familiares, de amistad, domésticas, etc. En todo caso, es esencial que la actitud de disimulo esté dirigida al aprovechamiento de la confianza que ella despierta”.³³

Si bien el actuar sobre seguro integra la alevosía, tal como la traición, contiene sin embargo, un matiz diferencial: el énfasis no aparece puesto en el ocultamiento de la intención, sino en el ocultamiento del cuerpo del agente o de los medios; en todo caso un ocultamiento que tiene más de material que de moral.

SEGUNDA: Por premio o promesa remuneratoria.

La calificante del premio o promesa remuneratoria se fundamenta en el denominado móvil reprochable o despreciable. La motivación del sujeto es únicamente obtener una ventaja pecuniaria, lo que los romanos llamaban el crimen del sicario.

³² POLITOFF SERGIO, GRISOLIA FRANCISCO, BUSTOS JUAN, Derecho Penal Chileno Parte Especial, 1993

³³ ETCHEBERRY, ALFREDO, Derecho Penal Parte especial. Tomo III, pág.58

Siempre se ha dicho que la motivación lucrativa, de codicia en el homicida, origina una mayor culpabilidad, esta agravante se fundamenta en una mayor reprochabilidad del sujeto, porque el agente se motiva para matar a otro por lo que se le pagó o se le promete pagar.

La mediación del precio o la recompensa no basta por sí sola para calificar el homicidio, está claro que lo determinante de la resolución homicida debe ser el móvil pecuniario, no basta con que exista promesa, sino que lo esencial es que la acción de matar que lleva a cabo el sicario se determina por la motivación pecuniaria.

Las expresiones premio o promesa importan que tanto el pago anticipado como la oferta de pago futuro para la realización del homicidio, son conformantes de la circunstancia, aunque no es necesario que realmente se cumpla con el pago de lo prometido, lo que interesa es que se actúe en la expectativa del beneficio.

La circunstancia operará siempre que exista una clara relación de causalidad entre el premio o promesa y la provocación de la muerte, el inductor debe pagar o prometer el precio para que se mate y el que realiza la acción, hacerlo precisamente para recibirlo. El pago posterior que un tercero haga en reconocimiento de su hecho, no existiendo acuerdo previo, no convierte esa muerte en homicidio calificado.³⁴

³⁴ GARRIDO MONTT MARIO, Derecho Penal. Tomo III Parte Especial. pág 58

Los términos diferenciadores con que está constituida la calificante frente a la agravante común contemplada en el art. 12 “Son circunstancias agravantes: nº 2 Cometerlo mediante precio, recompensa o promesa”, plantean dos problemas fundamentales:

- a) Si dicha calificante se extiende tanto al mandante como al mandatario, y
- b) Si la naturaleza del premio o promesa consiente otra clase de compensaciones que no sean valuables en dinero.

a) Esta calificante supone la intervención, además del hechor y la víctima, de una tercera persona: el mandante. De acuerdo con las reglas generales, el mandante debe ser considerado autor del delito, en virtud de lo dispuesto en el artículo 15 nº 2: “Los que fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo”, sin embargo, la cuestión no es clara, se sostiene que las circunstancias agravantes incorporadas a una figura no producen el efecto de agravar la pena, según el artículo 63; pero en sí siguen siendo circunstancias agravantes, y en su comunicabilidad se rigen por el artículo 64. Etcheberry³⁵ concibe la calificación, subjetivamente, como el móvil de lucro que inspira al ejecutor, según el texto legal lo revela claramente al considerar calificante el “obrar por premio o promesa”. Quien lo ofrece no obra por el premio. Siendo una calificante subjetiva (disposición moral del delincuente), no es comunicable a los copartícipes y, en consecuencia afecta sólo al

³⁵ ETCHEBERRY, ALFREDO, Derecho Penal Parte Especial. Tomo III, pág. 64

mandatario, no al mandante. Pero está claro que el homicidio del mandante será también de ordinario calificado por la premeditación que supone o por la alevosía consistente en asegurar el golpe y buscar la impunidad escondiendo el cuerpo. Si excepcionalmente tales circunstancias no se dan en el mandante, su homicidio será simple, pero estará revestido de la circunstancia agravante del artículo 12 n° 2, que no es subjetiva, sino objetiva, puesto que está redactada con la expresión *mediante* precio, recompensa o promesa, y no *por*. Así, lo esencial para que exista esta agravante es que objetivamente haya habido un precio, y no que él haya sido el móvil. Respecto del mandatario, sin embargo, el artículo 63 impide que surta efecto agravatorio, ya que desde otro punto de vista ha sido considerado para los efectos de la calificante.

Grisolía, Bustos y Politoff³⁶, en contrario, opinan que el inductor que se sirve del cebo pecuniario es más que un instigador; a fin de cuentas, tiene el completo dominio del hecho y en este sentido es un verdadero autor. De este modo, puede sostenerse que el mandante por cuya cuenta se perpetra un homicidio es considerado autor (instigador) del mismo, porque se sirve del poder corruptor del precio, apoderándose de la libertad del sirviente, resultando autor de homicidio calificado (inductor). En conclusión, tanto el mandante como el mandatario realizan el tipo de injusto y son autores de homicidio calificado

³⁶ POLITOFF SERGIO, GRISOLIA FRANCISCO, BUSTOS JUAN, Derecho Penal Chileno Parte Especial, 1993, pág. 122

por premio o promesa remuneratoria. En este mismo sentido, Garrido Montt, sostiene que ambos son responsables de homicidio calificado, es igualmente repudiable la conducta de uno y de otro.³⁷

b) Sobre el alcance pecuniario o no del premio, hay acuerdo en que el ha de ser susceptible de evaluación económica. Se excluyen, pues, las satisfacciones honoríficas, sexuales o de otra índole no pecuniaria, y por cierto los mandatos gratuitos y las mercedes espontáneas a posteriori. No obstante, tampoco, la simple expectativa o esperanza, más o menos fundada, de que el mandante con quien no se haya pactado el premio decida retribuir el hecho. Será preciso, siempre, un pacto que incluya la percepción anticipada de la remuneración (premio) o la promesa de entrega ulterior. La tradición histórica definida en esta materia, que pone el acento en la mayor reprochabilidad y en el mayor disvalor del crimen venal, en el que subyace el ánimo de lucro, coincide en limitar la interpretación de la calificante a la sola remuneración lucrativa. Sin

³⁷ GARRIDO MONTT MARIO, op.cit. pág. 58: “La calificante afecta tanto al que induce a matar mediante premio como al inducido, la norma no distingue (el menosprecio normativo comprende tanto al que ordena matar pagando como al que lo hace por lucro), las interpretaciones semánticas no son decisivas sobre este punto. Por lo demás, como el homicidio calificado es una figura independiente, conforme al sistema de participación reglado en nuestra legislación, el autor instigador está induciendo al mercenario a cometer un homicidio calificado y no un homicidio simple, por lo tanto responde del mismo delito, porque ha intervenido subjetiva y objetivamente en este tipo penal y no en otro. De modo que desvalor de la conducta alcanza tanto a uno como a otro...”.

embargo, la ausencia de una clara huella sobre el origen y el por qué del cambio deja subsistente un margen de duda razonable.³⁸

TERCERA: Por medio de veneno.

Esta calificante es diferente a la agravante del artículo 12 n° 3, que exige además del uso de veneno, que se causen grandes estragos o se dañe a otras personas, es decir, que el veneno necesita ser empleado como medio catastrófico, lo que no ocurre en la calificante.

Por veneno se entiende cualquiera sustancia que incorporada al cuerpo en poca cantidad (que produzca efectos nocivos al incorporarse al cuerpo en exigua cantidad) cause la muerte o serios daños a la salud. El veneno se puede introducir en el sujeto pasivo a través de la respiración, de la piel o en cualquier forma.

Desde antiguo se ha considerado en forma especial por la ley el uso del veneno. Pero los distintos códigos lo han tratado de manera diferente, así el Código Penal Francés (en el artículo 301) y el Código Penal Alemán se refieren al delito de envenenamiento como delito autónomo.

La naturaleza fundamentalmente artera que revela el homicidio por veneno, le da un carácter sustancialmente igual al de la alevosía. En consecuencia, puesto que se admite su carácter de medio insidioso, hay que concluir que un homicidio así cometido será siempre alevoso. Lo anterior, por

³⁸ POLITOFF SERGIO, GRISOLIA FRANCISCO, BUSTOS JUAN, Derecho Penal Chileno Parte Especial, 1993 pág. 122

tanto, constituiría un argumento para suprimir dicha calificante del tipo homicidio calificado. Sin embargo, Garrido Montt ³⁹no acepta que se considere el veneno como medio alevoso, ya que la alevosía sería una circunstancia jurídicamente independiente y, además, por el hecho de que históricamente el envenenamiento ha sido uno de los delitos más temidos por la sociedad.

CUARTA: Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido.

Esta calificante presenta similitud con la causal de agravación de responsabilidad establecida en el art. 12 n° 4: "Aumentar deliberadamente el mal del delito causando otros males innecesarios para su ejecución". Como se desprende del texto, son distintas, porque la calificante requiere aumentar el dolor del ofendido con motivo de su muerte, en tanto que la agravante, causar otros males innecesarios para la ejecución, no necesita intensificar el mal que sufre la víctima, sino la provocación de otros separados de aquél. De modo que en el homicidio calificado por ensañamiento se intensifica el dolor que debe sufrir la víctima y que es inherente al medio empleado para matar, es aumentar el sufrimiento propio del morir y connatural a la modalidad usada por el agente. No consiste simplemente en un simple aumento del sufrimiento, sino que este

³⁹ GARRIDO MONTT MARIO, Derecho Penal. Tomo III Parte Especial. pág 60: "Amplios sectores de la doctrina estiman que el veneno debe ser un medio alevoso, al que es inherente la insidia, no es aceptable tal interpretación, porque la alevosía es una circunstancia jurídicamente independiente y, además por el hecho de que históricamente el envenenamiento ha sido uno de los delitos más temidos por la sociedad..."

aumento, objetivamente, ha de alcanzar, la intensidad que permita calificarlo como inhumano, valoración que corresponde hacer al tribunal⁴⁰.

Supone un elemento objetivo: el aumento del dolor, y también uno subjetivo: la deliberación (tranquilidad de ánimo) y la inhumanidad (falta de sensibilidad). A la voluntad homicida se agrega un elemento distinto e independiente: se quiere matar, por una parte, y se quiere hacer sufrir, por otra. No hay ensañamiento sólo por la multiplicidad o ferocidad de las heridas que se infieren. No hay tampoco ensañamiento si el hechor cree que está causando dolores o sufrimientos innecesarios.⁴¹

La calificante exige el ánimo de provocar en el sujeto pasivo ese sufrimiento innecesario porque matar haciendo sufrir aumenta el injusto, aparte de la mayor perversidad que revela en el criminal.⁴²

⁴⁰ GARRIDO MONTT, MARIO, Op cit pág. 61.

⁴¹ La Corte Suprema, en este sentido, en su sentencia del 02/10/2007, en causa Rol 4306-2007 ha establecido que "se configura el delito de homicidio calificado por concurrir la circunstancia de ensañamiento porque el acusado aumenta deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido. Ello se comprueba toda vez que el acusado agredió en numerosas ocasiones a su víctima antes de dispararle cuando ésta intentó huir; ya que había manifestado con anterioridad su intención de matar a la víctima haciendo que sufriera; que por su profesión conocía sobre el uso de las armas y como emplearlas para darles un efecto letal produciendo dolor y agonía a la víctima; que contó con un lapso de tiempo suficiente para reflexionar sobre su actuar – se trasladó desde Santiago a Viña del Mar- elementos todos que permiten concluir que siempre hubo de parte del acusado la intención de matar a la víctima, haciéndola sufrir innecesariamente y con animo de saciar su despecho, eliminando a su rival amoroso.

⁴² La Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo de 14 de noviembre de 1962 señala que aun suponiendo que los golpes que dirigió el reo contra la víctima, cuando ésta se encontraba ya herida, aumentaron su dolor, no concurre la circunstancia calificante del artículo 391 N° 1 del Código Penal, si no hay nada en el proceso que permita sentar como hecho la concurrencia del factor subjetivo de intención de hacer sufrir a la víctima. (Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LX, pág. 27)

QUINTA: Con premeditación conocida.

La idea de premeditación está desde antiguo relacionada con la de una reflexión o determinación anterior al hecho mismo de la muerte.

En el derecho alemán, hasta la modificación del año 1941, homicidio calificado (asesinato) era el cometido con “reflexión” (Überlegung), concepto muy vecino al de “premeditación” aunque no exactamente igual. En el derecho anglosajón, el homicidio calificado (murder) se diferencia del simple (manslaughter) en que el primero se comete con premeditación (malice aforethought). En el derecho francés, el homicidio calificado (assassinat) se caracteriza por la presencia de la premeditación.⁴³

La premeditación es la calificante que a todas luces, ha recibido más críticas en el último tiempo, lo que ha determinado que haya desaparecido de numerosos códigos.

El matar por alevosía o el matar por medio de veneno implica necesariamente premeditar el delito, entonces: ¿a título de qué establecer una tercera calificante que se llama premeditación, basada en las mismas circunstancias?

Desde hace varios años, ha entrado en crisis esta calificante, como premeditar significa pensar previamente, la doctrina moderna, en general, rechaza la idea de que ello, por sí solo, signifique una agravación del delito, ya que la mera resolución de delinquir que se ha adoptado y después llevado a la práctica obligaría a agravar por premeditación todos los delitos dolosos (...)

⁴³ POLITOFF SERGIO, GRISOLIA FRANCISCO, BUSTOS JUAN, op.cit. pág. 129

esto sirve para demostrar que la premeditación es una calificante que ha perdido carta de nacionalidad y debe ser simplemente eliminada en los códigos. En la época moderna se ha preferido sustituirla por los llamados móviles o motivos abyectos, bajos o despreciables. Esta nueva fórmula se encuentra en numerosos códigos, tanto europeos como latinoamericanos.⁴⁴

La exigencia de que la premeditación sea conocida no se refiere, como a veces se ha dicho, a la necesidad de que se exteriorice o de que conste en el proceso, pues ello es un requisito común a las circunstancias y accidentes de todo delito. La razón de esta expresión es histórica: en el Código Español de 1822, el homicidio que se realizaba con alguna de las circunstancias propias del asesinato se presumía de derecho premeditado. El Código de 1848 eliminó esta presunción, y para reafirmar tal concepto añadió la expresión “conocida” a continuación de la “premeditación”. Nuestro Código, como el español, no define premeditación, lo que obliga a construir doctrinariamente un concepto. No puede consistir ella simplemente en una determinación de delinquir formada antes de la comisión del hecho, ya que ello es propio de todo delito: para que se trate de una acción “voluntaria”, es preciso que haya existido la determinación de realizarla con anterioridad a la comisión misma del acto, aunque sea un momento brevísimo. A este punto de vista se le conoce como criterio cronológico. (...) Debido a lo arbitrario de la fijación de plazos, se abre paso la idea de referir la premeditación más bien al estado de ánimo del hechor,

⁴⁴ KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, CARLOS; Delitos contra la vida. Op cit. pág. 17

aunque sin prescindir del transcurso del tiempo. El solo transcurso del tiempo indica la presencia de deliberación, pero de no de premeditación, si no ha concurrido el estado de ánimo tranquilo. Este es el llamado criterio psicológico de la premeditación, cuyo más destacado exponente es Carrara, quien define la premeditación como “el propósito de matar, formado anticipadamente, con ánimo frío y tranquilo, buscando y esperando la ocasión para que el crimen tenga buen resultado” (...) ⁴⁵

En suma, dentro de nuestra ley la premeditación supone: 1) El propósito de cometer un delito contra la personas; 2) Que este propósito se haya tomado con ánimo frío y tranquilo; y 3) Que este propósito haya persistido en el espíritu del hechor desde el momento en que se tomó hasta el instante de ejecución del delito, intervalo que puede ser de mayor o menor duración, sin que puedan señalarse límites fijos. ⁴⁶

1.2.2 TIPO SUBJETIVO

Este delito requiere de dolo. Se afirma que es necesario el dolo directo, porque el uso de medios como el veneno, el precio y demás circunstancias implican en el sujeto una voluntad dirigida a alcanzar el resultado muerte.

La alternativa de un homicidio calificado atribuible a culpa ha de ser descartada en forma absoluta, las diversas circunstancias que lo conforman requieren de una voluntad en cuanto al empleo del medio, lo que hace

⁴⁵ ETCHEBERRY ALFREDO, Derecho Penal Parte Especial. Tomo III, pág. 56

⁴⁶ ETCHEBERRY ALFREDO, op.cit. pág 57

inconcebible que se actúe con descuido. Si por error (negligencia) se suministra a una persona una sustancia tóxica que provoca su deceso, tal comportamiento constituye homicidio culposo (cuasidelito de homicidio) y no homicidio calificado atribuible a culpa.

1.3 HOMICIDIO DOLOSO

1.3.1 Elementos del dolo

En el tipo penal de homicidio, al tratarse de un delito de resultado, “tiene que haber un comportamiento dirigido a privar de la vida a otra persona, pero esa voluntad puede presentar distintas alternativas direccionales”. De acuerdo a los principios generales, la voluntad de realización que domina y dirige la acción puede tener como fin determinante la provocación del deceso, este último suceso es la meta de la acción final (dolo directo); puede ocurrir además, que el agente considere que la muerte es una consecuencia inevitable o segura de la acción que desea llevar a cabo (dolo indirecto); la última alternativa en el plano del dolo es el llamado dolo eventual, en que el sujeto no busca intencionalmente el resultado lesivo, pero se lo representa mentalmente como una posibilidad, aceptando su ocurrencia.⁴⁷

Nuestro Código Penal no define el dolo, y sólo por excepción, en el artículo 2º, lo designa por su nombre. En reemplazo emplea la palabra “malicia” y también lo hace equivalente a “intención”. Respecto de los elementos que lo

⁴⁷ KÜNSEMÜLLER LOENBENFELDER, Temas de Derecho, El Dolo en el Homicidio, Universidad Gabriela Mistral, 2003, pág.94

integran, la ley requiere el conocimiento de las circunstancias de hecho de la conducta y la conciencia de su ilicitud (elementos intelectuales del dolo), así como la voluntad de la acción y del resultado. La exigencia de una valoración del acto ejecutado se desprende de la voz malicia, que significa obrar a conciencia de que se procede mal; y la presencia del elementos voluntario, de diversas disposiciones del Código, en particular del artículo 7º, inciso 2º que al definir el delito frustrado emplea la frase “por causas independientes de su voluntad”. De lo anterior, sin embargo, no puede deducirse que la ley penal chilena construya la teoría del dolo a base del voluntarismo.⁴⁸

Elementos Cognoscitivo y volitivo⁴⁹

a) Conocimiento de los elementos objetivos del tipo (global) de injusto.

Por lo que se refiere a las diversas clases de elementos del tipo, el conocimiento del dolo debe abarcarlos todos, tanto los elementos esenciales como también los accidentales, tanto los descriptivos como los normativos; aunque sobre el grado de conocimiento que hay que tener sobre los elementos normativos, por su remisión a otras normas fuera del tipo, se discute si basta un conocimiento aproximado o paralelo a la esfera de un profano, o un conocimiento de su sentido social o de su significado material auténtico.

⁴⁸ LABATUT GLENA GUSTAVO, Derecho Penal Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 1976, pág. 118

⁴⁹ LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL, Dolo Y Dolo Eventual: Reflexiones, En HOMENAJE AL DR. MARINO BARBERO SANTOS, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, año 2001, pág. 1111 y ss.

Respecto de la imputación objetiva, el sujeto debe conocer las circunstancias fácticas, adecuación, realización del resultado del peligro inherente a la acción, que permiten afirmar su concurrencia.

b) Voluntad

Además el dolo requiere un elemento volitivo, la voluntad, pero no ya la voluntad genérica de acción –precisa para cualquier conducta o acción-, sino que la voluntad de realizar la conducta típica, el querer realizar todos los elementos objetivos del tipo de los que se tiene conocimiento. Y voluntad no sólo la hay en el dolo directo de primer grado: el propósito o intención de realizar precisamente la conducta típica, sino también en el dolo de 2º grado y en el eventual. En el dolo directo de 2º grado, donde el sujeto no persigue precisamente el hecho típico, pero sabe que éste va necesariamente unido al fin que persigue, aunque algunos autores afirman que en tal caso no quiere el hecho típico, sino que basta con el conocimiento de su segura producción, ello no es cierto: si el sujeto sabe que con su actuación encaminada a otro fin con seguridad va a producir también el hecho típico, entonces, le guste o no le guste, necesaria y forzosamente también quiere producir el hecho típico, con su actuación; si de verdad no quiere realizar el hecho típico, tiene que desistir o renunciar a su actuación. Y en el dolo eventual, lo correcto materialmente y coherente sistemáticamente con las otras formas de dolo es exigir también un mínimo de voluntad en forma de aceptación o consentimiento ante la posibilidad, aquí no segura, de producción del hecho típico.

La intensidad de la voluntad de realizar el tipo objetivo da lugar a la principal clasificación del dolo, distinguiendo entre dolo directo de primer grado, con la voluntad más intensa: la intención o propósito, pasando por la forma intermedia del dolo directo de segundo grado, hasta la forma de voluntad menos intensa propia del dolo eventual: la aceptación o consentimiento de una posible, pero no segura producción del hecho típico.

1.3.2 Tipos de Dolo

Dolo directo de primer y segundo grado

- a) Intención, propósito o dolo directo de primer grado. El dolo directo de primer grado es la forma de dolo en que el elemento volitivo se presenta de modo más intenso. Supone que el propósito, intención o finalidad que persigue el agente es precisamente la realización de los elementos de un tipo delictivo (en su caso, con su resultado). Así por ejemplo un sujeto apuñala a otro en el corazón queriendo precisamente causarle la muerte (homicidio).

Pero hay que tener en cuenta que hay infinidad de supuestos en la vida real en que el autor obra de propósito y con un grado elevado de posibilidad o incluso con bastante probabilidad, pero al fin y al cabo sin total seguridad de éxito en la realización del tipo; no obstante, nadie duda en ellos que hay dolo directo de primer grado. Así por ejemplo el sujeto, para matar, dispara contra otro a media distancia apuntándole el corazón, o le apuñala en el tórax

dirigiendo también cuchilladas hacia la zona cardíaca; o el autor amenaza a un peatón con una navaja para robarle el dinero que lleve consigo. En casos tan corrientes como esos, el homicida normalmente –salvo un sujeto muy experto y entrenado- no tiene total seguridad de acertar en el órgano vital con sus disparos o cuchilladas.

Pues bien, el criterio debe ser el mismo aunque el grado de inseguridad de producción del tipo sea bastante alto: la mayor intensidad de la voluntad constituida por el propósito o finalidad de producir el tipo prevalece sobre la inseguridad de su producción y determina la calificación como dolo directo de 1º grado y no eventual.

- b) Dolo directo de segundo grado. Supone que la intención o propósito que persigue no es precisamente la realización del tipo, sino la consecución de otro objetivo, pero sabe que a tal acción encaminada a otro fin va unida necesariamente y con seguridad la realización de todos los elementos de un tipo delictivo (con sus diversas circunstancias y, en su caso, su resultado), cuya producción por tanto, aunque no le guste, también la acepta.

La distinción entre el dolo de 1º y 2º grado generalmente es una pura cuestión conceptual, sin mayor trascendencia práctica, pues en ninguno de ellos, y a diferencia del dolo eventual, se plantean problemas de difícil delimitación con la imprudencia consciente, y además la mayoría de los tipos dolosos de la parte especial, tanto de los que requieren el dolo implícitamente como los que exigen

expresamente realización consciente o a sabiendas, admiten ambas formas. La cuestión es más dudosa en aquellos tipos que exigen obrar “de propósito” o “intencionadamente”, o “para...” o con un determinado animus, donde no está claro si sólo cabe el dolo directo de 1º grado o también encaja en ellos el de 2º grado, es decir, si basta con que el autor sepa que va a producir con seguridad en hecho típico, pero no lo desea, sino que le es indiferente o incluso lo lamenta.

Dolo eventual

El dolo eventual se diferencia de las dos clases de dolo directo en que por una parte, el sujeto no persigue o pretende directamente realizar el hecho típico y, por otra parte, sabe que no es seguro, sino sólo posible –una eventualidad, por tanto-, que con su conducta realice el hecho (en su caso el resultado) típico. La doctrina se divide sobre qué requisito adicional hay que exigir en el dolo eventual para que sea auténtico dolo y por tanto distinto y más grave que la imprudencia consciente. Sobre ello se formulan las distintas teorías.

a) Teoría del consentimiento.

El dolo eventual, además del conocimiento de la –eventual- realización de los elementos objetivos del tipo, también requiere un elemento volitivo y éste precisamente es el que lo diferencia de la imprudencia consciente, en que no se da tal voluntad. Aquí la voluntad es menos intensa, porque el sujeto no desea ni pretende precisamente realizar el tipo y tampoco está seguro de si se producirá o no; pero, planteándose la eventualidad de que se produzca el hecho típico,

consiente en ella. En cualquier caso esta teoría está de acuerdo en que no hay consentimiento si el sujeto mentalmente “rechaza” o “descarta” la eventualidad representada o “confía en” su no producción. En tales casos habrá sólo imprudencia consciente.

Han tenido gran difusión como indicios o métodos auxiliares para saber si hay o no consentimiento, y según ello dolo eventual o sólo imprudencia consciente, dos fórmulas propuestas por Frank (1898, 1931). La “primera fórmula de Frank” o fórmula hipotética dice: hay dolo (eventual) si se llega a la conclusión de que el sujeto, aunque estuviera seguro de que se iba a producir el hecho, aunque se lo hubiera representado como seguro, pese a todo hubiera actuado, y si en tal hipótesis no hubiera actuado, no hay dolo; la “segunda fórmula de Frank” o fórmula positiva es : “ si el sujeto se dice: sea así o de otra manera, pase esto o lo otro, en todo caso actúo” , hay dolo y, en caso contrario no (sólo habría imprudencia consciente).

a. Teoría de la posibilidad y de la probabilidad (teorías de la representación)

El dolo eventual no requiere elemento volitivo, sino sólo intelectual o cognitivo, el conocimiento o representación de la posibilidad o la probabilidad de producción del hecho típico. Según la teoría de la posibilidad ya se da el dolo eventual con la mera representación de la posibilidad de producción del hecho, sin necesidad de elemento volitivo. Pero esto significa que se niega la

existencia de imprudencia consciente, pues todas las demás teorías consideran que esa clase de imprudencia se caracteriza precisamente por la conciencia de la posibilidad del realizar el hecho típico, mientras que los partidarios de la posibilidad sostienen en efecto que no hay más imprudencia que la inconsciente. La teoría de la probabilidad considera que para el dolo eventual no basta con la conciencia de la mera posibilidad, que será lo característico de la imprudencia consciente, pero sí basta con la conciencia o representación de la probabilidad, o sea, de un determinado grado elevado de posibilidades de producción del hecho típico. Al igual que la teoría de la posibilidad, sostiene que no es preciso en absoluto para el dolo eventual el consentir, aceptar o conformarse como elemento volitivo; según unos como excepción para el dolo eventual, según otros porque tampoco el dolo en general requiere voluntad.

Estas teorías de representación, en la medida que se defienden en su forma pura, no son aceptables por prescindir totalmente del elemento volitivo, necesario para cualquier clase de dolo –también para el dolo directo de 2º grado, en que el sujeto necesariamente acepta la producción del hecho- y necesario por ello también para el dolo eventual, no sólo por coherencia sistemática con las formas de dolo directo, sino además porque el elemento volitivo, aunque sea en su forma menos intensa, es lo que materialmente fundamenta la diferencia de desvalor de la acción frente a la imprudencia.

b. Teoría del sentimiento o de la indiferencia

Para esta teoría hay dolo eventual si el sujeto muestra un sentimiento, actitud subjetiva o disposición de ánimo de no importarle, de indiferencia hacia la posible realización de la acción típica que se ha representado mientras que si ello no le es indiferente, sino que le preocupa o disgusta, ya no habrá dolo eventual sino imprudencia consciente. Como criterio único es inadmisibles pues el sentimiento no puede sustituir a una decisión de voluntad, que es lo que cuenta.

c. Concepción correcta: teoría restringida de consentimiento o aceptación.

Supone que el dolo eventual requiere elemento volitivo en forma de aceptación o consentimiento (o fórmulas similares) de la eventual producción del hecho, pero que mediante una valoración objetivo-normativa se puede restringir lo que se entiende por aceptación / no aceptación. La aceptación o consentimiento sólo se excluye por una confianza mínimamente fundada objetivamente, aunque errónea, en que no se produzca el hecho.

La moderna concepción del dolo encuentra su fundamento en la lógica complementación de las doctrinas anteriores, que de ningún modo se excluyen. Conjugándolas, el dolo se define como la voluntad de realizar una acción cuyo resultado ilícito, previsto como seguro, probable o posible, es querido o al menos asentido por el sujeto.

De la definición precedente se deduce que al dolo lo integran elementos de tipo *intelectual y volitivo*. Los elementos intelectuales del dolo en síntesis, son los siguientes:

Elemento volitivo

La voluntad en el dolo abarca tanto la acción como el resultado; pero, en lo tocante a este último, puede haber sólo asentimiento a su producción. La necesidad de ambos elementos, conocimiento y voluntad, se advierte con toda claridad en los delitos materiales; en los formales de pura actividad, en cambio, es la conciencia de la criminalidad del acto lo que prácticamente constituye el contenido del dolo.⁵⁰

La voluntad de concretar el tipo, significa que el sujeto debe tener la voluntad no sólo de iniciar y desarrollar la actividad típica, sino que también debe tener la voluntad de concretarla.

Por tanto la definición de dolo consiste en saber por parte del sujeto lo que va a ejecutar y en querer hacerlo. También se puede definir como la finalidad dirigida a la realización del objetivo.

Específicamente el dolo en el homicidio es descrito por nuestro Código Penal, según la interpretación dominante, como “*conocer y querer la muerte de otro*”.

Este otro debe ser una persona viva, distinta del sujeto activo, cuya muerte es el resultado típico que representa la consumación de la figura.

⁵⁰ LABATUT GLENA GUSTAVO, Derecho Penal Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 1976, pág. 115

Como se trata de una figura de resultado, tiene que haber un comportamiento dirigido a privar de la vida a otra persona, pero esa voluntad puede representar distintas alternativas direccionales, las cuales la doctrina clasifica en tres categorías:

- a. dolo directo
- b. dolo indirecto
- c. dolo eventual.

Dolo Directo: se da cuando el agente, animado del propósito de obtener el resultado criminal que persigue, ejecuta una acción precisamente encaminada a ese fin. Por sus características se le llama también intención. Es la forma corriente de dolo y el que origina la mayoría de los hechos punibles.

Si el actor prevé de manera cierta que la muerte de la víctima será la consecuencia irremediable de su actuar, comete homicidio con dolo directo; sin que tenga relevancia que haya o no deseado el resultado fatal. Se comprende en el dolo directo la muerte no deseada, porque la voluntad de realizar la acción que tiene el sujeto, con conciencia de que esa acción traerá como resultado el fallecimiento de la víctima, hace que ese deceso no deseado o que le es indiferente pase a integrar lo “querido” por él, porque la voluntad se refiere a la acción unitariamente considerada, o sea, con todo lo grato o ingrato que ella apareja, a la cual también se extiende la decisión de actuar.

Cuando se expresa que el dolo homicida es la voluntad de concretar el tipo, significa que no basta que se tenga un conocimiento del resultado, sino de

todas las circunstancias fácticas que permitirán alcanzarlo; así puede suceder que se realicen acciones con propósito homicida y, a pesar de ello, la muerte en cuanto resultado no sea atribuible al dolo del agente, porque ésta sobrevino por la concurrencia de hechos que estaban fuera del conocimiento de la potencialidad causal de la acción realizada.⁵¹

Dolo indirecto: El agente considera la muerte como consecuencia inevitable de la acción que desea realizar. Es decir, existe dolo indirecto cuando el sujeto no persigue el resultado que se representa como necesario o como inevitable consecuencia de la acción que realizará para alcanzar el objetivo que pretende.

Al respecto, Garrido Montt señala que no es útil distinguir entre el denominado dolo directo del dolo indirecto. Para ilustrar lo expuesto cita el caso de John Alberto Graham, quien con el objeto de causar la muerte de su madre y cobrar un seguro de vida del que era beneficiario, colocó un artefacto en el avión en que viajaba aquélla, provocando su explosión en el aire y la muerte de todos los pasajeros que transportaba. En el ejemplo, la madre era la persona a quien Graham pretendía matar, el deceso de los demás pasajeros, si bien era un hecho representado como seguro, no le interesaba, sin embargo todas las muertes las “quiso”, deseadas o no, pues el autor al determinar la destrucción del avión no sólo decidió el fallecimiento de su madre, sino el de los que con ella viajaban: el acto fue querido globalmente.

⁵¹GARRIDO MONTT, MARIO, El Homicidio y sus figuras penales, 1976, pág. 63.

Dolo eventual: Cuando el resultado muerte previsto, fuera de no ser el objetivo que impulsa al agente a actuar, aparece como un evento incierto en su acaecer, pero sí probable, y no obstante ello el agente actúa con ánimo de indiferencia respecto a la posible muerte, se está ante un homicidio con dolo eventual. El homicidio con dolo eventual cometido al perseguir un propósito ilícito diverso a la muerte de la víctima se diferencia del denominado homicidio preterintencional, donde también se provoca un deceso al pretender cometer otro delito, porque aquí la muerte no fue prevista, siendo posible, o habiendo sido prevista se rechaza su posibilidad adoptando las medidas pertinentes, que fracasan, lo que no sucede en el dolo eventual.

En definitiva, en el dolo eventual siempre se requiere de una voluntad de realización del evento probable, si bien en un índice primario elemental; lo que no ocurre en la culpa con previsión. La voluntariedad del dolo eventual resalta en la conocida fórmula de Frank para determinar una u otra forma de actuar. En esencia, se reduce a calificar como dolosa la acción del agente cuando éste no se hubiera abstenido de realizarla aun en el conocimiento acertivo del acaecimiento del evento ilícito; al contrario, si ante ese conocimiento no hubiere actuado, habría sido sólo culpa con previsión. Esta posición ha sido criticada como exagerada, pues se estima que es suficiente se tenga conocimiento cierto de que la posibilidad de muerte es verdadera para que el dolo eventual exista, lo que no altera el principio de que el dolo requiera un mínimo de voluntariedad por parte del agente en relación con el resultado

muerte. En efecto, la posición subjetiva del autor con dolo eventual es que cualquiera sea el resultado, va a actuar, o sea, quiere la acción y sabe positivamente que en la misma existe un alia fatal, que él no está en condiciones de evitar, de modo que al querer la acción así, también acepta el resultado fatal posible. Esto no ocurre en a culpa con previsión, pues el agente rechaza definitivamente la muerte y actúa en la confianza de que su pericia, la forma cómo se desenvolverá, evitará el deceso previsto, aunque se equivoca en este último aspecto porque el deceso sobreviene.⁵²

Precisamente la teoría del dolo eventual surge para tratar de incluir en al ámbito del dolo una serie de casos que no se adaptan fácilmente a los elementos conceptuales del mismo, pero que el sentimiento de justicia considera que deben ser tratados con la misma severidad que esta forma e imputación subjetiva del delito. Determinar la naturaleza del dolo eventual y sobretodo su diferencia con la culpa consciente (en la cual el sujeto también prevé el resultado de su acción) ha suscitado un problema doctrinario.

d. Doctrina de la voluntariedad o del consentimiento

Entiende que hay dolo cuando, ante la posibilidad de que el resultado sobrevenga con la ejecución de la acción el sujeto consiente en él. El planteamiento práctico es el siguiente: en la alternativa de realiza una acción que tiene la posibilidad de producir un efecto injusto, el hechor debe

⁵² Op.cit. pág. 62

preguntarse si frente a la seguridad de que el evento ilícito se va a provocar se abstendría o no de actuar. Si la respuesta es positiva, o sea, ante la certidumbre de que el resultado injusto acaecería se habría abstenido de actuar, no hay dolo; cuando la respuesta es negativa, vale decir, que en todo caso se realizaría la acción, hay dolo porque significa que consiente en el resultado previsto como simple posibilidad.

e. Doctrina del sentimiento

Esta posición entiende que existe el dolo eventual cuando la conducta del agente revela una cierta desconsideración o desprecio por el bien jurídico cuyo menoscabo se ha previsto, como ocurre en el homicidio, por la vida ajena. Esta posición al parecer no tiene acogida en nuestro país, a diferencia de lo que ocurre en otros países como España.

f. Doctrina de la Representación o de la Probabilidad

La base para la imputación a título de dolo de la provocación de un resultado lesivo de un bien jurídico y prohibido por el ordenamiento penal lo encontramos en una representación, de un exclusivo carácter intelectual, del sujeto respecto del grado de probabilidad de dicha producción.

Esta doctrina, es la más aceptable ya que permite explicar mejor las diferencias entre dolo eventual y culpa consciente, ya que el sujeto al representarse su actuar típico considera que generará una situación de alto riesgo, pero “confía” en que no sobrevendrá, ante tal evento se está presente ante la figura de la culpa consciente, en cambio si el sujeto se representa la

situación y contempla la posibilidad de que se genere un alto riesgo pero le es indiferente el resultado, se está ante el dolo eventual.

La jurisprudencia chilena⁵³ reiteradamente ha dado cabida a la configuración del dolo eventual para atribuir responsabilidad penal al sujeto que ha cometido un acto ilícito penado por la ley con un resultado lesivo para el bien jurídico, por lo que en consecuencia ha terminado por asimilar el dolo eventual el dolo directo, para los efectos de la penalidad.

Sin embargo, es necesario señalar que el esfuerzo de la doctrina nacional en los últimos años ha sido superar el criterio “objetivista” que primaba en sus opiniones, en el sentido que el resultado objetivo determina la calificación de los hechos, sobre la voluntad del agente. Esta posición se sostuvo históricamente en Chile, en razón a la solvencia dada por el español Francisco Pacheco a mediados del siglo XIX, el cual señalaba que existía homicidio en la medida que una persona queda muerta en el mismo acto “si quien dio el golpe lo dio voluntariamente; si quien lo recibió cayó y no volvió a levantarse, en tal caso el primero es un homicida”. Esta posición es complementada en base al análisis del artículo 1º del Código Penal, al afirmar

⁵³ Considerando 1º: Que, la acción típica de matar a otro en lo que consiste el delito de homicidio, requiere de un elemento objetivo, cual es el “animus necandi”, o voluntad de matar, cuya concurrencia en la especie ha sido desestimada por el “a quo”, por entender que de haber existido, los disparos del encausado se habrían dirigido contra Carlos Pinto, con quien había sostenido la discusión que motivó su acción antijurídica, y no en contra del occiso, que estaba alejado y ajeno a la discusión.. Considerando 2º: Que el reflexionar de este modo olvida el sentenciador que el dolo homicida puede presentarse no sólo en su forma directa- cuando hay intención precisa de matar- sino que también cuando el resultado de muerte se haya previsto como posible y se haya aceptado, no importándole al hechor que ocurra, variable que la doctrina denomina dolo eventual. (Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 11.206-98, redactada por el abogado integrante señor Domingo Hernández Emparanza)

que el elemento objetivo del delito, junto a que la acción sea voluntaria, identifica este concepto con la “intención de dañar” o de “obrar mal”. El problema que origina esta posición doctrinal es que termina excluyendo las posibilidades de las tentativas de homicidio y de los homicidios frustrados. Al calificarse por el resultado no cabe una distinción entre dolo directo y eventual, cayendo en el denominado “dolo genérico”. Es necesario destacar la posición teórica de Labatut que si bien no comparte el criterio objetivista del homicidio señala que no cabe el dolo eventual por cuanto no calzaría con la idea de voluntad a que alude el artículo 1 del Código Penal, por lo que se inclina más por asimilarlo a la culpa, a la imprudencia temeraria. Novoa, al publicar el trabajo titulado “El delito de homicidio y la intención de matar”⁵⁴, con múltiples interesantes argumentos sostenía en esa ocasión “que el delito de homicidio es en el Código Penal chileno un delito calificado por el resultado muerte, aun cuando la culpabilidad (dolo) no se extienda a él”. Agregaba que no pretendía imponer una responsabilidad sin culpa, sino que el legislador chileno le ha dado una peculiar característica a la tipificación del homicidio, dejando de lado las distinciones sutiles y ha extendido la responsabilidad según los resultados externos, pero siempre que exista una intención positiva de causar algún daño a la persona. Sin embargo, esta posición inicial de Novoa es finalmente superada, como lo demuestra al hacer el análisis del homicidio preterintencional al referirse a los delitos calificados por el resultado en el que señala que “la

⁵⁴ Revista de Ciencia Penales, año 1945, Tomo VIII, Nº ., pág. 183

voluntad del legislador manifestada por el contexto de la legislación y demostrable por los principios filosóficos y jurídicos que lo inspiraron es que no se imponga responsabilidad a quien no es subjetivamente reprochable”, también señala dentro del ámbito de los homicidios preterintencionales que cuando la acción dolosa se materializa en un evento más grave que el pretendido, se estaría presente ante una pluralidad de delitos, por lo que cabría la aplicación del artículo 75. La posición de Novoa se considera fundamental por la considerable influencia que tuvo sobre autores contemporáneos al autor y a las generaciones siguientes.

En la actualidad no existen autores que asuman posiciones objetivistas. La aceptación de la construcción teórica del dolo eventual es el criterio que hace más justicia y protege los bienes jurídicos lesionados por la conductas antijurídicas, su consideración y aceptación como integrante del elemento subjetivo del homicidio que genera responsabilidad penal, es la tendencia en que se enmarcan los tribunales de justicia de nuestro país.

Dolus Generalis

En la doctrina se ha producido un debate ante la hipótesis en que el sujeto, creyendo que ha finalizado su acción homicida, siendo que esta en realidad no se ha concretado, realiza una actividad posterior y es esta acción en la que efectivamente se concreta el fin originalmente presupuestado. La mayoría de la doctrina considera que se está ante el denominado *dolus*

generalis, en el cual el dolo inicial se extiende a todos los actos realizados, considerándolo como un acto unitario en base a razones de justicia material y que por lo tanto se debe sancionar como un delito doloso consumado. Es decir, se considera que el dolo general lo que en realidad ocurre es una alteración del curso causal no esencial, “error en el curso causal”, que no altera el dolo de la acción original, pues el acto posterior también tenía una naturaleza letal, por lo tanto lo que se considera es que el dolo del acto inicial cubre el acto posterior que es el que efectivamente causa la muerte. Sin embargo, cierta parte de la doctrina considera que cuando se presenta esta hipótesis, el primer acto (acción dolosa que pretende concretar el resultado letal) sería un delito de homicidio doloso frustrado, en cambio el segundo acto (el que en realidad concreta el resultado letal) se califica como un delito culposo consumado, por lo tanto se estaría ante un concurso real o material de delitos. Existe otra posición dentro de la misma variante que distingue dos situaciones, la primera señala que cuando se considera por parte del sujeto activo llevar a cabo el acto posterior desde antes de comenzar el acto inicial, en tal situación la hipótesis se entiende incluida dentro del *dolus generalis*, la segunda situación es cuando la decisión del acto posterior se toma después de llevado a cabo el acto homicida inicial, en tal hipótesis se está presente ante el concurso real de delitos entre un delito doloso frustrado y un delito culposo consumado.

Caso de dolo de matar con resultado de lesiones gravísimas

Resulta importante analizar los casos en que el actor pretende llevar a cabo su acción dolosa de matar la cual no se concreta dando como resultado un delito de lesiones. Son los casos en que existe una disconformidad entre el tipo objetivo con el tipo subjetivo; como el que se da en el resultado que es constitutivo de lesiones leves, graves o menos graves, el caso expuesto no presenta mayor dificultad, ya que se aplicarán los principios del delito tentado; será cuestión de hecho y calificación si se considera como tentativa de homicidio u homicidio frustrado. En tal situación se está presente ante dos delitos derivados de un mismo hecho, en que el delito menor queda subsumido en el delito mayor (en este caso el homicidio frustrado) lo cual no plantea debate en la doctrina. Pero la cuestión asume un cariz bastante dificultoso cuando el resultado de la acción dolosa de matar concluye en lesiones gravísimas, estos es, cuando la víctima queda demente, inútil para el trabajo, impotente, impedido de algún miembro importante (mutilación) o notablemente deforme, correspondiéndole una pena de presidio mayor en su grado mínimo, al cual se homologa a la pena del homicidio simple en su base y si se considera que se está ante un homicidio tentado se baja la pena en un grado, lo que acarrea ciertas complicaciones.

Desde el punto de vista objetivista, la situación no presentaría mayor complejidad, en vista de que se calificaría la hipótesis planteada por el resultado, en este caso, por las lesiones gravísimas. Pero como ya se expuso

recientemente, esta posición está superada en razón a las incoherencias que traía consigo, además de su total incompatibilidad con el principio de responsabilidad subjetiva en que se inserta nuestra legislación penal. Sin embargo, desde el punto de vista contrario a la objetiva, en consideración a la hipótesis planteada también se generan defectos, así lo señalan autores como Politoff, Grisolia y Bustos,⁵⁵ que manifiestan que mientras la teoría objetivista es objetable por el desvalor de resultado, la subjetiva lo es por el desvalor de acción. A la teoría objetivista, que está superada, se agrega una posición también obsoleta, que señala que se debe castigar únicamente hasta donde llegue la intención, por lo cual se debería penar por un delito de homicidio frustrado, tesis que no tiene mucho asidero y es rebatida por razones de justicia y en base a que se caería en un “derecho penal del ánimo”, en que se descartaría el desvalor del resultado. Pese a lo anterior, aún está presente el debate en el delito que nos interesa, por lo que han surgido dos teorías para resolver la cuestión: el concurso aparente de leyes penales y el concurso ideal de delitos:

a) Concurso aparente de leyes penales.⁵⁶

Existe cuando el comportamiento del agente constituye un solo hecho, el cual es que su acción dolosa de matar derivó en un resultado de lesiones gravísimas, por lo cual en apariencia existen dos tipos penales los cuales conviven en base de un mismo hecho. La cuestión es que no existirían dos

⁵⁵ POLITOFF, GRISOLÍA Y BUSTOS, Derecho penal Parte especial, pág. 87

delitos, sino que sólo existirían dos normas aplicables al mismo hecho, por lo que resulta necesario determinar la norma aplicable de manera preferente. Esta posición es defendida fundamentalmente por Mario Garrido Montt;⁵⁷ quien argumenta que en principio se cae en un error al distinguir que existen dos bienes jurídicos distintos afectados, en este caso la integridad física o salud y la vida, y que es un error considerar que cada uno tiene desvalor propio, cuando en realidad no lo son, sin perjuicio del nivel de amplitud y jerarquía de cada bien. Argumenta también que aunque el resultado de lesiones gravísimas no derive en un resultado de muerte en un plazo relativamente cercano, para todos los efectos es lo mismo quede vivo o que muera posteriormente debido a las lesiones, porque lo que en el fondo existe es un desmedro de la vida humana. Lo que existe en el fondo es una diferencia de intensidad entre la objetividad jurídica de los bienes jurídicos afectados. Por lo tanto la lesión gravísima restringe la vida de la víctima no en cuanto a su temporalidad, por lo que el desvalor del simple riesgo de vida que importa el homicidio frustrado, queda comprendido en el desvalor del daño gravísimo efectivamente inferido a la salud o integridad física, por lo que el dolo homicida se materializa en lesiones gravísimas que es un solo delito tanto en lo fáctico como en lo normativo, por lo que en consecuencia las lesiones gravísimas consumen el homicidio frustrado.

⁵⁷ GARRIDO, MONTT, El Homicidio y sus figuras penales, 1976, pág. 71 y ss.

b) Concurso ideal de delitos

Se sostiene que en la especie coexistirían dos delitos, uno de homicidio frustrado y otro de lesiones gravísimas consumadas que se castigarían, conforme a lo dispuesto por el artículo 75 del Código Penal, con la pena mayor asignada al delito más grave. Se estima que las lesiones gravísimas deben atribuirse al victimario, por lo menos a título de dolo eventual conjuntamente con el homicidio doloso frustrado. Llegan a dicha conclusión al descartar la posibilidad de un concurso aparente de leyes penales por ser heterogéneos los bienes jurídicos vida y salud o integridad corporal, lo que haría imposible que las lesiones absorban el atentado a la vida, o que ésta consuma las lesiones, pues el carácter de gravísimas de estas últimas les otorga un desvalor propio. Esta tesis parte del equívoco de calificar como bienes jurídicos heterogéneos la integridad corporal y la vida, cuando en realidad nos lo son, sin perjuicio de la gradación de amplitud y jerarquía que puede diferenciarlos⁵⁸.

En contrario, Politoff, Grisolía y Bustos⁵⁹ defienden la postura del concurso ideal de delitos argumentando que es más coherente con los presupuestos dogmáticos y con el régimen de penas de nuestro ordenamiento penal, así, en el concepto de lesiones gravísimas se incluye en resultado que desborda el de riesgo de vida, por significar un desvalor autónomo: un daño considerable a la salud o la integridad corporal. Consideran estos autores que el resultado de las

⁵⁸ GARRIDO MONTT MARIO, El Homicidio y sus figuras Penales, pág 73

⁵⁹ POLITOFF, GRISOLÍA Y BUSTOS, Derecho penal Parte Especial, pág. 102

lesiones gravísimas no consume el de la acción frustrada de homicidio, que significó un riesgo para un bien jurídico de jerarquía superior al afectado por las lesiones, por tanto existiría una pluralidad de bienes jurídicos de distinta entidad comprometidos, en que no cabe absorber el uno en el otro, por lo que se configura una pluralidad de delitos a través de un hecho único, que es precisamente el concepto que corresponde al concurso ideal. Es decir, estos autores están en una posición antagónica a la de Garrido Montt, considerando que no cabe homologar ambos bienes jurídicos, que la vida tiene un valor jerárquico mayor que el de la integridad corporal.

1.3.3 El Error en el Homicidio

Se define el error como el *equivocado concepto que tiene el sujeto activo en relación a la acción que realiza*. El error que tiene trascendencia en materia penal es el error de hecho y no el de derecho.

El error de hecho para que pueda excluir la responsabilidad debe cumplir los siguientes requisitos:

1º Debe ser esencial

2º No evitable

Si se cumplen estas condiciones termina excluyendo el dolo, pero no la culpa.

Pero incluso podría excluir la culpa en casos en que era inevitable, aunque no impide que subsista la culpa en las otras personas que participaron en el hecho.

Ejemplo. Una enfermera le suministra a un paciente un medicamento, pero que

en realidad es un veneno envasado por equivocación por el laboratista, por lo cual se provoca la muerte del paciente, la enfermera queda libre de toda responsabilidad, ya que no estaba en condiciones de detectar el error, pero el laboratorista es responsable culposamente.

Error en la persona

Respecto del homicidio es necesario hacer una consideración respecto al error en la persona, que se produce por la equivocación al confundir a la persona física, cuando justamente esta es la persona determinante de la acción, como precisamente ocurre en el homicidio, ya que las circunstancias serán distintas en la medida que el error recaiga sobre un objeto no intercambiable, por ejemplo si el sujeto pretende matar a X persona, pero por error mata a Y, en tal caso el sujeto responderá igualmente de homicidio doloso, ya que como señala Mezger⁶⁰, el error es irrelevante ya que el sujeto sabe que la acción se dirige contra el objeto descrito el tipo penal y protegido por él, y es la ley la que determina el objeto de manera abstracta y no individualmente. En el caso de nuestra legislación es el artículo 1º inciso 3 que regula esta situación: *“el que cometiera delito será responsable de él e incurrirá en la pena que la ley señale, aunque el mal recaiga sobre persona distinta de aquella a quien se proponía ofender. En tal caso no se tomarán en consideración la circunstancias no conocidas por el delincuente, que agravaría*

⁶⁰ MEZGER, Derecho Penal Parte Especial, pág. 346

su responsabilidad; pero sí aquellas que la atenúan” el legislador parte del presupuesto de que el sujeto quiere actuar dolosamente, pero en el cual erró en la persona, obteniendo un resultado análogo, pero en persona distinta, en ambos casos el sujeto responde de homicidio doloso sin que se consideren las circunstancias no conocidas por él, que agravaría su responsabilidad, pero sí aquellas que las atenúan. Lo anterior tiene gran trascendencia porque en el caso que un sujeto pretenda asesinar a su padre y por error mata a una persona ajena a su familia responde por homicidio doloso y no por parricidio, y suponiendo un caso inverso, en que el sujeto pretende asesinar a una persona distinta de su familia y por error mata al padre, responderá por homicidio doloso. Es decir, en este caso el error recayó sobre un elemento esencial del tipo, ante tal situación se debe sancionar al sujeto con el delito de homicidio doloso, esto en vista que la regla general señala que cuando el error recaer sobre algún elemento esencial del tipo trae como consecuencia la exclusión del dolo, pero no siempre de la culpa. Lo que ocurre es que el error en la persona del sujeto pasivo es irrelevante para el tipo, a menos que dicho error afecte a uno de sus elementos, como ocurre cuando el sujeto pasivo es al mismo tiempo el objeto material de la acción y además se exige una calificación especial para ser sujeto pasivo como sucede en el ejemplo expuesto. Estas hipótesis han sido consideradas por el artículo 1º inciso final del Código Penal que establece que es intrascendente para los efectos penales que la acción recaiga sobre una persona distinta a aquella que se pretendía ofender, salvo cuando no deben

tomarse en cuenta las circunstancias no conocidas por el delinciente que agravarían su responsabilidad, pero sí que las atenuarían.

Error en el golpe, o “aberratio ictus”

Esto es cuando el sujeto se equivoca en el curso causal que previó en su acción, es decir, es una acción producto de la torpeza del delinciente. Ejemplo: A pretende matar a B, pero producto de su poca destreza y debido a la alta tensión, dispara por error contra C, en este caso el resultado diverso no debe ser atribuible al agente ni siquiera a dolo eventual, pues desde el momento en que considera como evento probable de su acción la muerte del tercero, hay homicidio si ésta se produce. Por tanto, para que el sujeto se considere beneficiado por el artículo 1º del Código Penal, no debe ser previsto ninguna clase de dolo en el resultado diverso. La aberratio ictus es discutida en la doctrina chilena, entre quienes la sostienen está Garrido Montt⁶¹, que señala que cabría aplicarle el artículo 1º inciso 3 en razón al tenor del texto y la finalidad que subyace en él.

Aberratio Delicti

Se presenta cuando la conducta defectuosa se materializa en un evento de naturaleza diversa al perseguido. Lo logrado por el delinciente puede ser totalmente distinto a lo que se esperaba. Ejemplo: A quiere matar a B y por

⁶¹ Op. Cit. pág. 74

error hiere a C que pasaba por ese lugar. Existe concordancia en la doctrina que para que se aplique el artículo s debe producir un mal de análoga naturaleza y no uno diverso.⁶²

Incomunicabilidad del dolo

Ante la hipótesis en que existan diversos coautores, sean principales o secundarios, que actúan con voluntades diversas, como por ejemplo uno quería matar, mientras otros querían lesionar, pero sus acciones se materializan en la muerte de la persona, ante tal caso surge el interrogante si el dolo del homicidio se comunica a los demás.

El dolo, como integrante de la acción, es personal, no se comunica a los demás copartícipes. El que mata queriendo matar es autor de homicidio, el que colabora con esa acción queriendo lesionar responderá únicamente de su acción pretendida, porque ese fue su acto globalmente considerado, salvo que haya previsto la posibilidad de la muerte de la víctima y no lo rechazó (dolo eventual). En caso que la muerte era objetivamente previsible y quien participó con una pretensión distinta (por ejemplo lesionar) no lo revió, se estaría ante un concurso del delito doloso que se deseaba concertar y un delito culposo por el resultado efectivamente concretado (la muerte).⁶³

⁶² GARRIDO, MONTT, El Homicidio y sus figuras penales, 1976, pág. 75

⁶³ GARRIDO MONTT MARIO, op.cit pág.34

1.4 HOMICIDIO CULPOSO

Nuestro sistema penal actual está basado en el principio de responsabilidad subjetiva, el cual postula que el autor de una conducta típica y antijurídica sólo puede ser castigado por ésta cuando le sea personalmente reprochada a título de dolo o culpa.

Para entrar en el análisis de los delitos culposos hay que partir de la base que el hombre vive inserto en un ambiente lleno de peligros para su vida e integridad física. La regla general es que todas las actividades que se desarrollen en torno al hombre generan algún tipo de riesgos, por lo que se ha acostumbrado tales incertidumbres, pero esto no significa que estas actividades han perdido su naturaleza intrínsecamente riesgosa. Por tanto llegamos a la conclusión de que un hecho culposo no puede identificarse con una actividad que crea riesgos, como tampoco con la simple verificación de éstos. La sociedad permite la realización de actividades riesgosas, incluso su concreción. Por ejemplo: la actividad aeronáutica es intrínsecamente riesgosa, pero la sociedad no la ha prohibido. El hecho culposo es más que un simple daño sufrido por un bien jurídico que el derecho permite, es una lesión objetivamente lesiva, pero también valorada, pues al igual que el delito doloso es una acción antijurídica reprochable. La acción dolosa es una actividad caracterizada por su cualidad direccional hacia concretar el tipo penal, mientras en el acto culposo, si bien la noción de acción es idéntica, el propósito perseguido es irrelevante para el derecho.

Al referirse a hechos culposos e el homicidio, se están señalando conductas que persiguen determinados fines, pero que causalmente se han concretado en la muerte de una persona, porque como dice Welzel, no se ha puesto el mínimo necesario en la actividad finalista para evitar esa muerte. La cual se puede atribuir a una falta de previsibilidad del efecto legal de la conducta (culpa inconsciente) a la inevitabilidad del resultado fatal (culpa consciente, la cual se diferencia del dolo eventual en base a que el sujeto se representa el evento fatal como consecuencia de su conducta, pero confía en su capacidad para evitarlo)

Etcheberry define la culpa como la voluntad de obrar, sin atender a las consecuencias típicas previsibles del acto o confiando en poder evitarlas, lo cual es una definición de culpa dentro de un marco psicológico. Pero tomando en consideración los casos de omisión, los cuales tienen una característica negativa, para dar un concepto integral de culpa, es necesario agregarle una característica "normativa" para que tenga una real relevancia jurídico penal, por o que en la circunstancias en que se realiza el acto debe existir la obligación específica de prever los posibles resultados del acto querido, y de conducirse de modo de evitarlos.

En el homicidio doloso la ley prohíbe todos los actos que se dirijan voluntariamente a atentar contra la vida, mientras que en el homicidio culposo la ley exige de los hombres que empleen en las acciones que realizan con cualquier finalidad, que generalmente será lícita, un mínimo de acuciosidad que

evite consecuencia fatales. En el homicidio doloso lo prohibido es que el agente dirija sus actos en determinado sentido: e de causar la muerte a un tercero, mientras en el cuasidelito de homicidio lo prohibido es el no empleo del mínimo necesario de prudencia en la realización de todo acto lícito de manera de impedir que se produzca un atentado a la vida.⁶⁴

Nuestro Código Penal respecto de la culpa, se distanció de los delitos culposos, respecto de lo establecido en el Código Penal Español, ya que en este último se contemplaba la punición de la forma culposa de cualquier delito, con lo cual se creaba un paralelismo general, en el sentido de que en todo delito, junto a la forma dolosa existía una forma culposa, sancionada con menor pena.

La conducta culposa se traduce ene. Código Penal en los términos de “imprudencia” y “negligencia”; por el primer término se alude a un enfrentamiento de riesgo y por el segundo término se refiere a la omisión por parte del autor, al obrar u omitir, de los cuidados debidos que no le permitieron tener conciencia de la peligrosidad de su conducta.

En nuestro sistema penal, la regla general en materia de cuasidelitos es la impunidad como se desprende de los artículos 4 y 10 N° 13 del Código Penal. En materia de homicidio, los tipos culposos tiene un tratamiento distinto de os dolosos, se trata de dos figuras diferentes, porque el homicidio doloso se caracteriza en sus distintas variantes. El sujeto activo actúa con la voluntad o

⁶⁴ GARRIDO MONTT MARIO, El Homicidio y sus Figuras Penales, pág. 94

determinación de dar muerte a otro o bien busca cierto objetivo que involucra la muerte de una persona. Estas hipótesis no se dan en el homicidio culposo, no existe tal voluntad.

1.4.1 Elementos de la culpa

Previsibilidad de un resultado producido

Se refiere específicamente a que sea previsible la posibilidad de que se produzca el resultado. El resultado no siempre implica un daño concreto, sino que en muchas ocasiones implica la creación o un aumento del riesgo o peligro. Generalmente esto ocurre en los casos de las actividades riesgosas reglamentadas por cuerpos jurídicos. Se sanciona en estos casos la inobservancia de las normas reglamentarias por el peligro que se crea.

La previsibilidad debe ser determinada por la experiencia ordinaria y constante y además tiene que tomarse en cuenta la situación particular del que ha obrado, respecto a sus conocimientos teóricos, su experiencia, y a las circunstancias en particular en que se encuentra.

Obligación de prever la posibilidad de concretar el resultado

Se refiere a que debe existir un deber de diligencia, lo cual implica que deben considerarse dos aspectos: uno intelectual que el de prever efectivamente la posibilidad dañosa y uno volitivo, que el conducirse de modo de evitarla. La infracción de éste deber genera la culpa.

Dado que es imposible prever todas las consecuencias de nuestras conductas, el Código Penal establece criterios valorativos, los cuales deben ser juzgados en cada caso (imprudencia temeraria, negligencia inexcusable). Es preciso señalar que en el deber cuidado influyen dos factores; la importancia del bien jurídico que está expuesto a peligro a la mayor o menor probabilidad del acaecimiento del resultado. Como se señaló recientemente en determinadas actividades humanas va asociado un riesgo que la ley no tiene otra opción que permitir. Sin embargo, tales actividades riesgosas están determinadas por una regulación o cuerpo normativo, lo cual representa el mínimo exigible, sin embargo, el máximo está siempre fijado por la obligación de evitar resultados dañosos en cada circunstancia. Por tanto, el agente de una actividad riesgosa no debe crear un riesgo inexistente, ni aumentar el que la ley le permite. Es preciso mencionar que para determinadas actividades, como es la medicina, cobran relevancia las llamadas “lex artis”, que son el conjunto de prácticas y precauciones que una larga experiencia de los que la practican tales artes ha mostrado como aptas para conseguir el éxito y reducir en la medida de lo posible las situaciones de fracaso por lo que el juez finalmente resolverá en base a esta lex artis.

Si bien el legislador nacional se refiere indistintamente a imprudencia, negligencia o a descuido, no parece que haya buscado hacer diferencias en cuanto al fondo, son simples matices de una misma manera de actuar. Pero hay que tener muy presente que el legislador no sanciona cualquier descuido, éste

estableció una especie de graduación de la falta de cuidado del agente, así vemos cómo en el artículo 490 señala que para que exista un cuasidelito se exige una imprudencia “temeraria”, en cambio, en el artículo 492 se exige una “mera imprudencia o negligencia”, asociada a la infracción de los reglamentos para que se dé la figura del homicidio culposo.

Imprudencia temeraria

Es el grado de mayor intensidad de culpa susceptible de sanción. Es la omisión de un cuidado que puede exigirse a las personas menos diligentes al realizar una actividad creadora de riesgos. Se equipara el concepto civil de culpa lata. Cuando se habla de imprudencia temeraria se refiere a la persona que crea una situación de riesgo que consiste en la falta de inobservancia de la diligencia más elemental.

Se interpreta que la regla general de este artículo es que se castigan sólo los hechos, que si mediara dolo, constituirían crímenes y simples delitos contra las personas, cuando en ellos incurre en una falta grosera del cuidado debido, pues requieren de imprudencia temeraria.

Mera imprudencia o negligencia

Es la culpa que sigue en grado, en escala descendente de intensidad, a la temeraria. Es la falta de cuidado que el hombre medio emplea en la actividad que desarrolla. Se equipara a la culpa leve en materia civil. En este caso se está ante actividades de médicos, enfermeras, etc. Por lo que se les

exige un mayor cuidado, siempre que se trate de actividades propias de su oficio. A este tipo de culpa algunos la denominan “impericia”.

Mera imprudencia o negligencia con Infracción de Reglamento

Es una culpa de la misma intensidad que la anteriormente señalada, en la cual concurre además, la infracción a una norma reglamentaria. En el artículo 492 se refiere a una mera imprudencia o negligencia, la cual es atribuible a la falta de diligencia de un hombre medio, asociado además a un incumplimiento de reglamentos.

En vista que el legislador no ha establecido en la ley el alcance de esta diferencia, serán finalmente los jueces quienes lo apreciarán en el fondo, según las circunstancias fácticas concurrentes al caso en cuestión. Por tanto se está presente más que nada ante una situación de hecho.

Los homicidios culposos estarían determinados por dos modalidades, por la “acción creadora de riesgo” que se concreta en la muerte de otro por falta de cuidado, el llamado cuasidelito de acción, o está determinado por una “posición de garante”, el denominado cuasidelito por omisión, lo cual se deriva de los artículos 490, 491 y 492 del Código Penal, éstos hacen referencia a conductas como la imprudencia temeraria, es decir, una conducta en que no hay intención de matar, pero donde se actúa frívolamente creando riesgos en la vida de terceros, y se hace referencia de conductas de personas que en razón de su posición de garantes, como es el caso del médico, que no actúan con la diligencia debida.

Estos artículos establecen una sanción en general, para el que por descuido ejecutare un acto, o que incurriera en una omisión que, si mediara malicia, constituiría un crimen o simple delito contra las personas. La cuestión es que estas figuras pueden dar cabida a una innumerabilidad de situaciones que no están claramente descritas por la ley.

Muy vinculado a lo anterior, en los últimos años se ha producido un segundo conflicto en la interpretación en torno a la figura de la omisión impropia, es decir en que lo omitido es la ejecución de una acción evitadora de un resultado injusto abarcado por un delito de comisión. El problema es que la figura no está tipificada por la ley y sólo por la vía interpretativa se homologa a la actividad productora del resultado típico, el que sí está descrito por el legislador. La doctrina señala que los elementos de la omisión impropia son: 1.- Se debe dar la situación de hecho de peligro de un bien jurídico que le crea al sujeto la obligación de ejecutar una actividad destinada a evitarlo. 2.- que no se lleve a cabo la acción destinada a evitar el riesgo. 3. Que el sujeto haya estado, en el caso específico, en situación de realizar la actividad que de él se esperaba. 4. La producción del resultado típico que la acción omitida pudo evitar.⁶⁵

Es así como la figura del artículo 492 genera un amplio debate en cuanto a lo que se entiende por “omisión”, además que el tema asume mayor relevancia, en razón de que se remite a los crímenes y simples delitos, los que

⁶⁵ GARRIDO MONTT MARIO, Derecho Penal Parte General, Tomo II, pág.186

se encuentran regulados en el título VIII del libro II del Código Penal, concluyéndose así que existe la figura del homicidio por omisión.

En las últimas décadas, la doctrina y jurisprudencia, han ido determinando, por vía interpretativa, la aplicación de los tipos culposos respecto de las figuras dolosas del título VIII del Código Penal, de modo que son sólo las figuras del homicidio y de las lesiones que aceptan la aplicación del tipo culposo. Para lo anterior se han tenido en cuenta los siguientes principios en relación a la figura del homicidio:⁶⁶

1. En aquellos tipos dolosos que requieren de elementos subjetivos del injusto, no puede darse la forma culposa porque justamente en los delitos culposos falta toda subjetividad dirigida al injusto. Como resultado de lo anterior se excluyen de la conducta culposa los delitos de calumnia e injuria, pues la doctrina tradicionalmente ha entendido que en ella debe concurrir el ánimo de ofender. Ejemplo de esto son las figuras de la castración y la mutilación, en las que se requiere de dolo directo, porque justamente en los delitos culposos falta toda subjetividad dirigida al injusto.
2. No es concebible tampoco la culpa en los tipos en que requieren el denominado dolo reduplicado, por ejemplo en el parricidio, no sólo se debe querer matar a una persona viva, sino que debe querer que sea un pariente o cónyuge. Tampoco cabe en el homicidio calificado, ni en el

⁶⁶ GARRIDO MONTT, MARIO, op.cit

infanticidio, ya que en todos ellos debe concurrir el dolo, ya sea directo o eventual. Lo anterior se explica porque figuras como el homicidio calificado y el parricidio necesita una acción dirigida concretamente, con pleno conocimiento, al logro del resultado particularmente descrito en la ley, con las modalidades de agravación que les dé identidad. Estas características de los tipos calificados traen como consecuencia que se excluya toda posibilidad de que el parricidio y el homicidio calificado puedan ser culpables, dado que la imprudencia y la negligencia, que constituyen la culpa, se contraponen a la noción de conocimiento, como así también a la de voluntad de concretar un tipo penal.

3. La doctrina también ha llegado a la conclusión de limitar la interpretación de los tipos abiertos en base a que el tipo penal, al describir la conducta, emplea a veces los términos de propósito o “maliciosamente”, por lo cual tácitamente se descartan las hipótesis de culpa, ya que la figura exige una determinada dirección subjetiva imposible de cumplirse en el hecho culposo, en base a esto se descartan delitos como la castración y la mutilación.
4. Se ha establecido como principio fundamental de que a la única figura de homicidio en la que cabe una comisión culposa es el homicidio simple.

Debates actuales en torno a los Homicidios Culposos

La últimas tendencias en cuanto al homicidio culposo van por la línea de hacer distinción entre culpa con previsión o sin previsión para efectos de sanción por homicidio culposo. En nuestro país el debate teórico al respecto, es más o menos reciente, a diferencia de lo que ocurre con algunas legislaciones del derecho comparado. Pero hace algún tiempo algunos autores como el profesor Juan Bustos, han señalado que para que exista un deber de cuidado o una diligencia exigida debe existir una “previsibilidad objetiva”, es decir debe existir una previsibilidad del eventual resultado lesivo que se puede generar por una conducta que exija un nivel de cuidado, lo cual ha sido ratificado por nuestros tribunales en cuanto se exige demostrar la previsibilidad para probar la infracción de un deber de cuidado.

Como se señalaba con anterioridad en el homicidio culposo se requiere de una voluntad dirigida a realizar una actividad cualquiera, que si bien por lo general es atípica a veces puede ser una conducta típica, que por no llevara a cabo sin la diligencia debida o esperada termina por lesionar un bien jurídico.

Mario Garrido Montt y Alfredo Etcheberry opinan que en los casos de “resultado múltiple” por el que, producto de una conducta culposa se causa la muerte de más de una persona, en tal caso no existen varios cuasidelitos de comidió sino que sólo uno. En la hipótesis ocurre que ha existido una sola infracción al deber de cuidado por lo tanto se responde de un solo cuasidelito de homicidio. Respecto a esto último señalan estos autores que lo que nuestro

sistema sanciona es la falta de cuidado del sujeto activo, es decir si bien nuestro sistema penal protege los bienes jurídicos valiosos, en este caso, vida, esta protección viene por la tipificación de una conducta que puede ser de hacer o no hacer y esta protección puede recibir una valoración jurídica según la conducta sea dolosa o culposa. Esto se debe a que en nuestro sistema penal rige el principio de tipicidad por el cual se califican por la conducta y no por el resultado. No obstante una parte de la doctrina nacional con autores como Cury o Novoa sostienen que una conducta que si bien no va dirigida a matar y que finalmente provoca a la muerte es un solo hecho que puede constituir dos o más delitos y en al caso se hace aplicación del artículo 75 por el cual se castiga con la pena más alta el delito más grave. A esta situación en particular Novoa ha sostenido que no existe un deber general de cuidado, sino que existe un deber de vigilancia en particular con respecto a cada bien jurídico por lo que en el evento de un resultado múltiple se responde por varios cuasidelitos. La jurisprudencia en la mayoría de las ocasiones ha optado por acoger la postura que sostiene que el hecho constituye varios delitos culposos. Aunque en fallo de la Corte Suprema de Justicia del año 1992 se acogió la tesis de que una muerte y lesiones causadas a otra persona con culpa constituyen un solo cuasidelito y no varios.

CAPITULO II

ANÁLISIS DEL HOMICIDIO EN EL DERECHO COMPARADO

2.1 Análisis del homicidio en los códigos Penales Europeos

2.1.1 El homicidio en el Código Penal Español

El Código Penal Español tiene una gran importancia para nosotros en razón de que constituye el antecedente histórico de nuestro Código Penal. Es necesario precisar que el Código Español fue reformado en el año 1995. El homicidio está tipificado en el Libro II, bajo el título de “El homicidio y sus formas”.

Al igual que en nuestro Código Penal se concibe el homicidio simple, aunque a diferencia del nuestro, no se considera como una figura residual propiamente tal, ya que para su tipificación se le destina un articulado en específico. La estructura del Código Penal Español permite distinguir esta figura nítidamente, en efecto, tipifica el homicidio simple de la siguiente manera:

ART. 138 *El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años.*

De la letra del artículo podemos deducir que no se presentan mayores complicaciones en base a que ha de aplicársele el mismo análisis dogmático que se realiza en nuestro país dado la similitud existente. Además que por el estudio de los principales autores de la doctrina española permite constatar que el bien jurídico protegido es la vida humana independiente. El sujeto activo, al igual que el sujeto pasivo, puede ser cualquier persona, pero hay que tener en

cuenta el momento en que se considera que la persona tiene vida independiente a efectos de hacer la distinción con la figura de aborto. La doctrina mayoritaria de España se inclina por considerar que sólo puede ser objeto de homicidio la persona nacida, es decir la que está separada del claustro materno.⁶⁷

Un aspecto que representa un gran contraste entre nuestro Código con el Español, es que en este último no se destaca la figura del infanticidio y del parricidio. Esto constituye una tendencia actual en los códigos penales modernos en cuanto a la eliminación de los referidos delitos; así ocurre por ejemplo en códigos penales alemán y el francés, a los cuales se hará referencia más adelante.

En cuanto a la acción en el delito de homicidio en el Código Español, está determinada por el hecho de “matar a otro”, por tanto, la acción es la conducta exterior del sujeto dirigida a producir la muerte de otro. Entre la conducta y el resultado debe existir una relación de causalidad que ha de ser penalmente relevante. Si el nexo causal se rompe, produciéndose el resultado muerte por causas ajenas a quien inició la acción éste no puede ser responsable del delito de homicidio consumado, pero podría tratarse de un homicidio en grado de tentativa, en el evento de que un sujeto no concrete su acción dolosa de causar la muerte, o también podría tratarse de un delito

⁶⁷ SERRANO GÓMEZ, Derecho penal Parte Especial, op cit. Pág 7 , Comentarios al Código Penal , pág 43

frustrado si las causas que no permiten llegar al resultado son ajenas al sujeto que realiza la acción.

Respecto al tipo subjetivo, se recogen dos formas de homicidio: el doloso y el culposo. Del análisis que realiza la doctrina española se llega a la conclusión que el dolo se concibe de la misma manera que la actual doctrina de nuestro país, esto en cuanto a que el dolo comprende el conocimiento y la voluntad por parte del sujeto que realiza la acción.⁶⁸ Al igual como ocurre en nuestro país, también se recoge la hipótesis del dolo eventual, es decir que el sujeto se represente la posibilidad de que la muerte se produzca como resultado de su acción, y no obstante persiste en ella y acepta el resultado. Tanto la doctrina como la jurisprudencia en España han señalado que es suficiente el dolo eventual para la concreción del homicidio, por lo tanto, de esta manera se ha llegado a homologar el dolo directo con el dolo eventual. Las teorías sostenidas para explicar esta hipótesis son las de la probabilidad, la del sentimiento y del consentimiento, siendo esta última la más aceptada por la jurisprudencia.

Respecto al homicidio calificado, el Código Español establece:

ART. 139 *Será castigado con la pena de prisión de quince a veinte años, como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:*

1º Con alevosía

⁶⁸ SERRANO GÓMEZ, op.cit pág 89

2º Por precio, recompensa o promesa

3º Con ensañamiento, aumentando deliberadamente e inhumanamente el dolor del ofendido.

La expresión asesinato la utiliza expresamente el Código español al tipificar lo que para nosotros se denomina homicidio calificado. Continúa siendo el más grave de los delitos contra la vida humana independiente. El sujeto activo y pasivo en el delito de asesinato pueden ser todos, es decir, cualquier persona que realice la acción de matar a otra concurriendo las circunstancias expresadas por el artículo 139.

En cuanto a los elementos constitutivos del delito, la alevosía es, según el artículo 139, la primera de las circunstancias constitutivas de asesinato. El mismo Código Penal español da una definición de alevosía en el número 1 del artículo 22: “Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla sin riesgo que para su persona pudiera proceder la defensa por parte del ofendido”. Al respecto, nuestro Código también coincide con la idea del aseguramiento de la ejecución evitando riesgos de la posible defensa de la víctima, tales circunstancias deben ir unidas.⁶⁹

⁶⁹ En efecto, el artículo 12 Nº del Código Penal, referido a las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal establece: “son circunstancias agravantes: 1º Cometer el delito con alevosía, entendiéndose que la hay cuando se obra a traición o sobreseguro.

Sin embargo existen diferencias, pues la legislación española realiza un análisis más bien objetivo de la alevosía, centrándose en las circunstancias descritas en el tipo, más que en el elemento subjetivo “ánimo alevoso”, que según nuestra doctrina y jurisprudencia⁷⁰ es necesario que exista para configurar el delito de homicidio calificado. Gracia Martín al comentar el Código Penal español afirma que “no obstante, según la opinión dominante, no será preciso que él mismo realice de propia mano los elementos objetivos de la circunstancia. Bastará con que utilice medios, formas o modos de ejecución, que le vengan previamente dados, constituidos y organizados con los fines de asegurar la ejecución e impedir una reacción defensiva de la víctima. Por ello no es necesario que el sujeto mismo haya elegido o buscado tales medios sino que bastará con que se aproveche de los mismos si ya vienen dados. Será

⁷⁰ “Considerando 4º: En cuanto al obrar sobre seguro, implica también aprovecharse de la indefensión de la víctima- la cual no necesita ser absoluta, pues basta que sea sensiblemente superior a lo habitual- esta vez motivada por circunstancias objetivas que le impiden prever el ataque- como en el acecho- o repelerlo- como cuando está caído o físicamente disminuido por cualquier razón. Ahora bien, no cabe duda de que en este caso dicho incremento de la indefensión concurre desde el punto de vista objetivo, pues, en el momento del ataque la víctima se encontraba de espaldas al autor e inclinado para conversar con alguien que trabajaba debajo del vehículo. Sin embargo, la existencia de esta situación puramente objetiva no basta para considerar el homicidio como alevoso, pues si no, se llegaría al absurdo denunciado irónicamente por un autor, de si un sujeto corre persiguiendo a otro individuo que huye, con propósito homicida, y éste último tropieza y cae, el victimario, para no verse gravado con la alevosía, tendría que detenerse y esperar a que su antagonista se ponga de pie y prosiga su carrera antes de agredirlo. No hay duda de que esta consecuencia constituye un despropósito inadmisibles. Por ello, debe convenirse en que el obrar sobre seguro requiere un elemento subjetivo. Considerando 5º: Que el elemento subjetivo a que se refiere el considerando anterior no precisa tanto como un propósito deliberado de crear la situación de indefensión de la víctima, pero implica, por lo menos, la decisión de aprovecharse de ésta. Es decir, la referida indefensión debe importar un motivo determinante para la ejecución del delito, se suerte que éste no se habría cometido- o, por lo menos, no en el momento y de la forma en que se llevó a cabo- si aquella situación no se hubiere encontrado presente” (Recurso de Casación en el Fondo Rol 657-99, 2º Sala de La Corte Suprema, integrada por los señores Servando Jordan, Luis Correa, Guillermo Navas, Alberto Chaigneau, Enrique Cury)

posible, por lo tanto, que sea otro quien proporcione los medios alevosos y el autor los utilice”⁷¹. Con ello se evidencia la diferencia con la legislación chilena para cual es necesaria la existencia del elemento subjetivo de la alevosía, el autor debe intencionadamente crear y utilizar las condiciones para la indefensión de la víctima.

La legislación española en su reforma ha suprimido la calificante que aún continúa establecida en nuestro Código Penal, cual es la utilización de veneno, considerado el medio alevoso por excelencia.

De los medios comprendidos en el ámbito de aquella circunstancia calificativa del asesinato en el Código español anterior, el veneno planteaba diversos problemas interpretativos. No existía acuerdo con respecto al mismo concepto de veneno. La opinión más dominante en la doctrina y jurisprudencia española es que ha de prescindirse de un concepto estrictamente toxicológico de veneno y adoptar uno en sentido amplio, de modo que quede comprendido en él toda sustancia susceptible de producir la muerte o graves trastornos cuando sea ingerida por un ser humano. La opinión minoritaria, que siguió consideró, en cambio, que en el concepto de veneno sólo pueden incluirse las sustancias que lo sean desde un punto de vista toxicológico⁷².

La segunda circunstancia calificativa del delito de asesinato del artículo 139 es la de matar a otro “por precio, recompensa o promesa”. Al igual que en nuestro Código Penal Chileno, se necesita para su concurrencia de los

⁷¹ LUIS GRACIA MARTIN, Comentarios al Código Penal Español Parte especial, pág.99

⁷² LUIS GRACIA MARTIN, op.cit. pág 97

siguientes elementos: la oferta de un precio, recompensa o promesa por la ejecución del hecho por parte de un sujeto a otro; y que dicha oferta haya sido la causa desencadenante de la resolución delictiva en el autor del hecho. También se considera, para dar lugar a la calificante que tal premio tenga un contenido económico.

La doctrina española considera unánimemente que si el autor estaba ya decidido a realizar el hecho con anterioridad al ofrecimiento no debe configurarse esta calificante; por ello es necesario que el acuerdo sobre el precio tenga lugar con anterioridad a la perpetración del delito.

De la estructura material del delito se deduce que la misma requiere necesariamente de la existencia de dos sujetos: el que ofrece el pago, recompensa o promesa, que será el inductor, y el que ejecuta el delito que será el autor de él.

La tercera calificante del delito de asesinato consiste en matar a otro “con ensañamiento, aumentando deliberadamente e inhumanamente el dolor del ofendido”. El ensañamiento en el asesinato se interpreta como una variedad de causación de padecimientos innecesarios en general, y el ensañamiento en particular estaría dado por hechos que suponen siempre una mayor gravedad de lo injusto. El autor debe realizar, además del delito propiamente tal, otros males adicionales con el propósito de aumentar de forma inhumana el dolor del ofendido y además requiere la realización de hechos que den lugar realmente a un mayor sufrimiento; condiciones que también en nuestro ordenamiento

nacional son necesarias para configurar el homicidio calificado cometido con ensañamiento.

Homicidio por imprudencia

Es en esta figura donde realmente se constata una diferencia entre el Código Penal Español y el nuestro. Esto porque en el Código Penal Español se ha resuelto en cierta medida el problema de que las figuras de delitos por culpa son, en teoría, extensibles a una gran cantidad de figuras penales. El actual Código Penal Español ha establecido un sistema en el que se opta por castigar los delitos imprudentes cuando así lo disponga expresamente la ley, de modo que tales casos se especifican en el Código Penal. Se trata de un sistema de “*numerus clausus*”; con ello el legislador español ha optado por reducir la protección penal a aquellos supuestos de ataques a bienes jurídicos más importantes y también en sus modalidades más graves. Este tratamiento legislativo constituye una de las tendencias más avanzadas de la legislación penal actual. En nuestro sistema penal la figura de delitos culposos por mucho tiempo ha estado en el debate en relación a cuáles delitos corresponde castigar, y sólo por la vía interpretativa de la doctrina y la jurisprudencia se ha llegado a la misma conclusión que la legislación española, en cuanto a que sólo ocurre la protección penal en los supuestos en los que se produzcan ataques en los bienes jurídicos más importantes, como en los delitos contra la vida y el delito de lesiones.

Otro punto fundamental que también ha sido superado por el nuevo Código Penal Español, es el debate de si se seguía un sistema de crimen culpae (una culpa que se castiga por ella misma) o crimina culpae (un hecho castigado con motivo de la culpa), optando por esta última posibilidad, de manera que ha de realizarse de forma imprudente el tipo injusto, no siendo suficiente que el resultado (la muerte) suceda, sino que al mismo tiempo ha de responder a la inobservancia del deber de cuidado. Esta es una de las cuestiones que aún se debaten en nuestra doctrina.

Otro punto donde el actual Código Penal Español, muestra diferencias con el nuestro, es en el hecho de que se han unificado las terminologías en cuanto a que sólo se habla de “imprudencia” la cual conoce dos modalidades punibles: “grave” y “leve”, a diferencia del anterior Código que hablaba de “temeraria” y “simple” (de manera similar como ocurre en nuestra legislación penal). Lo anterior muestra otra manifiesta diferencia con nuestro Código Penal, en cuanto a que el nuestro señala “imprudencia” o “negligencia”, además que en la graduación de culpa que se realiza se considera la imprudencia “temeraria”, términos que provocan cierta confusión en nuestra doctrina, por lo que considero que el lenguaje usado por el Código Penal Español es más beneficioso en cuanto a que resulta más preciso.

Otra diferencia viene dada por la tipificación que el Código Penal Español hace en relación al homicidio culposo, toda vez que lo incluye en el mismo

capítulo referido a los delitos contra la vida, a diferencia del nuestro. Resulta así una mejor sistematización.

Artículo 142:

1. El que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado como

reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años-

2.- Cuando el homicidio imprudente sea cometido utilizando un vehículo a motor,

un ciclomotor o un arma de fuego, se impondrá asimismo, y respectivamente, la

pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores o la

privación del derecho a la tenencia y porte de armas, de uno a seis años.

3.- Cuando el homicidio fuere cometido por imprudencia profesional se

impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la

profesión, oficio o cargo por un período de tres a seis años.

Del análisis de la figura se puede concluir que existe, al igual que en nuestro código, una graduación de la culpa.

En el primer párrafo, que señala la imprudencia grave, se asemeja de cierta manera al artículo 490 de nuestro código, el cual se refiere a la imprudencia temeraria, es decir cuando un sujeto incurre en el mayor grado de descuido. Pero evidentemente la mayor diferencia está en que mientras el artículo 490 de nuestro Código Penal es una figura penal de tipo abierto, dando lugar a la interpretación por parte de la doctrina y la jurisprudencia; en cambio en el Código Penal Español está claramente señalado el resultado lesivo típico, en este caso la muerte y, está también establecido la relación de causalidad en

cuanto a la conducta del autor. Del análisis del artículo se deriva que actúa culposa o imprudentemente quien omite la diligencia debida, es decir, el que no observa el deber de cuidado, o sea las normas de conducta exigible al caso, las cuales se extraen de la experiencia común y no dependen necesariamente de la trasgresión de leyes o reglamentos. Por tanto, es necesario que esta infracción al deber de cuidado y el resultado, haya sido previsto por el agente y también que el resultado fuera evitable. Además, no basta la previsibilidad de un resultado dañoso cualquiera, sino la muerte de la víctima o víctimas.

Para que se esté ante un delito de homicidio por imprudencia resulta necesario que se haya producido un resultado lesivo atribuible a la actuación descuidada del agente. De lo anterior se llega a la conclusión que no cabe la posibilidad de castigar la tentativa de un delito imprudente a excepción que tal conducta por sí misma constituya delito. Se está ante un delito material o de resultado, por lo cual es esencial que en la relación de causalidad el resultado lesivo corresponda a la conducta lesiva del agente. El nexo de causalidad se suele relacionar con la teoría de las condiciones equivalentes, según la cual se considera causa toda aquella condición que, suprimida mentalmente, haría desaparecer el resultado lesivo. Sin embargo, la aplicación de esta teoría trae consigo el problema de que se amplía excesivamente el campo de lo punible, de modo que se han buscado criterios para restringir este conflicto, de manera que surgen en la doctrina española teorías como la de la imputación objetiva, la cual también se aplica a los delitos dolosos, de tal modo que esta teoría postula

que producto de la actividad de un sujeto se ha creado un riesgo más alto que el permitido, por lo que el resultado acaecido debe responder a tal riesgo creado por el agente y, donde además, el daño producido debe caber dentro del ámbito de la protección de la norma.⁷³ Esta teoría aplicada por la doctrina española creo que puede ser bastante útil como solución para los problemas que se puedan dar en nuestro sistema penal.

Respecto del párrafo segundo del artículo 142 del Código Penal Español se desprende que en España se ha tipificado y dado una penalidad específica a ciertas actividades que por su naturaleza llevan implícito un alto riesgo en su manejo. Este párrafo se asemeja a lo establecido en el artículo 492 de nuestro código en cuanto a la tipificación de actividades riesgosas. Pero, la diferencia está en que el Código Penal Español hace referencia a la actividad riesgosa del manejo de armas, lo cual sería necesario incluir en nuestro código.

El párrafo tercero del Código Penal Español hace referencia al homicidio por imprudencia profesional el cual se asemeja al artículo 492 de nuestro código. Este párrafo trata el supuesto de conductas que se dan en el plano profesional, aunque principalmente se da en el área de la medicina, por infracción a las reglas de la lex arits.

⁷³ SERRANO GÓMEZ, op. cit.

Homicidio preterintencional

Se está ante la hipótesis de quien realiza una acción con la finalidad de causar solamente lesiones y termina causando la muerte de una persona. En España la mayoría de la doctrina española se pronuncia a favor de un concurso ideal de delitos entre las lesiones dolosas y un homicidio culposo. La cuestión que se debate en España es de si se puede determinar la gravedad de las lesiones. En tal caso, se ha llegado a la conclusión, por parte de la doctrina y jurisprudencia española, de que habrá que condenar por homicidio en base al principio *in dubio pro reo*. Esta solución resulta una buena respuesta para este punto conflictivo que también se da en nuestra doctrina.

2.1.2 El Homicidio en el Código Penal Alemán

El derecho penal alemán, al igual que el español constituye para nuestro país un referente esencial para el análisis dogmático de la materia en desarrollo. La doctrina penal alemana ha representado en el último siglo la vanguardia respecto de las nuevas tendencias penales, por lo que considero que en el análisis de los delitos contra la vida, específicamente en el homicidio, se le debe dar un lugar preponderante, dado que recoge los últimos avances sobre la materia.

Se caracteriza el Código Penal Alemán en cuanto a que se denomina “asesinato” al homicidio calificado tal como lo concebimos en nuestra legislación, diferenciándose en algunas calificantes, por cuanto incluye algunas

no consideradas en la nuestra como son: satisfacer un instinto sexual, el placer de matar o para facilitar otro hecho o para encubrirlo, mata un ser humano.

Artículo 211. Asesinato

El asesino se castigará con pena privativa de la libertad por vida

(1)Asesino es quien: por placer de matar para satisfacer el instinto sexual, por codicia o de otra manera por motivos bajos, con alevosía o cruelmente, o con medios que constituyen un peligro público, o para facilitar con otro hecho o para encubrirlo, mata a un ser humano.

Se puede concluir, del análisis de este artículo que en el sistema penal alemán la calificación del asesinato no es taxativo, sino que enunciativo a la luz de la letra del artículo "... o de otra manera por motivos bajos". Esto constituye una notable diferencia con respecto a nuestro código en donde están señaladas taxativamente las calificantes. De este artículo se refleja que el legislador alemán tuvo la intención de dar cabida en la figura del asesinato (que impone un severo castigo a tales conductas imponiendo una pena de presidio perpetuo) una amplia variedad de conductas dolosas que manifiestan un alto desvalor en comparación con otras. Se puede decir que será tarea de los jueces acotar o determinar cuál será la conducta homicida dolosa que se configure dentro de este tipo. El artículo a simple vista da una guía o referencia de cuáles serían estas conductas, y llegamos a la conclusión que se tratan de las conductas de mayor desvalor. Es relevante destacar que el proyecto del Código Penal Tipo para Latinoamérica contemplaba en el homicidio calificado precisamente la

calificante que analizamos, la cual señala: “Se impondrá... al que matare: 4. Por precio, promesa remuneratoria, codicia o por otros motivos abyectos o fútiles”. Lo cual resulta mucho más preciso que nuestro código como se analizó en su momento, es por esto que lo enunciado por el Código Penal Alemán refleja un alto nivel de desarrollo en materia penal. Sería recomendable que en el proyecto del nuevo código penal para nuestro país implementar esta calificante.

Un punto particular que llama la atención y que distingue la figura respecto del homicidio calificado de nuestro sistema penal, es que se concibe como calificante de asesinato, las conductas dolosas indirectas (“... o para facilitar otro hecho o para encubrirlo, mata un ser humano”), es decir, aquellos casos en que el sujeto no persigue el resultado que se representa como inevitable consecuencia de la acción que realizará para alcanzar el objetivo que se propone. Considero que esta tipificación representa un avance en relación a la punibilidad de las figuras homicidas dolosas en razón a que el dolo indirecto viene a representar un mayor desvalor de conducta en cuanto refleja un mayor desprecio contra la vida humana. Considero que esta última tendencia debería ser acogida por nuestro Código Penal en base a razones dogmáticas, dado que permitiría incluir dentro de la figura del homicidio calificado una innumerabilidad de conductas dolosas para las cuales existe mayor reprochabilidad. Se facilita la sistematización al incluir esta calificante ya que permite dar un marco de

objetividad a la figura. Además considero que por un criterio de justicia criminal resulta bastante apropiado.

Respecto de la figura de homicidio en el Código penal alemán, se asemeja a nuestra figura de homicidio simple en cuanto a que es una figura residual, aunque se diferencian en que el homicidio en Alemania se encuentra establecido en un artículo específico, por lo que se puede distinguir claramente del asesinato.

Artículo 212. Homicidio

(1) Quien mata a un ser humano sin ser asesino será condenado como homicida con pena privativa de libertad no inferior a cinco años.

(2) En casos especialmente graves se reconocerá pena privativa de la libertad en casos especialmente graves.

La letra del artículo nos muestra la particularidad de cómo se trata al homicidio, pues quien mata a una persona no es asesino, lo que para nosotros hasta el momento no tiene ninguna novedad, pero en el párrafo siguiente señala que si el caso es grave se le aplicará una condena de presidio perpetuo, es decir, se considera como asesino. Es posible concluir que este artículo ratifica lo anteriormente señalado en cuanto a que la figura del asesinato no tiene un tratamiento taxativo en sus calificantes, sino que solo da un marco de referencia. Si esto no fuera así, no tendría lógica la lectura del artículo 212, en cuanto a que si fueran taxativas las calificantes, se debería haber omitido el párrafo dos del artículo 212. Lo anterior lleva a preguntarse lo ventajoso o

perjudicial de aplicar esta innovación a nuestra legislación. Si partimos de la base que nuestro sistema penal se basa en el principio de tipicidad, la inclusión de esto produciría un evidente conflicto, en cuanto dejaría cierto margen de discrecionalidad a nuestros tribunales para determinar o calificar un hecho como un homicidio calificado. Y si bien lo anterior puede causar una primer sensación de inseguridad en la que se encontraría el imputado, en razón de que se transgrediría el principio de tipicidad, la figura del homicidio así establecida otorga un marco de objetividad suficiente que permite resguardar los derechos de los involucrados.

La aplicación de esta innovación me parece que además se adecua al principio de responsabilidad subjetiva, en la cual se sostiene el moderno derecho penal, ya que un tratamiento taxativo del homicidio calificado podría causar que ciertas conductas graves escaparan de la regulación de la figura lo cual no se condice con los principios señalados.

Artículo 213. Caso de Homicidio Leve

Si el homicida sin culpabilidad propia fue excitado a la furia por medio de malos tratos hechos a él o a un pariente o por graves insultos por parte de la persona muerta y con esto incitado de inmediato al hecho o si de lo contrario ese presenta un caso de menor gravedad, entonces el castigo es de un año hasta diez años.

Este artículo representa una novedad respecto de lo que hasta ahora conocemos, en cuanto se está ante una atenuación de la conducta dolosa

homicida tratada autónomamente en un artículo dentro del capítulo de los delitos contra la vida. En nuestro código penal también puede darse esta hipótesis, aunque manifiestamente no de una forma autónoma. Se parece al tratamiento que se le da a la legítima defensa la que excluye la antijuricidad del hecho. Pero en concordancia con el artículo del Código Penal Alemán, se estaría ante una figura donde en principio habría legítima defensa, pero donde la respuesta conductual del afectado no fue racional ni proporcional a la agresión. De lo anterior se puede concluir que en el Código Penal Alemán se efectúa una especie de graduación del homicidio doloso, donde la distinción está dada según el desvalor de la conducta homicida. Lo anterior es concordante con un sistema basado en la responsabilidad subjetiva, dado que no puede darse a toda conducta dolosa idéntica valoración, ya que es necesario tener presente aquellos casos en que concurren elementos subjetivos en la acción dolosa del individuo como ocurre en el asesinato, y en aquellos casos en que concurren circunstancias atenuantes en la conducta dolosa del individuo, como se verifica en el artículo sobre homicidio leve.

Artículo 216. Homicidio a petición

(1) Si alguien ha pedido a otro que lo mate por medio de expresa y seria petición del occiso, entonces debe imponer una pena privativa de libertad de seis meses a cinco años.

Esta figura representa las nuevas tendencias político criminales en el mundo. Es lo que se conoce por la doctrina mundial como eutanasia, por lo que

se demuestra que el código penal alemán recoge las últimas tendencias en delitos contra la vida, más no por ello las más adecuadas para el ser humano en cuanto su vida es de un valor infinito.

Artículo 221. Abandono

(1) Quien

1.- ponga a una persona en situación de desamparo, o

2. la abandone en situación de desamparo aunque esté bajo su custodia o esté obligado de otra manera a asistirle y le exponga de esta forma al peligro de muerte o a un grave perjuicio de salud, será castigado con pena privativa de la libertad de tres meses hasta cinco años con multa.

(2) La pena privativa de libertad será de uno a cinco años cuando el autor:

1. cometa el hecho contra su hijo o una persona que le es encomendada para su educación o formación o,

2 le cause un grave perjuicio de salud a la víctima a causa del hecho.

(3) si el autor le causa la muerte de la víctima a través del hecho, entonces la pena es pena privativa de la libertad no inferior a tres años.

(4) En casos menos graves del inciso 2, se impondrá una pena privativa de la libertad de un año hasta cinco años.

Artículo 222. Homicidio Culposo

Quien cause la muerte de una persona con imprudencia, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa.

En este punto del análisis el Código Penal Alemán da una serie de respuestas a los conflictos suscitados en buena parte del mundo respecto de las figuras homicidas de comisión por omisión. El Código se refiere a la figura del abandono, lo que en nuestra legislación está tipificado en el artículo 352, pero donde la doctrina nacional lo califica como un “delito de peligro”, no como un delito que atenta contra la vida. El Código Penal Alemán aclara el debate tipificando la situación especial que suscita respecto del abandono. Esta figura planteaba problemas en cuanto, por la vía de la omisión y sea culposa o dolosa, se podía producir la muerte de la persona. Se refleja que la legislación alemana ha superado el conflicto regulando directamente la situación en los delitos contra la vida. Pero la innovación alemana consiste principalmente en haber recogido los trabajos doctrinarios, en cuanto a reconocer que las figuras de comisión por omisión están determinados por la posición de garante del imputado, es decir, por una fuente específica de una obligación de velar por la vida del otro, en este artículo se reconoce como fuente a las relaciones de familia, los contratos, la ley y la actividad creadora de riesgos. Es interesante ver cómo en la letra del artículo no permite desprender una conducta dolosa ni culposa, por lo que se deduce que el legislador alemán no hizo alusión a la conducta dolosa o culposa de manera de evitar el conflicto de tener que probarse por el juez una conducta dolosa o culposa en una situación específica que los hechos en la práctica no lo permiten. Pero se refleja que el legislador estableció una graduación de la responsabilidad en base a la posición de

garante y al resultado del hecho, siendo más grave la pena en aquellos casos en que el resultado sea la muerte y la posición de garante esté determinado por las relaciones de familia. Donde sí llama la atención es que el legislador no estableció una graduación para el homicidio culposo, la respuesta podría estar dada, a mi juicio, por el hecho de que la figura del abandono como la del homicidio culposo son de alguna manera complementarias entre sí. Resulta notorio que el código penal alemán no haga mención a situaciones como la responsabilidad del médico o enfermera o el que conduce un auto por ejemplo y esto se puede explicar porque tales conductas están determinadas por la posición de garante establecido respecto de la figura del abandono, por lo tanto, se deberá complementar interpretativamente ambos artículos.

Artículo 220 Genocidio

- (1) Quien con la intención de destruir entera o parcialmente un determinado grupo nacional, racial, religioso o étnico*
- 1. mate a miembro del grupo*
 - 2. cause a miembros del grupo graves daños físicos o mentales, en especial del tipo descrito en el 226*
 - 3. someta al grupo a condiciones de vida que sean apropiadas para provocar total o parcialmente su destrucción física.*
 - 4. imponga medidas que deban impedir los nacimientos del grupo*
 - 5. traslade a la fuerza a niños de un grupo a otro será castigado con la pena privativa de libertad de por vida.*

(2) En casos menos graves del inciso 1 numerales 2 a 5, la pena privativa de la libertad no será inferior a cinco años.

La configuración del delito de genocidio en el Código Penal Alemán en el capítulo de delitos contra la vida es de una notable relevancia, dado que implica el reconocimiento y recepción de los denominados “crímenes en contra de la humanidad”, lo cual es fruto de las convenciones internacionales surgidas después de las atrocidades sometidas durante la II guerra mundial, de manera de reaccionar y castigar las conductas consideradas más terribles por la comunidad internacional y que ha dado origen a las convenciones internacionales para la condena de estas conductas. Precisamente el genocidio está tipificado en la Convención para la Prevención y Sanción del Genocidio del año 1958; de igual manera la creación de la denominada Corte Internacional de Justicia es producto del acuerdo de la comunidad internacional para prevenir y condenar este tipos de conductas.

Por tanto, lo relevante de la tipificación del genocidio como un delito contra la vida, es que significa la acogida de una figura que es fruto de la elaboración de la doctrina internacional, que recoge lo establecido en la Convención en contra del genocidio de manera íntegra y que responde de alguna manera a la internacionalización de la jurisdicción internacional respecto de los denominados crímenes en contra de la humanidad.

Desde el punto de vista dogmático, la tipificación de esta figura resulta novedoso y desde nuestro punto de vista, algo controversial, porque lo indicado

era destinar un capítulo independiente respecto del genocidio, el cual debía haberse denominado hechos punibles en contra de la humanidad, esto es razón de que el bien jurídico valorado es el grupo humano en toda su expresión, no es la vida propiamente tal. El análisis de la figura refleja que la acción destinada a destruir al grupo humano implica diversos resultados finales como pueden ser la muerte de los integrantes del grupo humano o graves daños físicos, es decir no implica el resultado propio del homicidio u otra figura de los delitos contra la vida, que es la muerte del o los individuos. Ahora si bien lo que determina esencialmente que se configure un delito de homicidio es un moderno código penal basado en un principio de responsabilidad subjetiva es la acción u omisión de dar la muerte a otro, más que el resultado de que se provoque la muerte del individuo, de todas maneras se provoca un conflicto con la figura del genocidio, ya que el tipo subjetivo de éste, es la acción dolosa de la “destrucción parcial o total de un grupo humano” unido a elementos subjetivos que son las motivaciones ideológicas, raciales, religiosas, etc. En consecuencia no existe una concordancia en sus tipos objetivos y subjetivos, se puede decir que el delito de genocidio subsume el delito de homicidio, en el sentido que eventualmente la acción de destruir un grupo humano puede implicar la acción de dar muerte a uno o varios individuos.

Considero que no es lo mismo “destruir un grupo humano” que “dar muerte a uno o varios individuos”, en razón de que destruir un grupo humano puede significar el hecho de suprimirlo físicamente (situación en que coincide

con el tipo subjetivo de un homicidio), o el hecho de suprimirlo, en el sentido de hacerlos desaparecer como “entidad”, es decir suprimir la identidad del grupo, que puede ser religiosa, racial etc. Y que no implica necesariamente provocar la muerte de este grupo humano.

Se destaca la diferencia de penalidad respecto de las figuras de delitos en contra de la vida, en cuanto la pena del genocidio es el presidio de por vida. Creo que es un avance por parte del ordenamiento penal el reconocimiento de esta figura, en base a que se refuerza la protección de los derechos humanos de una sociedad, pero creo que para efectos dogmáticos hubiera sido mejor destinar un capítulo aparte, dado que si bien las figuras del genocidio y los delitos en contra de la vida se asemejan, no son coincidentes en el bien jurídico protegido y en cuanto a sus tipos subjetivos y objetivos.

2.1.3 El Homicidio en el Código Penal Francés

Resulta interesante el análisis del código penal francés, que si bien no tiene demasiada influencia en nuestra legislación y doctrina penal, considero incluirlo porque de la lectura de sus normas se reflejan varias tendencias modernas elaboradas por la doctrina que o son recogidas por códigos más modernos. Lo primero que llama la atención respecto del código francés es que dispone de un capítulo distinto de los delitos en contra de la vida para el tratamiento del genocidio, denominado “De los demás crímenes en contra de la humanidad”, lo cual significa un reconocimiento de las nuevas tendencias

internacionales, en razón de una mayor protección de los derechos humanos. Implica la recepción de una figura penal que es fruto de los acuerdos de la comunidad internacional.

Artículo 212-1

La deportación, la reducción a esclavitud o la práctica masiva y sistemática de ejecuciones sumarias de secuestros de personas seguidos de su desaparición, de tortura o de actos inhumanos, inspiradas por motivos políticos, filosóficos, raciales o religiosos y organizadas en ejecución de un plan concertado contra un grupo de población civil serán castigadas con reclusión criminal a perpetuidad.

Del análisis de la figura podemos concluir que el ordenamiento penal francés no tipifica la definición de genocidio dada por la Convención Internacional para su Prevención y Sanción. Pero a pesar de no tomar la definición, es en la práctica igual al de dicha Convención. Lo que sí resalta es que tipifica la situación de la tortura de manera expresa, pese que en la definición de la Convención se puede llegar a la misma conclusión por la vía de la interpretación.

Me parece más acertado lo que realiza el Código Penal Francés a diferencia del alemán, ya que al dar un capítulo independiente, facilita su análisis dogmático, lo que no ocurriría si se lo incluyera en el capítulo de los delitos en contra de la vida.

El Código Penal Francés trata en el capítulo denominado “De los atentados contra las personas” las figuras de homicidio. Lo primero que llama considerablemente la atención es que en su artículo 221-2 señala que “constituye homicidio el que voluntariamente da muerte a otro...” lo que resulta complicado de analizar, dado que a la luz de una interpretación en base a lo expuesto por nuestra doctrina daría a entender que estamos en un caso de intención de matar lo que corresponde sólo a un tipo específico de dolo (dolo directo). La interpretación correcta es que la frase alude a la culpabilidad, en cuanto juicio de reproche, es decir respecto a la imputabilidad y conocimiento de lo antijurídico, y no como una equiparación entre dolo y voluntad. Pero el tema se complica más al conocer la letra del capítulo referido a los homicidios culposos el cual señala: “De los atentados involuntarios en contra de la vida humana”; por lo cual no cabe duda que al señalarse que “constituye homicidio el que voluntariamente da muerte a otro” se alude concretamente a una conducta dolosa, lo cual trae complicaciones y restricciones en su análisis dogmático, porque de la interpretación del artículo en cuestión traería como consecuencia que no se considerarían las hipótesis de dolo eventual, es decir los casos en que el sujeto se representa el hecho y considera la muerte del otro como una posibilidad, pero el eventual resultado le es indiferente. En consecuencia creo que es una imperfección del código penal francés la letra del artículo en cuestión y que no se condice con lo establecido con la actual doctrina penal moderna.

Otros puntos en que se reflejan los avances teóricos en materia penal es en cuanto a que al igual que el Código Penal Alemán, recoge como una figura de homicidio agravada los casos en que la conducta del sujeto de matar a otro no es el fin principal, sino que responde al hecho de facilitar otro hecho o asegurar la impunidad del autor (dolo directo). De la misma manera considera como un agravante en la punibilidad del homicidio, la situación de que un homicidio prosiga a otro, lo que en nuestro país pasaría a constituir una acumulación de delitos, en Francia se lo tipifica como un homicidio autónomo.

Resulta novedoso también que existan algunas conductas que en nuestro país son determinadas como calificantes, sean consideradas como figuras de homicidios autónomos con una agravación de la punibilidad de la conducta. Esto ocurre por ejemplo en el homicidio con premeditación (artículo 213-3), donde a su vez se caracteriza por tener otras calificantes dentro del mismo artículo, como es que el homicidio vaya precedido por violación.

2.1.4 El Homicidio en el Código Penal Italiano

El ordenamiento penal italiano se caracteriza por tipificar de manera independiente el homicidio simple y respecto del homicidio calificado no existe una denominación como tal, sino que se le denomina “circunstancias agravantes” estableciéndose la pena de presidio perpetuo para tal hecho. Al igual que los códigos penales europeos mencionados recientemente, se establecen como calificantes la situación en que se ocasiona la muerte de

un ascendiente o descendiente, lo que permite descartar la tipificación del parricidio como tipo penal autónomo. Llama la atención el hecho que en el código penal italiano aún permanece subsistente el infanticidio, figura que no existe en los códigos penales antes analizados, aún más, el abandono se encuentra incluido en la figura de infanticidio, lo que representa un reconocimiento de la “posición de garante”. Existe también como circunstancia agravante el hecho de cometerse homicidio cuando existe asociación para delinquir, circunstancia no prevista ni regulada en los otros códigos antes estudiados; lo anterior responde más que nada a la historia de la sociedad italiana en relación a la fuerte presencia de mafias.

Sin embargo, la mayor innovación de la legislación penal italiana es la tipificación del “homicidio preterintencional”, lo que constituye un reconocimiento del pensamiento de la doctrina penal moderna, siendo un reflejo de las últimas tendencias en delitos contra la vida. El Código Penal italiano establece la definición doctrinal respecto de quién, mediante acción dolosa, pretenda provocar una lesión y termine provocando la muerte de un individuo, responde de homicidio. Para efectos de la pena en caso de homicidio preterintencional la legislación italiana estableció penas más bajas de las que corresponderían en un homicidio simple o con agravantes (penas de entre doce y dieciocho años), si embargo, la pena es sustancialmente mayor a la que corresponde a un homicidio culposo (pena de seis meses a cinco años).

También resulta bastante innovador la figura introducida por el Código Penal italiano, denominada “muerte o lesiones como consecuencia de otro delito”, que es en los casos en que se lleva a cabo una acción dolosa para cometer determinado delito (excluyendo la hipótesis del homicidio preterintencional) se termine provocando culposamente la muerte o lesión del sujeto. Es bastante novedosa e innovadora esta figura, para la legislación penal moderna. Nuestra doctrina y jurisprudencia en esta hipótesis por o general ha determinado que se está ante un concurso ideal de delitos donde procede aplicar la pena para el delito más grave, lo cual correspondería al homicidio culposo. El Código Penal italiano, determina que en estos casos procede aplicar las penas del homicidio o lesión culposa, según cual sea el resultado final, más un aumento de la pena.

Respecto del homicidio culposo, el Código Penal italiano, introduce una distinción para efectos de la pena, si el homicidio fue cometido con infracción a las normas disciplinarias de la respectiva profesión u oficio de quien cometió el homicidio. Es particularmente innovador el hecho de haber tipificado las figuras del “abandono de personas menores o incapaces”, y de la figura de la “omisión de socorro”. En el primer caso establece la hipótesis en el cual se abandona a una persona menos de catorce años o una persona incapaz de cuerpo y mente, por la cual existe un deber de cuidado, en que si el, hecho llega a producir la muerte puede ser sancionado con una pena de tres a ocho años, es decir una pena que puede ser más alta

que un homicidio culposo. Respecto de la omisión de socorro, establece la omisión respecto de personas menores de diez años o personas incapaces de mente y cuerpo, y ene. Caso que no se les socorra o no se le de aviso a la autoridad.

2.2 Análisis de la figura de Homicidio en los Códigos Penales Latinoamericanos

2.2.1 El homicidio en el Código Penal de Colombia

Del homicidio

Artículo 103. Homicidio. El que matare a otro, incurrirá en prisión de trece (13) a veinticinco (25) años.

Artículo 104. Circunstancias de agravación. La pena será de veinticinco (25) a cuarenta (40) años de prisión, si la conducta descrita en el artículo anterior se cometiere:

1. En la persona del ascendiente o descendiente, cónyuge, compañero o compañera permanente, hermano, adoptante o adoptivo, o pariente hasta el segundo grado de afinidad.
2. Para preparar, facilitar o consumir otra conducta punible; para ocultarla, asegurar su producto o la impunidad, para sí o para los copartícipes.
3. Por medio de cualquiera de las conductas previstas en el Capítulo II del Título XII y en el Capítulo del Título XIII, del libro segundo de este Código.
4. Por precio, promesa remuneratoria, ánimo de lucro o por otro motivo abyecto o fútil.
5. Valiéndose de la actividad de inimputable
6. Con sevicia
7. Colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad o aprovechándose de esta situación.

8. Con fines terroristas o en desarrollo de actividades terroristas.
9. En persona internacionalmente protegida diferente a las contempladas en el Título II de este Libro y agentes diplomáticos, de conformidad con los Tratados y Convenios Internacionales ratificados por Colombia.
10. Si se comete en persona que sea servidor público, periodista, juez de paz, dirigente sindical, político o religioso en razón de ello.

El artículo que tipifica el homicidio señala a la acción típica “matar a otro”; no diferencia entre homicidio simple y homicidio calificado, sino que en el artículo siguiente señala las “agravantes” y no calificantes como lo señala nuestro Código Penal, entre las cuales integra la relación de parentesco, (hijos, hermanos, cónyuges), no contemplando las figuras autónomas de parricidio o infanticidio como sí lo establece el Código Penal chileno; así también, integra la agravantes nº 9 y 10 en que se menciona a ciertas personas que tiene una determinada calidad como aquellas protegidas internacionalmente por tratados y personas como jueces, servidores públicos; delitos que en nuestro ordenamiento se encuentran tipificados de manera autónoma.

Entre las demás agravantes también se contempla, con palabras distintas, la alevosía, por precio o recompensa, las cuales se encuentran también en nuestro código.

La calificante de “premeditación” no se encuentra contemplada, esta es una tendencia en diversos ordenamientos internacionales, por considerarse que todo delito en sí es de alguna u otra manera premeditado, de tal forma que el homicidio cometido en cualquiera de estas circunstancias ya es premeditado.

Artículo 105. Homicidio Preterintencional. El que preterintencionalmente matare a otro, incurrirá en la pena imponible de acuerdo con los dos artículos anteriores disminuida de una tercera parte a la mitad.

Artículo 109. Homicidio culposo. El que por culpa matare a otro, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años y multa de veinte (20) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Cuando la conducta sea cometida utilizando medios motorizados o arma de fuego, se impondrá igualmente la privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas y la de privación del derecho a la tenencia y porte de arma, respectivamente, de tres (3) a cinco (5) años.

Este código que comentamos, incluye y tipifica expresamente el homicidio preterintencional y el homicidio culposo. Respecto del primero, nuestro ordenamiento no lo contempla expresamente, sin embargo la doctrina y jurisprudencia lo han ido configurando y aceptando. Es sin duda un avance considerable de la legislación colombiana el haber tipificado esta

figura, dado que se permite evitar una serie de conflictos doctrinales y jurisprudenciales al respecto.

Respecto del homicidio culposo, tampoco nuestro código lo ha tipificado expresa y autónomamente, sin embargo es posible configurarlo interpretando y relacionando diversas disposiciones de nuestro código penal, cuestión que tratamos en otra parte de este trabajo.

A diferencia de nuestro código no existe en el homicidio culposo colombiano una graduación de la culpa para efectos de la pena, sólo existe una sanción adicional, para el caso de manejo de armas de fuego o conducción de vehículos motorizados. Novedoso resulta también la tipificación del homicidio por piedad, lo que da cuenta de la intensa protección a la vida de las personas que no permite, al igual que en nuestro ordenamiento, la eutanasia, cuestión que actualmente ha sido fuertemente debatida.

Del Genocidio

Artículo 101. Genocidio. *El que con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, religioso o político que actúe dentro del marco de la ley, por razón de su pertenencia al mismo, ocasionare la muerte de sus miembros, incurrirá en prisión de treinta (30) a cuarenta (40) años; en multa de dos mil (2.000) a diez mil (10.000) salarios*

mínimos mensuales legales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de quince (15) a veinte(20)

La pena será de prisión de diez (10) a veinticinco (25), la multa de mil (1.000) a diez mil (10.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes y la interdicción de derechos y funciones públicas de cinco (5) a quince (15) años cuando con el mismo propósito se cometiere cualquiera de los siguientes actos:

- 1. Lesión grave a la integridad física o mental de miembros del grupo.*
- 2. Embarazo forzado*
- 3. Sometimiento de miembros del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial.*
- 4. Tomar medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo.*
- 5. Traslados por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.*

Artículo 102. Apología del genocidio. *El que por cualquier medio difunda ideas o doctrinas que propicien o justifiquen las conductas constitutivas de genocidio, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de la misma, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años, multa de quinientos (500) a mil (1.000) salarios mínimos vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones.*

Resulta notable el desarrollo de la legislación penal de Colombia y demuestra ser claramente uno de los códigos penales más adelantados de Latinoamérica. La recepción de la figura penal del genocidio y su avanzado tratamiento sólo se puede explicar por las difíciles circunstancias políticas y sociales que vive la nación colombiana.

Lo que llama la atención en el desarrollo de la figura del genocidio es que la figura se encuentra tipificada en el título de los delitos contra la vida y de la integridad física, pero para la figura del genocidio se le destina un capítulo aparte lo que parece sumamente acertado, ya que de esta manera se demuestra que la figura tiene caracteres distintos de las figuras de los delitos contra la vida y de los delitos en contra de la integridad corporal, pero a la vez se le tipifica en el mismo título destinado para estas figuras, lo cual resulta coherente dado que el genocidio tiene elementos en común con estas figuras.

La caracterización del genocidio resulta mucho más profunda que los vistos en el código penal francés y alemán dado que distingue claramente la situación en que se suprime físicamente a los individuos de un grupo humano determinado, de los casos en que se realizan actos que provocan daño en la integridad corporal de los individuos, otorgando para los primeros actos mayor rigurosidad en la pena de privación de libertad, a lo que se agrega el hecho de que se contemplan penas de carácter

pecuniario existiendo una mayor proporción según la mayor gravedad de la conducta.

Se diferencia el Código Penal Colombiano, en que contempla la figura de “apología del genocidio” el cual tiene una estructura dogmática totalmente distinta al genocidio. En primer lugar cambia su tipo subjetivo, dado que aquí no existe una acción destinada a suprimir a un grupo humano, sino que la acción radica en “difundir” ideas que alienten o justifiquen conductas constitutivas de genocidio. También se distingue notablemente el tipo objetivo dado que cambia el resultado final no existe una afectación a la vida o integridad corporal, a lo más indirectamente puede provocar este resultado, el resultado final es que se alienten a ciertas conductas constitutivas de genocidio. Es decir, la estructura de esta figura difiere de la de los delitos contra la vida o integridad física.

2.2.2 El Homicidio en el Código Penal de Argentina

Delitos contra la Vida

Artículo 79. *Se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años, al que matare a otro, siempre que en este código no se estableciere otra pena.*

Artículo 80. *Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare:*

1º a su ascendiente, descendiente o cónyuge, sabiendo que lo son

2º con ensañamiento, alevosía, veneno u otro procedimiento insidioso;

3º por precio o promesa remuneratoria;

4º por placer, codicia, odio racial o religioso;

5º por medio idóneo para crear un peligro común;

6º con el concurso premeditado de dos o más personas;

7º para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito.

Cuando en el caso del inciso 1 de este artículo, mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación, el juez podrá aplicar prisión o reclusión de ocho a veintiocho años.

Artículo 84. *Será reprimido con prisión de seis meses a cinco años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco a diez años, el que por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes de su cargo, causare a otro la muerte.*

El mínimo de la pena se elevará a dos años si fueren más de una las víctimas fatales, o si el hecho hubiese sido ocasionado por la conducción imprudente, negligente, inexperta, o antirreglamentaria de un vehículo a motor.

Lo primero que llama la atención de la regulación del homicidio, son las altas penas que se establecen para quien sea autor del delito de homicidio, que va desde 8 a 25 años, y si es cometido en algunas de las circunstancias que se señalan la pena llega a ser perpetua.

Analizando las calificantes señaladas en el artículo 80, en el N° 1 regula el homicidio cometido contra ascendientes o descendientes y cónyuge sabiendo que lo son, se trata de relaciones de parentesco, quedando incluidas en el homicidio pero considerando su gravedad. No así nuestro ordenamiento, en las relaciones de parentesco se encuentran tipificadas de manera autónoma, las calificantes no contemplan el parentesco.

Dentro de las calificantes que contempla el ordenamiento argentino y que no encuentran en el código penal chileno están: “por placer, codicia odio racial o religioso”, “para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito”.

Resulta bastante interesante considerar que en la preparación del Código Penal Tipo para América Latina, se estableció el delito de homicidio calificado basándose en la tipificación del código penal argentino, considerándose la mayor parte de las calificantes, con muy leves variaciones, aunque siendo más preciso, el código penal tipo. Ejemplo de lo anterior es que en el caso de la calificante del envenenamiento que hacía mención el código argentino, el Código Penal Tipo establecía “por cualquier medio capaz de producir estragos”.

2.2.3 El Homicidio en el Código Penal de Bolivia

Artículo 251. Homicidio simple. *El que mata a otro, será sancionado con privación de libertad de uno a diez años.*

Artículo 252 Asesinato. *Será sancionado con la pena de muerte, el que matare:*

- 1) *A sus descendientes o cónyuge o conviviente, sabiendo que lo son.*
- 2) *Con premeditación o siendo fútiles o bajos los móviles.*
- 3) *Con alevosía o ensañamiento.*
- 4) *En virtud de precio, dones o promesas.*
- 5) *Por medio de sustancias venenosas u otra semejantes.*
- 6) *Para facilitar, consumir u ocultar otro delito, o para asegurar sus resultados.*
- 7) *Para vencer la resistencia de la víctima o evitar que el delincuente sea detenido.*

Artículo 255 Homicidio en prácticas deportivas. *El deportista que formando parte en un deporte autorizado causare la muerte de otro deportista en el acto del deporte, con evidente infracción de los respectivos reglamentos, será sancionado con reclusión de seis meses a dos años.*

La pena será de reclusión de tres meses a un año, si en el caso anterior se produjere lesión.

Artículo 256 Homicidio. Suicidio. *El que instigare a otro al suicidio o le ayudare a cometerlo, si la muerte se hubiere intentado o consumado, incurrirá en reclusión de seis años.*

Si con motivo de la tentativa se produjeren lesiones, la sanción será de reclusión de uno a cinco años. Aunque hubiere mediado consentimiento de la víctima en el doble suicidio, se impondrá al sobreviviente la pena de reclusión de dos a seis años.

Existen diferencias en cuanto a las calificantes, pero este código, al igual que los anteriores, también configura como calificante la relación de parentesco, trata la alevosía y el ensañamiento en el mismo número sin hacer referencia, como lo hace nuestro código, respecto del ensañamiento, al aumento deliberado e inhumano del dolor al ofendido, cuestión que es importantísimas, la mayoría de los códigos señala y especifica como cuestiones diferentes la alevosía y el ensañamiento, requiriendo para ambas circunstancias y condiciones distintas. Integra también otras calificantes que nuestro ordenamiento no contempla.

Es novedoso también la tipificación del homicidio cometido en prácticas deportivas cuando el autor ha infringido los reglamentos del respectivo deporte causándole la muerte al otro en la práctica del deporte. Este delito no se encuentra tipificado en nuestro ordenamiento, es más, se discute su sanción pues se ha dicho que en la práctica de los deportes se encuentran justificados los daños provocados. Hoy en día, situaciones como éstas se

encuentran reguladas por la ley que regula la violencia en los estadios, lo que por cierto no corresponde analizar aquí, sin embargo, que se encuentre regulado por el código penal boliviano es una manifestación de la integración de delitos que responde a la evolución de las distintas situaciones relaciones.

2.2.4 El homicidio en el Código Penal de Costa Rica

Es preciso señalar que actualmente en Costa Rica se está preparando un proyecto de código penal, el cual recoge las últimas tendencias en delitos contra la vida.

Artículo 120. Homicidio simple.

Quien mate a una persona, será sancionado con pena de prisión de ocho a quince años.

Artículo 121. Homicidio calificado agravado

Será sancionado con pena de prisión de quince a veinticinco años quien mate:

- 1. A su ascendiente, descendiente, o hermano por consanguinidad o afinidad;*
- 2. A su cónyuge, a la persona con quien haya convivido en análoga relación;*
- 3. A la persona que se encuentre bajo su cargo, custodia o protección;*
- 4. A un miembro de los Supremos Poderes o del Tribunal Supremo de Elecciones y con motivo de sus funciones;*

Artículo 122. Homicidio conexo con otro delito.

Será sancionado con pena de prisión de quince a treinta y cinco años quien mate a una persona para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar para sí o para otro impunidad o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito.

Artículo 123. Homicidio calificado atenuado.

Será sancionado con pena de prisión de uno a seis años:

- 1. La mujer que mate a su hijo de hasta tres días de nacido, impulsada por alteraciones en su estado anímico que las circunstancias hagan explicable.*
- 2. La persona que con intención de lesionar cause la muerte.*

Artículo 124. Instigación o ayuda al suicidio.

Quien instigue a una persona al suicidio o la ayude a cometerlo, será sancionado:

- 1. Con pena de prisión de uno a cinco años si el suicidio se consuma.*
- 2. Con pena de prisión de seis meses a tres años si el suicidio no ocurre pero su intento produce lesiones de las contempladas en el Capítulo III del Título I del Libro II de este Código.*

Artículo 125. Homicidio a ruego.

Quien mate a un enfermo cuya condición grave e incurable lo lleve a pedir su muerte en forma inequívoca, seria e insistente, aunque medie vínculo de parentesco. Será sancionado con pena de prisión de seis meses a dos años.

Quien con las motivaciones mencionadas en el párrafo anterior ayude a un enfermo a cometer suicidio será sancionado con pena de prisión de hasta un año.

Artículo 127. Genocidio

Quien forme parte en la destrucción total o parcial de un determinado grupo de seres humanos, por razones de raza, nacionalidad, género, edad, opción política, religiosa o sexual, posición social, situación económica o estado civil, será sancionado con pena de prisión de quince a treinta y cinco años.

Con la misma pena será sancionado quien:

- 1. Causa a los miembros de esos grupos graves daños corporales o psíquicos;*
- 2. Coloque a dichos grupos en condiciones de vida que hagan posible la desaparición de todos o parte de los individuos que lo conforman;*
- 3. Tome medidas destinadas a impedir los embarazos o nacimientos dentro de estos grupos; o*
- 4. Traslade, por medio de fuerza o intimidación, a personas de uno de esos grupos a otros distintos.*

Artículo 128. Penalidad por consumación imposible.

Quien realice una acción y no alcance el resultado por haber actuado erróneamente con medios inidóneos para consumir un homicidio, produciendo con ello perturbación grave a la víctima, será sancionado con pena de prisión de seis mese a dos años.

Lo primero que podemos destacar del Código Penal de Costa Rica, a diferencia del nuestro es que tipifica autónomamente el homicidio simple destinando un artículo para su configuración. Respecto del homicidio calificado resalta el hecho que considera calificantes que nuestro código penal tipifica como formas de delitos autónomos contra la vida, como es el infanticidio y el parricidio. Esto es reflejo de las tendencias de delitos en contra de la vida; antes, ya se hizo mención a algunos códigos como el alemán, el francés o el argentino que tipifican como calificantes de un homicidio estas figuras. Destaca también la tipificación de la posición de garante, esto permite que se adecue de mejor manera a las nuevas circunstancias de la sociedad. Otro aspecto que llama la atención de este código penal es la configuración del denominado “homicidio conexo con otro delito”, es la situación del dolo indirecto, el cual es tipificado por otros códigos como el alemán, o el argentino, pero con la notable diferencia que estos se configuraba como calificantes y aquí se hace establece como un homicidio autónomo.

Lo que resulta notable es que se configura como atenuante del homicidio calificado la situación de la persona que con intención de lesionar causa la muerte; es decir, estamos ante lo que la doctrina denomina homicidio preterintencional. La tipificación de la figura nos sirve como referencia, dado que se le da un carácter intermedio entre homicidio simple y el homicidio calificado.

Respecto del homicidio culposo, a diferencia de nuestro ordenamiento, se lo tipifica autónomamente, por lo cual no es necesario llevar a cabo una labor de interpretación como ocurre en nuestro código. A diferencia de nuestro código, no existe una graduación propiamente tal de la culpa, sino que más bien existe una sanción adicional, para el caso que hecho ocurra en el supuesto del desarrollo de una actividad o profesión (de manera similar como ocurre en nuestro código respecto a la infracción de la lex artis)

La tipificación del genocidio representa un buen avance en la modernización de la legislación penal, pero creo que no es acertado tipificarlo en el capítulo destinado al homicidio y sus formas, dado que como vimos antes, el genocidio si bien se asemeja al homicidio, presenta caracteres propios.

Características más relevantes de la legislación penal latinoamericana en general.

Podemos destacar la figura del “homicidio por emoción violenta” existente en el código penal de Perú, y que es posible considerar como una novedad para la legislación penal en general. La figura establece una atenuación para la pena del homicidio en caso de que el sujeto actúe por una emoción violenta provocada por una razón excusable. Esta figura es similar al “homicidio leve” de la legislación alemana, del “homicidio calificado atenuado” de la legislación penal de Costa Rica, lo que considero, debería ser adaptada por nuestra legislación penal, dado que se enmarca dentro de lo que debería ser un sistema

penal moderno, basado en el garantismo y en el principio de la responsabilidad subjetiva.

Llama la atención lo señalado por el código penal de Ecuador, en cuanto establece una presunción de que el homicidio se cometió voluntariamente mientras no se prueba lo contrario. Lo anterior no se condice con las actuales tendencias penales ya que no se enmarca dentro de lo que debería ser un código penal basado en la responsabilidad subjetiva y es bastante contradictorio con el principio de inocencia establecido en la mayoría de los códigos penales.

En el código penal de Paraguay, existe una diferencia respecto de los demás códigos latinoamericanos y europeos, en cuanto establece como denominación de “homicidio doloso” para figuras del homicidio simple y calificado. Esto es útil en la medida que permita establecer una restricción para la interpretación de los homicidio culposos respecto de la figura del homicidio simple, como ocurre en la práctica en nuestro código penal actual.

En el código penal de Cuba podemos destacar que se tipifica como una figura autónoma la circunstancia de que se dispare a otra persona, aunque no se le hiera, estableciéndose una pena de uno a tres años.

Se puede señalar, a modo de conclusión, que la mayoría de los códigos latinoamericanos establecen, a diferencia del nuestro, calificantes distintas y establecen el homicidio culposo de manera autónoma. Resalta bastante el hecho de que la mayoría de los códigos penales modernos de

Latinoamérica no contemplan las figuras de parricidio ni de infanticidio (lo mismo ocurre en la legislación penal europea), configurando así estos hechos como calificantes del homicidio y no como tipo especial.

CAPITULO III

NECESIDAD DE UNA NUEVA LEGISLACIÓN PENAL

4.1 Foro Penal: Anteproyecto de un nuevo Código Penal

La necesidad de un nuevo Código penal se justifica ya sólo por su antigüedad: la evolución social de Chile amerita una profunda revisión sobre qué bienes o intereses necesitan de protección penal, como también de aquellos que deben ser expulsados de su control. Además, la estructura dogmática y los principios político criminales de nuestro Sistema Penal no pueden por más tiempo sustentarse en un texto heredero de la codificación napoleónica. A lo anterior debemos añadir que las numerosas reformas sufridas en sus más de 130 años de vigencia han distorsionado su estructura dogmática y han afectado a principios político criminales como el de proporcionalidad de las penas. Si bien estas reformas se han centrado en modificar la Parte Especial, muchas de ellas han incidido en la Parte General del Código Penal. A mayor abundamiento, las sucesivas reformas acaecidas en materia de delitos contra la propiedad y la libertad sexual han derivado en la creación de verdaderas partes generales especiales y, en no pocas ocasiones en la exasperación de las penas, donde la coordinación y sistematización con el vetusto Código Penal han brillado por su ausencia. También hay que recordar que el sistema de penas del actual Código Penal- centrado en las penas privativas de libertad- resulta incompatible con un Derecho penal de alternativas. Y finalmente, las reformas de nuestro sistema

penal, y en especial desde la vigencia del Código Procesal Penal, ameritan la modificación de numerosos preceptos del Código Penal.

Ante esta situación el Ministerio de Justicia convocó un Foro Penal que aglutinó a una gran parte de los profesores de derecho penal del país con el fin de elaborar un nuevo texto codificador. Su actividad comenzó en noviembre del año 2002 y se ha presentado un Anteproyecto de Código Penal al Ministerio de Justicia. De la lectura de este Anteproyecto, puede apreciarse una estructura político criminal liberal- sustentada en los principios de proporcionalidad y culpabilidad- y una depuración de gran parte de las disposiciones anacrónicas y superfluas del actual Código Penal. También puede observarse que ha incluido gran parte de figuras penales que en la actualidad se encuentran en leyes penales especiales, recuperando así el espíritu de codificación; y por último, ha iniciado un necesario proceso de modernización incluyendo dentro de su ámbito de protección de bienes jurídicos o intereses como el medio ambiente y el orden socioeconómico.⁷⁴

El Foro penal se constituyó el año 2001 / 2002, por iniciativa del Gobierno participando connotados profesores de Derecho Penal, con el propósito de estudiar y redactar un proyecto de nuevo Código, para ponerlo al día en las diversas materias que en derecho comparado ya han sido reformadas.

⁷⁴ FERNÁNDEZ C, José Ángel. "El Nuevo Código Penal: una lucha por el discurso de la criminalidad". Política Criminal nº 1, 2006. A5, pág. 1-30

El Foro fue estuvo integrado por una Secretaría Técnica, el Jefe de la División Jurídica del Ministerio de Justicia y abogados asesores de dichas divisiones. Participaron también los penalistas Jean Pierre Matus y Héctor Hernández encargados de presentar los borradores sometidos a discusión y evaluación por los demás participantes del Foro.

Entre los principios inspiradores se han tenido en consideración para la elaboración de este anteproyecto:

- a. Principio pro reo
- b. Derecho Penal mínimo
- c. Principio de proporcionalidad

Los aspectos que se propusieron modificar, en relación al homicidio es que éste mantiene la descripción del comportamiento típico “matar a otro” y se clasifica en simple, calificado y a ruego; el criterio tradicional, de establecer un tipo básico, denominado homicidio y otro agravado, denominado asesinato, es seguido por varios códigos europeos. Si bien el cuerpo legal que se pretende reemplazar no utiliza la expresión “homicidio calificado”, ésta tiene carácter dominante. Algunos autores prefieren la denominación de “asesinato”, tradicional en la legislación española, por su mayor carga de significado, en cuanto al disvalor involucrado, aludiendo a su origen histórico, vinculado fundamentalmente a una conducta traicionera. Nuestro Código también sigue este modelo, pero se separa del mismo cuando establece como tipos

autónomos el parricidio y el infanticidio, que no son meros derivados del tipo básico de homicidio. Se evitó definir el verbo rector “matar”, quedando entregada la determinación de su sentido y alcance a la doctrina y jurisprudencia.⁷⁵

La baja penalidad asignada en el Código Penal vigente al homicidio, que lesiona el bien jurídico fundamental de la vida humana, 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. El homicidio simple se castiga con reclusión mayor en su grado medio, de modo que “queda un espacio (la reclusión menor 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”. El homicidio calificado será sancionado con la pena de reclusión mayor en su grado máximo, 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

⁷⁵ KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, CARLOS Los delitos de Homicidio en el Anteproyecto de Código Penal, pág. 13, En: Revista Escuela de Derecho / Universidad del Mar, Casa Central. (Valparaíso, Chile). Año 2008.

podría llegar a considerarse, atendidas las reales condiciones carcelarias, tanto más crueles que morir.⁷⁶

En relación a lo anterior, cuando el legislador castiga excesivamente un hecho delictivo, en forma desproporcionada con el valor del bien jurídico afectado, el objetivo perseguido no puede ser, obviamente, el de retribuir la culpabilidad por el injusto- si ese fuera el propósito, la pena debiera ser proporcionada a dicho injusto-, sino que otro diferente, de carácter preventivo general. Lo que se persigue en tales casos es, o bien intimidar a la población para que, por el temor a sufrir la pena, se abstenga de cometer delitos (prevención general negativa), o bien reafirmar en la conciencia colectiva el respeto por los bienes jurídicos afectados por los delitos de que se trate (prevención general positiva). En ambos casos, en que se persiguen esos fines mediante la aplicación e imposición, en su caso, de penas desproporcionadas, se está desconociendo la dignidad de la persona humana, uno de cuyos elementos es su inviolabilidad, esto es, que por ser un fin en sí mismo, la persona no puede ser tratada como medio, instrumentalizada para conseguir fines determinados, como éste de prevenir la comisión de delitos.

Es interesante, a luz de los derechos humanos, considerar que el principio de la proporcionalidad de las penas no se encuentra consagrado en forma expresa en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Sin embargo, esta exigencia se deriva claramente de dicha normativa. La

⁷⁶ KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, CARLOS, op.cit. pág. 14

proporcionalidad referida es una consecuencia de que las limitaciones a los derechos humanos, y las penas lo son, deben ser las necesarias en una sociedad democrática. Obviamente, una reacción penal desproporcionada no es necesaria para conseguir el fin de que se trate, la protección del correspondiente bien jurídico, y mucho menos en una sociedad democrática. La jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos ha precisado en forma reiterada, que sólo son necesarias en una sociedad democrática las restricciones conducentes al logro del objetivo perseguido con la limitación, proporcionales con éste y que respondan a una necesidad social imperiosa.

La exigencia de proporcionalidad de las penas está implícita, además, en la prohibición de penas y tratos crueles, inhumanos y degradantes. El significado exacto de esta prohibición está sujeto, por cierto, a valoraciones ético-sociales de carácter cultural. En este sentido no parece haber dudas que para la conciencia ético social de nuestra civilización, una pena desproporcionada, excesiva, que no guarde relación racional con la entidad del injusto ni con la gravedad del hecho constituye un trato cruel, inhumano y degradante.

La exigencia de proporcionalidad de las penas se deduce, asimismo, de las normas internacionales que autorizan la pena de muerte sólo para los delitos más graves. En efecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y

Políticos dispone que “en los países que no han abolido la pena capital sólo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos”.⁷⁷

De las actuales circunstancias calificantes del homicidio subsisten únicamente tres: alevosía, premio o promesa remuneratoria y ensañamiento, siguiendo el sistema del Código español. El empleo del 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 artículo 63 del código vigente, contenido en el artículo 44 del anteproyecto.

Se agrega una cuarta circunstancia que supone 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 violación.

Una modificación de particular relevancia 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 concubinato. La supresión del parricidio como figura autónoma no es un tema fácil en nuestro

⁷⁷ MERA FIGUEROA JORGE, Derechos Humanos en el Derecho Penal Chileno. Pág. 97 y ss.

medio, pero la proposición se sitúa en la orientación de los códigos europeos más importantes. El infanticidio corre la misma suerte que el parricidio por haber perdido toda su vigencia y ser altamente discutible el motivo de la atenuación de la pena.⁷⁸

La principal novedad que en el ámbito del homicidio introduce el Anteproyecto es la figura del “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 sufre.⁷⁹

4.2 Metodología de trabajo⁸⁰

Homicidio y lesiones. Encabezado

En orden puramente sistemático: el texto propuesto opta por:

- a) Ubicar los delitos de homicidio y lesiones en el primer Título del Código, asumiendo que la vida y la salud son los bienes jurídicos que en la actualidad pueden estimarse como más valiosos.
- b) Intentar ubicar en este Título todas las figuras relevantes de homicidio y lesiones hoy dispersas en el Código como formas calificadas no sólo de

⁷⁸ KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, CARLOS, op.cit. pág. 18

⁷⁹ Op.cit. pág. 19

⁸⁰ “Materiales de Discusión presentados a la Comisión Foro Penal, Parte Especial” Política Criminal nº D3, pág. 1- 19

homicidio, sino de otros delitos (secuestro, sustracción de menores, robo y violación calificados), incluyendo entre ellas todas las manifestaciones legales actualmente vigentes, salvo aquellas que se consideran desprovistas de sentido en la actualidad, como el infanticidio, o cuyas dificultades interpretativas parecen hacer aconsejable su supresión (como homicidio y las lesiones en riña, que pasan a formar una agravación común). Además se incluye la figura del genocidio.

- c) En cuanto a la denominación del Título, “Del Homicidio y las lesiones”, ésta se ha preferido a la del actual título VIII del Código Penal, con el objeto de evitar la discusión acerca del alcance de la expresión “delitos contra las personas” y de la verdadera ubicación que correspondería al delito de aborto. Tampoco ha parecido oportuno denominar estas figuras como atentados contra la vida humana, la persona u otra expresión similar, atendidas las evidentes diferencias en nuestra comunidad acerca de cuándo comenzaría dicha vida, quiénes deben considerarse personas, qué grado de protección ha de dárseles, etc.

A. Observaciones recibidas.

- b) Por una sistematización diferente de la prof. Silvia Peña.

“Preferiría designar a los delitos por el bien jurídico contra el cual atentan. Así, englobaría en el Título I, bajo la rúbrica “Delitos contra la vida en sus diversas formas” (alternativamente, la rúbrica podría ser: “Delitos contra la vida y otros

delitos afines”), el homicidio, el auxilio al suicidio y el aborto. Esto, para ser consecuente con la rúbrica, porque el auxilio al suicidio no es propiamente homicidio”...”Las lesiones las incluiría en un título aparte bajo la rúbrica “Delitos contra la integridad corporal y la salud individual”, junto con los daños graves a la salud provocados por el contagio deliberado o imprudente de enfermedades infecciosas graves e incurables (por ejemplo el SIDA, hepatitis B, u otras similares), los que creo que no podrían quedar cubiertos por ninguna de las figuras de lesiones previstas.

En mi opinión el aborto estaría mejor ubicado en un Título I junto con los delitos contra la vida. En cuanto a las lesiones al feto, deberían quedar incorporados a los delitos contra la integridad corporal y la salud, mientras que la manipulación genética- si se decide legislar al respecto- habría que incluirla como una situación de riesgo generalizado (para la estirpe humana en su conjunto), pero no junto a delitos contra bienes individuales.

En cuanto al ordenamiento de los tipos penales, si en cada párrafo se parte con la figura básica para tratar luego los más graves, dentro de los tipos con pluralidad de hipótesis también deberían figurar en primer lugar las menos graves y en último término las más graves (esto también es válido para los delitos tratados anteriormente)”.

C. Redacción aprobada por el Foro Penal

Código Penal. Libro II. Título I. Del Homicidio Y las Lesiones

4.2.1 Homicidio Simple

A. Texto propuesto

Artículo 80. El que mate a otro será castigado con la pena de reclusión mayor en su grado medio

B. Fundamento

En relación al actual Código, la única diferencia en la definición de homicidio es el aumento leve de su penalidad, con la supresión del grado mínimo del actual 391 N° 1. En cuanto a la definición del delito, se entiende que otra diferente podría causar más problemas dogmáticos que la actual, amén de ser imposible en una definición legal resolver todos estos problemas, vinculados generalmente a aspectos de aplicación de los conceptos básicos de la parte general en la interpretación del delito.

La modificación del marco mínimo de la pena se justifica en que la valoración actual parece muy baja, atendida la importancia de la vida humana como bien jurídico fundamental. Ello se demuestra no sólo con una somera comparación de las penas privativas para este delito en el ordenamiento comparado, sino también si se compara la actual pena del homicidio con las recientes reformas legislativas a otros delitos. De este modo, 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.

Por otra parte, debe tomarse en cuenta que en este proyecto, y para los casos extremos, existe un importante número de circunstancias atenuantes, cuyos efectos en la determinación de la pena permiten sustanciales rebajas y el acceso a la pena sustitutiva de libertad vigilada (en el caso de un homicidio consumado con dos o más circunstancias atenuantes, la rebaja de hasta dos grados que permite el artículo 47, regla 2ª, puede elevar a imponer la pena de reclusión menor en su grado máximo, permitiendo así la aplicación de la pena sustitutiva de libertad vigilada).

C. Observaciones

a) Rechazando el aumento de la pena del homicidio simple.

c) De Carlos y Karin Künsemüller

“Como primera cuestión, de carácter general, nos llama la atención de que en el “Fundamento” del homicidio simple se justifique el aumento del marco mínimo de la penalidad de presidio mayor en su grado mínimo al grado medio argumentándose para ello que la valoración actual de la vida humana, en cuanto bien jurídico, parece muy baja, comparando la actual pena con las recientes reformas legislativas a otros delitos, como por ejemplo, los contenidos en los artículos 440,436,361, delitos de la Ley 19.366. La sanción asignada a algunos crímenes de notable interés social hace aparecer ridículamente

desproporcionada (por lo baja) a la del homicidio simple, actual artículo 391 nº2. En tal virtud, el razonamiento es- si lo entendemos bien- que como existen otros delitos de menor gravedad, castigados con penas excesivas y desproporcionadas, debe elevarse necesariamente la del homicidio, que ampara el bien jurídico más importante.

Estamos en desacuerdo con la aceptación y resignación explícitas que se da a conocer en el texto respecto de la existencia en el Código de graves- y por ende, repudiables- infracciones a los principios esenciales de la lesividad y de proporcionalidad de la pena. Como por ejemplo en el artículo 440- y su consideración como base orientadora para incrementar la pena del homicidio simple. No es esta última sanción la “ridículamente desproporcionada”, sino que lo es la establecida en desafortunadas modificaciones legales a propósito de ciertos ilícitos, influidas, como sabemos, por situaciones sociales coyunturales. Nos parece que el foro debería enmendar en su propuesta esas aberraciones legislativas, reduciendo la magnitud exagerada de las penas introducidas por ellas y no utilizarlas como parámetro comparativo válido para respetar la proporcionalidad de la pena en el homicidio, por ello resulta absolutamente contradictorio y carente de consistencia valórica.

El innegable valor ético – social de la vida humana independiente y su reconocimiento como bien jurídico digno y necesitado de protección penal- que nadie pone en duda- creemos que debería revisarse el criterio empleado para fundamentar la cuantía de la nueva pena dispuesta para el homicidio, ya que,

como hemos advertido, tal punto de vista legitima severas vulneraciones de principios capitales del Derecho Penal”.

d) Del Prof. Raúl Carnevali

“Como se ha señalado, el único cambio guarda relación con la penalidad. No comparto que sólo se trate de un aumento leve. El que se haya suprimido un grado no puede estimarse como un aumento de mínima significación, más aún si se trata de una pena de crimen. Además, la justificación dada por parte de la Secretaría llama la atención, pues que hayan despropósitos legislativos no es razón suficiente para permitir un aumento. Que el homicidio tenga una pena baja si se compara con otros delitos no quiere decir que sea desproporcionada por lo bajo. Por el contrario, la desproporción se ve reflejada en las figuras surgidas por las sucesivas reformas legislativas.”

e) Del Prof: Gonzalo Medina

“La eliminación del grado inferior de la penalidad se fundamenta en la penalidad observada en derecho comparado así como en el cotejo con ciertos tipos penales. No parece la forma más adecuada de resolver las diferencias de penalidad entre el homicidio simple y las demás figuras citadas, aumentando la penalidad del primero. La vía más correcta pareciese ser la racionalización de la penalidad de las figuras que llevan asociada una pena desproporcionada, tal como las figuras de la ley 19.366 o diversos atentados a la propiedad. De ello se siguen consecuencias para los marcos penales de las restantes figuras descritas en la Unidad 1 de la propuesta, debiendo adecuarse aquellas”.

D. Redacción aprobada por el foro

Artículo 80. El que mate a otro será castigado con la pena de reclusión mayor en su grado medio.

4.2.2 Homicidio Calificado

A. Texto propuesto

Artículo 81. La pena será de reclusión mayor en su grado máximo para el que mate a otro concurriendo alguna de las siguientes circunstancias:

Primera. Con alevosía

Segunda. Por o mediante premio o promesa remuneratoria.

Tercero. Con ensañamiento, aumentando inhumana y deliberadamente el dolor al ofendido.

Cuarta. Cuando el homicidio se perpetre 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.

Quinta. Cuando se cometa con el propósito de destruir total o parcialmente aun grupo nacional, étnico, racial o religioso.

Artículo 82. En los casos de la circunstancia cuarta del artículo anterior, se impondrá el máximo de la pena cuando el homicidio se perpetre con motivo u ocasión de la comisión de un delito de secuestro, sustracción de menores, torturas, robo o violación.

La misma pena se impondrá en los casos de la circunstancia quinta del artículo anterior.

B Fundamento

El artículo 81 propuesto mantiene en lo esencial la actual estructura del homicidio calificado, suprimiendo únicamente la circunstancia del veneno, por entenderse comprendida en la de alevosía, y la de premeditación conocida, por las numerosas dificultades que su interpretación presenta, cuando no se trata de supuestos también comprendidos en la alevosía. A la circunstancia del precio se agrega la expresión “mediante”, igual a la circunstancia agravante ya aprobada por el Foro, y con su mismo fundamento: evitar un absurdo beneficio para el mandante del sicario. A estas tres circunstancias se redujo también el homicidio calificado en el nuevo Código Penal Español.

Además se agregan una circunstancia, la cuarta, que da cuenta el mayor desvalor que supone la comisión de un homicidio como forma de favorecer la de otro delito, reconocida de manera asistemática por nuestro actual Código. La pena propuesta para el homicidio calificado elimina los grados inferior y superior de la actual, el primero, para no confundirla con la pena del homicidio simple (lo que sucedería en la práctica de no concurrir otras circunstancias en el hecho), y la segunda, por haber desaparecido en el proyecto las penas perpetuas.

A. Observaciones

Sobre el tratamiento penal del genocidio

- f) Para regular autónomamente el delito de genocidio
 - a) De la prof. M^a Magdalena Ossandón

“Dado que el delito se configura en atención al elemento subjetivo, pero se perfecciona al dar muerte a un solo miembro del grupo, la doble agravación de la pena en relación con el homicidio parece excesiva. En la legislación española o alemana, por ejemplo, la sanción de estas conductas es equivalente a la del homicidio calificado (en Alemania, incluso, se requiere que con la intención de destruir un determinado grupo se mate a miembros del grupo)

Por lo demás, si se sanciona en forma independiente del homicidio calificado, sería posible, en su caso, la concurrencia de una agravante en caso de que se presente alguna de las tipificadas en el artículo 8 del borrador de nuevo Código”.

b) Del prof. Raúl Carnevali

“No comparto en absoluto la propuesta de la Secretaría Técnica en cuanto a incluir el delito de genocidio dentro de las circunstancias del homicidio calificado. Por lo pronto, se trata de delitos totalmente distintos, que afectan bienes jurídicos diversos. En efecto, en el genocidio se ven vulnerados bienes jurídicos supraindividuales, es decir, se refiere a grupos humanos que se constituyen como una unidad social. Se trata de un delito de resultado cortado, pues si bien el agente debe atentar contra intereses individuales, su intención debe ser la destrucción total o parcial del grupo al que pertenece la víctima, aunque no se requiere que aquello llegue a concretarse”.

B. Redacción aprobada por el Foro.

Artículo 81. La pena será de reclusión mayor en su grado máximo para el que mate a otro concurriendo alguna de las siguientes circunstancias:

Primera. Con alevosía

Segunda. Por o mediante premio o promesa remuneratoria.

Tercera. Con ensañamiento, aumentando deliberadamente el dolor al ofendido.

Artículo 82. La misma pena del artículo anterior se impondrá cuando el homicidio se perpetre con motivo u ocasión de la comisión de otro delito, antes o en el acto de cometerlo, para facilitar su ejecución, o después de cometido, para favorecer su impunidad.

Cuando el homicidio se cometa con motivo u ocasión de secuestro, sustracción de menores, torturas, robo o violación, se impondrá el máximo de la pena.

Se acogen las objeciones respecto de la regulación del genocidio y se propone incorporar dicha figura, junto con otras, en un título especial sobre delitos contra el derecho internacional. Consecuentemente, se elimina la circunstancia quinta.

Homicidio a ruego

A. Texto propuesto

Artículo 83. El que mate a otro que lo ha solicitado expresa e inequívocamente, será castigado con la pena de reclusión mayor en su grado mínimo, aunque concurren algunas de las circunstancias del artículo 81.

B. Fundamento.

El artículo 83 se intercala a continuación de los homicidios calificados, como regulación del homicidio a ruego, asignándole la misma pena que al homicidio por omisión, para impedir así su castigo como homicidio calificado y aún como homicidio simple, atendido la voluntad del suicida. Sin embargo, no se introducen las consideraciones piadosas del artículo 143.4 del Código Penal Español (“enfermedad grave”), por estimarse que, de concurrir, se encuentran comprendidas en las circunstancias atenuantes ya aprobadas en la Parte General.

C. Observaciones

a) Sobre la necesidad y conveniencia de incorporar el homicidio a ruego.

- De la Prof. Silvia Peña

“Tengo mis dudas de que, en el caso del homicidio a ruego de enfermos terminales, el médico o enfermera que accede a poner fin a sus sufrimientos deba ser castigado como homicida aún con pena atenuada. Lo mismo en el caso de la desconexión de personas mantenidas artificialmente con vida gracias

a aparatos que suplen sus funciones neurovegetativas (respiración y circulación)”

g) De la Prof. Myrna Villegas

El nuevo tipo penal de homicidio a ruego, en la modesta opinión de esta profesora informante, parece carecer de sentido, ya que se trata de una figura muy similar al auxilio al suicidio. No obstante, siendo más perspicaz, pareciera ser que nos encontramos con la penalización expresa de la eutanasia, contra la tendencia en boga en la legislación comparada, de suprimir este tipo penal. Sin ánimo de lege ferenda, considero que no aparece feliz la introducción de este nuevo tipo penal, no sólo por esta razón, sino porque la conducta: matar a otro que lo solicita, en otras palabras, prestar auxilio a quien desea darse muerte a sí mismo, es perfectamente encasillable dentro del auxilio al suicidio”.

B. Para hacer más exigente la figura, de los Prof. Carlos y Karin Künsemüller

“El artículo 83 introduce el “homicidio a ruego”, y, sin perjuicio de la complejidad intrínseca del tema, somos de opinión de que se utilice la fórmula “a petición seria, expresa, inequívoca e insistente de ... “agregándose el elemento motivaciones humanitarias o piadosas, a fin de hacer más exigente la figura”.

D Redacción aprobada por el Foro Penal

Artículo 83. El que por motivos piadosos mate a otro que lo ha solicitado expresa e inequívocamente, será castigado con la pena de reclusión mayor en su grado mínimo.

Se acogen las observaciones recibidas en orden a precisar el móvil piadoso de la conducta para no aplicar el privilegio a casos en que dicho móvil se halle ausente.

Anteproyecto de nuevo Código Penal. Resultados⁸¹

Texto refundido y sistematizado del articulado aprobado en las deliberaciones de la Comisión Foro Penal del Ministerio de Justicia, desde el 8 de mayo de 2003 hasta el 10 de noviembre de 2005.

Entregado al Presidente de la República, don Ricardo Lagos Escobar, el día 18 de diciembre de 2005 elaborado por Jean Pierre Matus Acuña y Héctor Hernández Basualto, Secretaría Técnica

LIBRO II

TÍTULO 1

DEL HOMICIDIO Y LAS LESIONES

1 Del Homicidio

Artículo 81. La pena será de reclusión mayor en su grado máximo para el que mate a otro concurriendo alguna de las siguientes circunstancias:

Primera. Con alevosía

Segunda. Por mediante premio o promesa remuneratoria

Tercera. Con ensañamiento, aumentando inhumana y deliberadamente el dolor al ofendido.

⁸¹ “Anteproyecto de Código Penal Chileno de 2005, elaborado por la Comisión foro Penal”, Política Criminal nº 1, D1, pág. 1-30

Artículo 82. La misma pena del artículo se impondrá cuando el homicidio se perpetre con motivo u ocasión de la comisión de otro delito, antes o en el acto de cometerlo, para facilitar su ejecución, o después de cometido, para favorecer su impunidad.

Cuando el homicidio se cometa con motivo u ocasión de secuestro, sustracción de menores, torturas, robo o violación, se impondrá el máximo de la pena.

Artículo 83. El que por motivos piadosos mate a otro que lo ha solicitado, expresa e inequívocamente, será castigado con la pena de reclusión mayor en su grado mínimo.

Sistema de penas

El texto propuesto recoge los acuerdos del foro Penal hasta su 15ª sesión, sobre la propuesta original de la Subcomisión integrada por los profesores Jean Pierre Matus Acuña/ Alex Van Welzel/ Eduardo Sepúlveda. Los acuerdos adoptados hasta entonces, siguiendo la “pauta temática” para la discusión elaborada por la Secretaría del Foro, fueron los siguientes:

1. Construir a partir del Código vigente (se tomó en cuenta la salvedad de la opinión mayoritaria de no considerar en esta nueva regulación el tema del indulto, aunque aparece en el actual Código),
2. Enfatizar la legalidad de la ejecución penal,
3. Mantener las escalas graduales, pero unificándolas para no aludir en ella a penas de “años”. Se mantiene como pena última de cada escala la de multa.

4. Suprimir la privación perpetua de libertad y toda otra pena perpetua. Se fija el máximo de cada pena individual en 20 años.
5. No reintroducir la distinción presidio/reclusión, pero mantener la distinción entre crímenes y simples delitos.
6. Incorporar en el Código la libertad condicional, la remisión condicional y la libertad vigilada.
7. Rechazar el sistema de prohibición de las penas cortas del artículo 32 de la propuesta original.
8. Introducción de la reclusión nocturna como pena principal.
9. Introducción de las penas de arresto a fin de semana como pena principal, y del trabajo a beneficio de la comunidad como pena sustitutiva y voluntaria, para el caso de no pago de multas.
10. Eliminación de todas las penas restrictivas de libertad del Código actual.
11. Transformar las “medidas alternativas” de remisión condicional y libertad vigilada en penas sustitutivas de las penas cortas privativas de libertad. Mantener un régimen diferenciado para crímenes y simples delitos. El régimen de revocación debe permitir no imponer necesariamente la pena de reclusión, en su caso.
12. Incorporar al Código Penal el régimen general de libertad condicional, estableciendo las bases de un procedimiento judicializado de concesión.
13. Incorporar la pena de inhabilitación para celebrar actos y contratos con la Administración del Estado, en términos mucho más limitados que los de la

propuesta, vinculando la prohibición al giro del condenado y procurando, además, no afectar sino indirectamente a las personas jurídicas.

14. No incorporar al Código la pena autónoma de privación del vehículo motorizado que se posea, ni la accesoria de comiso del mismo.

Consideraciones

La existencia de los diversos grados de las penas temporales en nuestra actual legislación, parece lo suficientemente adecuada a nuestra realidad como para no ponerla ahora en discusión, si se toma en cuenta que en los países en que los grados de las penas se encuentran más indeterminados, de todas maneras surgen movimientos tendientes a su determinación, al menos de forma general.

- En cuanto a penas alternativas a la privación de libertad en general

La penas privativas de libertad deben reservarse, en el caso de aplicarse como penas principales y exclusivas, a delitos de mediana y baja gravedad, esto es, aquéllos que actualmente se consideran simples delitos, según la pena asignada por la ley al hecho punible, y no la que resulte de aplicar las reglas relativas a la determinación de la pena. Este punto es discutido en el seno del Foro Penal y la propuesta establece una solución intermedia, permitiendo en caso calificados la sustitución de penas cortas privativas de libertad en caso de crímenes.

En este sentido aunque la pena privativa de libertad sea única en sus efectos al momento de su cumplimiento, parece conveniente denominarla pena de

presidio, para los crímenes, y pena de reclusión, para los simples delitos, pues debieran tener efectos diferentes en cuanto a la posibilidad de ser sustituidas por penas alternativas o de ser suspendido su cumplimiento.

- En cuanto a las penas restrictivas de libertad

Mantener y ampliar la aplicabilidad de penas restrictivas de libertad se encuentra plenamente justificado, por ser menos perjudiciales que las privativas de libertad y compartir con ellas su carácter igualitario y graduable. Sin embargo, ellas debieran simplificarse eliminando las penas de extrañamiento y confinamiento dejando subsistente sólo el destierro y la relegación, procurando sean asignadas a delitos de mediana y baja gravedad (simples delitos) en que la separación del condenado y del ofendido o del lugar donde se cometió el delito sea un castigo suficiente para cumplir con los fines de la pena. Las dificultades técnicas de su control se encuentran hoy ampliamente superadas por los dispositivos de control electrónico existentes.

También se propone ampliar el catálogo de estas penas con la inclusión de la reclusión nocturna, como una forma de pena privativa atenuada con ventajas similares a las restantes penas restrictivas de libertad.

- En cuanto a las penas privativas de otros derechos

Es necesario fortalecer las penas restrictivas de otros derechos, simplificándolas, quitándoles el carácter degradante y de "lotería" que parecen tener hoy en día (sobre todo en su aplicación como penas accesorias), diversificándolas, y procurando sean asignadas a delitos de mediana y baja

gravedad en que la pérdida de ciertos derechos sea un castigo suficiente para cumplir con los fines de la pena. De nuevo se aprecia que, salvo una adecuada regulación en su carácter de penas accesorias, este es un problema de parte especial. En estos casos, la pena privativa de derechos debe ser aplicada como pena única y principal. Como pena accesoria, sólo debe durar el tiempo de la condena, y sólo en caso de condenas privativas de libertad. Además de las ya existentes (con las modificaciones propuestas, se podrían agregar de acuerdo con el estado de nuestro desarrollo cultural: a) La Prohibición perpetua o temporal de celebrara actos y contratos con la Administración del Estado; b) La pérdida del vehículo a tracción mecánica o animal que se posea; c) la Inhabilidad temporal del derecho a adquirir un vehículo a tracción mecánica.

- En cuanto a las penas pecuniarias

Las penas pecuniarias debieran mantenerse. El Foro propone mejorar su aplicación creando un sistema similar al de los días- multa. La propuesta entiende, sin embargo, que el sistema actualmente existente es “similar” al de días-multa y practicable en nuestras condiciones culturales.

La propuesta considera que la mayor aplicabilidad de la multa como pena alternativa a la prisión no proviene de las reglas para su determinación, sino más bien, de su establecimiento como pena única y principal en los simples delitos donde aparezca conveniente y practicable hacerlo (por tratarse de delitos cometidos generalmente por personas capaces de pagar multa, proporcionalmente en razón de sus ingresos). Sólo en casos de crímenes

podrías establecerse una multa adicional a la pena de presidio o inhabilitación correspondiente.

Debe suprimirse la sustitución de la multa por la prisión, prefiriéndose penas alternativas, como reclusión nocturna, relegación o destierro, conforme se señaló en el Foro, aunque no aparece en las conclusiones”

La pena en el delito de Homicidio

En definitiva, y teniendo presente las consideraciones del Foro Penal al hacer la propuesta en cuanto a las penas a aplicar; específicamente al delito de homicidio simple, según el artículo 80, se le aplicaría la pena de *“reclusión mayor en su grado medio”*, es decir de diez años y un día a quince años.

La pena aplicable hoy en día para el mismo delito, según el Código Penal vigente es de “presidio mayor en sus grados mínimo a medio en cualquier otro caso”, esto es de cinco años y un día a quince años.

Respecto del homicidio calificado, la propuesta del Foro es la siguiente, según el artículo 81: *“reclusión mayor en su grado máximo para el que mate a otro concurriendo alguna de las siguientes circunstancias...”*, esto es de quince años y un día a quince años.

La pena aplicable hoy en día para el mismo delito, según el código Penal vigente es: *“presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo...”*

Es posible entonces, apreciar diferencias sustanciales en cuanto al sistema de penas aplicables al delito de homicidio; por una parte, respecto del

homicidio simple se aumenta la pena, ya que la propuesta del Foro establece una pena que comienza desde diez años a quince años; así también, respecto del homicidio calificado, se elimina, en la propuesta del Foro la pena de presidio perpetuo; además en general, ya no se clasifican las penas entre presidio o reclusión, sino que se han simplificado denominándolas a todas penas de reclusión.

Tabla demostrativa de penas del Código penal vigente

<i>Penas</i>	<i>Tiempo que comprende toda la pena</i>	<i>Tiempo en su grado mínimo</i>	<i>Tiempo en su grado medio</i>	<i>Tiempo en su Grado máximo</i>
Presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación mayores	De cinco años y un día a veinte años	De cinco años y un día a diez años	De diez años y un día a quince años	De quince años y un día a veinte años
Inhabilitación absoluta y especial temporales	De tres años y un día a diez años	De tres años y un día a cinco años	De cinco años y un día a siete años	De siete años y un día a diez años
Presidio, reclusión, confinamiento y extrañamiento y relegación menores y destierro	De sesenta y un días a cinco años	De sesenta y un día a quinientos cuarenta días	De quinientos cuarenta y un días a tres años	De tres años y un día a cinco años
Suspensión de cargo y oficio público y profesión titular	De sesenta y un días a tres años	De sesenta y un días a un año	De un año y un día a dos años	De dos años y un día a tres años
Prisión	De uno a sesenta días	De uno a veinte días	De veintiuno a cuarenta días	De cuarenta a sesenta días

Tabla demostrativa del Anteproyecto del Foro Penal

<i>Penas</i>	<i>Tiempo que comprende toda la pena</i>	<i>Tiempo de su grado mínimo</i>	<i>Tiempo de su grado medio</i>	<i>Tiempo de su grado máximo</i>
Reclusión mayor	De cinco años y un día a veinte años	De cinco años y un día a diez años	De diez años y un día a quince años	De quince años y un día a veinte años
Reclusión menor, reclusión nocturna y reclusión de fin de semana	De sesenta y un día a cinco años	De sesenta y un día a quinientos cuarenta días	De quinientos cuarenta y un días a tres años	De tres años y un día a cinco años
Inhabilitaciones	De sesenta y un días a cinco años	De sesenta y un días a quinientos cuarenta días	De quinientos cuarenta y un días a tres años	De tres años y un día a cinco años

4.3 Nuevas Tendencias del Derecho Penal

Si bien en nuestro país se ha reflexionado y debatido acerca de la necesidad de una nueva legislación penal, y concretado ello en la creación del Foro Penal y de un anteproyecto de reforma a nuestro Código Penal vigente que dicha instancia ya ha entregado al Ministerio de Justicia, hoy en día se discute también en doctrina internacional acerca del futuro del derecho penal en general, de su necesidad de abolición o por el contrario de un mayor control por parte del estado.

Así, Claus Roxin⁸² manifiesta que “sólo tiene sentido hablar de un desarrollo del Derecho Penal bajo el presupuesto de que está plenamente asegurada la supervivencia de la humanidad como tal. En segundo lugar, me limito en lo esencial al desarrollo del Derecho Penal en los países caracterizados o influidos por la cultura occidental: los descubrimientos etnológicos especiales no pueden incluirse en una conferencia. Si se observa rápidamente la historia de los últimos siglos, no se puede desconocer una tendencia hacia el desarrollo en sentido positivo en el Derecho Penal; es decir una creciente humanización en la tendencia general pese a todos los retrocesos dialécticos”.

Es necesario entonces, para dar un diagnóstico acerca del futuro del Derecho Penal, tener en cuenta principalmente el desarrollo sociocultural de la sociedad a la que el Derecho Penal responde, ya que puede ser que varíe su respuesta ante la problemática social dependiendo de si se ha producido un aumento o disminución de la puesta en peligro de aquellos bienes jurídicos que la sociedad estima como relevantes a la hora de tutelarlos.

Roxin, señala algunas tesis en torno al futuro del derecho penal

1. No será posible una supresión del Derecho Penal: “La idea de suprimir el Derecho Penal en el futuro no es absurda. Más bien, desde hace tiempo se defienden exigencias abolicionistas, aunque hasta ahora sólo por autores aislados [...] ninguna sociedad de variedad alguna ha podido

⁸² ROXIN, CLAUDIUS, El Desarrollo del Derecho Penal en el siguiente siglo; En Dogmática Penal y Política Criminal, pág.438 y ss.

renunciar alguna vez al Derecho Penal. Antes bien, constituye precisamente el momento central de la formación del Estado el deseo de asegurar una vida común pacífica entre las personas a través del poder penal estatal”.

2. Tampoco es de esperar una reducción de la criminalidad mediante controles sociales reforzados: un estado totalitario de control podría efectivamente reducir considerablemente la criminalidad. Efectivamente la intensidad del control social se incrementará en el futuro con gran probabilidad. Esto no sólo atañe a la intervención policial, sino sobretodo a las posibilidades técnicas de escuchar conversaciones y de emplear métodos computarizados de detección, en continuo perfeccionamiento.
3. Se incrementará el número de disposiciones penales y de los atentados contra ellas: Es fácil profetizar un mayor incremento de las disposiciones penales. Se agregan las nuevas formas de conducta punible como la criminalidad organizada, la que necesariamente se incrementará con la apertura de las fronteras. Pero también en un delito cotidiano y tradicional como el hurto, deberá contarse con un aumento de la criminalidad. Esto se debe no sólo al fracaso del Derecho Penal, sino a cambios sociales, técnicos y económicos previos al Derecho Penal.
4. Pese a todo, las penas serán más leves: pese al incremento pronosticado de la criminalidad, las penas serán más leves. Por un lado, es cada vez menos posible reaccionar a la mayoría de los delitos con

penas privativas de libertad en la medida en que las disposiciones penales aumentan y crecen con ello los hechos punibles. Los establecimientos penales no son ni siquiera cercanamente suficientes para ello, así como tampoco lo son los recursos financieros necesarios para la ejecución penal humanitaria. Por otro lado tampoco es deseable por política criminal la imposición de penas privativas de libertad de manera masiva, pues según el saber criminológico en los delitos pequeños y medianos, que constituyen la mayor cantidad de los delitos, es imposible una (re) socialización por la vía de la privación de libertad.

5. El desarrollo político criminal se seguirá apartando, entonces de la pena privativa de libertad. En lugar de ella aparece primeramente la pena de multa.
6. Nuevas penas: apenas se añadirán nuevas penas en el auténtico sentido de la palabra, es decir, perjuicios impuestos coercitivamente. Pues las penas superadas de épocas pasadas no tienen futuro. Se puede pensar en el arresto domiciliario como nueva pena, atenuada frente a la privación de libertad, cuyo control no será ningún problema. También sería una nueva pena efectiva la interdicción de conducir vehículos, si a diferencia de hoy en día, pudiera ser impuesta como pena principal independiente de que exista un delito de tráfico. Ante la importancia que tiene el automóvil hoy en día para la mayoría de las personas y que seguirá teniendo en el futuro, pese a todos los esfuerzos a favor de otras

posibilidades de transporte, existiría en ello una limitación de la libertad preventivamente efectiva, pero que para el estado implicaría costes neutrales y para el autor sería menos perjudicial que la pena privativa de libertad, además de proteger el ambiente.

7. Sanciones orientadas en la libre voluntad: junto a las penas atenuadas y a las medidas de seguridad que incrementan cada vez su ámbito de aplicación, en el Derecho Penal del futuro también se darán sanciones que no pueden ser designadas propiamente como penas, como son a) el trabajo de servicio a la comunidad, b) la reparación civil voluntaria.

Como vemos, las modificaciones que el Foro Penal ha propuesto en el anteproyecto, se corresponden con las tendencias internacionales y de hecho ha recogido con variantes, consideraciones como la de ampliar las penas o sanciones también a otras formas distintas de la privación de libertad; recordemos en este sentido la propuesta de sancionar con la interdicción de conducir vehículos, así como también el establecimiento de la pena de multa como pena principal para ciertos delitos.

CONCLUSIONES

La legislación penal vigente hoy en día, y específicamente la figura del homicidio no ha sufrido hasta hoy modificaciones sustanciales. Sin embargo, las modernas tendencias en el derecho comparado demuestran que ya es tiempo que se realicen para que sean acordes a los cambios socioculturales y sobretodo a las necesidades que surgen en la sociedad como respuesta que el Estado debe dar, en cuanto garantizar la paz y proteger los bienes jurídicos de los ciudadanos. Por lo anterior, el Estado de Chile, a través del Ministerio de Justicia encargó a especialistas en Derecho Penal la elaboración de un proyecto de reforma a nuestro código penal, con el objeto de ponerlo al día y adecuarlo a las necesidades sociales de hoy.

Así, el Foro Penal Chileno, el año 2005 ha entregado los resultados al Ministerio de Justicia, resultados que en este trabajo fueron expuestos, en lo que dice relación al delito de homicidio.

El Derecho Penal, necesita ser reformado ya que responde a las necesidades de justicia y paz social de la comunidad para que exista una convivencia y permita desarrollar las actividades propias de todas las personas en cuanto a su calidad de vida.

En cuanto a la figura del homicidio, y la descripción del tipo, se ha propuesto por el Foro determinarlo con mayor precisión, así el homicidio simple sería tipificado en un artículo aparte y más explícitamente, evitando que sea una figura residual.

En cuanto al homicidio calificado, se ha propuesto disminuir las calificantes a tres: alevosía, por o mediante premio o promesa remuneratoria, con ensañamiento y aumentando inhumana y deliberadamente el dolor al ofendido; ello, a diferencia de las cinco calificantes que se encuentran vigentes hoy.

Se ha entendido por ejemplo, que los delitos, y específicamente el homicidio, en cuanto tal sería siempre premeditado, además que se evita las discusiones de hoy referido a cuánto tiempo sería necesario para establecer que un homicidio es premeditado, esta modificación me parece apropiada y evita diversas interpretaciones.

La calificante del veneno también se propuso sacarla de la tipificación del homicidio calificado, ya que se encontraría comprendida en las circunstancias agravantes del artículo 12 del Código Penal, evitando así un aumento en la gravedad de la pena.

En cuanto a la circunstancia del premio o promesa remuneratoria se ha propuesto integrar en el tipo ambas situaciones, la del autor que “encarga” la realización del hecho, es decir, que ofrece un premio o recompensa por el hecho, y la situación del que realiza la acción, es decir recibe el premio. Esta modificación es acertada toda vez que hoy en día sucede el absurdo de que quien promete u ofrece el premio por el hecho, al no estar comprendido en el tipo, no realiza la acción y por lo tanto recibe una penalidad menor; en

circunstancia que su actuar es igualmente reprochable a la del que lleva acabo el hecho motivado por alguna recompensa.

La modificaciones propuestas en las figuras de homicidio tanto simple y calificado me parecen acertadas, sobretodo considerando las tendencias que en el mismo sentido se ha dado en el derecho comparado, en las que se han modernizado no sólo los aspectos sustanciales de la tipificación, sino que en términos formales, otorgando así a la redacción del tipo, un sentido más amigable para los ciudadanos, que son los que finalmente deben sentirse conminados a obedecer las normas y a conocer y comprender las consecuencias de su no acatamiento.

Sin embargo, no me parece acertado el aumento de las penas, pues ello, como lo demuestra la realidad, no garantiza una conminación a la no comisión de delitos, con la consecuente disminución de los niveles de delincuencia. Es necesario, a mi juicio, profundizar en un análisis que tome en cuenta otros factores como son el principio de proporcionalidad de las penas, la tarea del Derecho Penal propiamente tal, apostar por la posible resocialización del individuo privado de libertad, los derechos humanos, entre otros factores de carácter sociológicos.

En cuanto a aspectos formales, me parece que sería oportuno que en la descripción del tipo se incorporara la pena en años, ya que hoy en día se hace alusión a la pena en cuanto a sus grados; ello dificulta su comprensión para los ciudadanos comunes que no son letrados; la propuesta del foro tampoco

incorporó esta circunstancia, a diferencia de las legislaciones internacionales en las que sí se ha tipificado dichas figuras y las consecuencias en cuanto a las penas quedan bien claras y explícitas para los ciudadanos que deben comprender las normas y entender las consecuencias de sus hechos.

Me parece que la modernización del Derecho Penal no pasa solamente por la anhelada y necesaria reforma a nuestro Código Penal, sino que es necesario que las autoridades, como se ha hecho desde algunos años atrás con la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Penal, se comprometan a una reformulación del Derecho Penal como respuesta del Estado a acciones calificadas como delito, en aspectos tales como el tratamiento del delincuente, su necesidad de resocialización, la preocupación por las víctimas de los delitos.

En fin, que tanto la modernización del Derecho Penal, como la reforma en la legislación tengan, en el horizonte de su cometido, al hombre como centro y como fin, como bien jurídico que hay que proteger, y también como hombre que hay que recuperar.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- BUSTOS RAMIREZ, JUAN, Control Social y sistema penal. Barcelona. Promociones y Publicaciones Universitarias 1987

- 2- CURY, ENRIQUE, Los Fines del derecho penal, En: Pensamiento Penal Moderno. Bogotá, Colombia Universidad Externado de Colombia 1991

- 3- CURY, ENRIQUE, “La prevención especial como límite de la pena” En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, T 4, fascículo III, Sep-Dic. MCMLXXXVIII

- 4.- DIEZ RIPOLLÉS, J.L. Comentarios al Código Penal: parte especial/ José Luis Diez Ripollés, Luis Gracia Martín, Patricia Laurenzo Copello, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997

- 5.- DUCOS, KAPPES, LUIS, Derecho Penal Parte Especial, Santiago de Chile. Universidad Central, 2001

- 6.- ETCHEBERRY, ALFREDO, Derecho Penal, T. III, Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1998

- 7.- FERNÁNDEZ, JOSE ÁNGEL, El nuevo Código penal: una lucha por el discurso de la criminalidad, Revista Electrónica Política Criminal, nº 1, 2006.
- 8.- GACETA JURÍDICA, Nº 101, 1998.
- 9.- GARRIDO MONTT, MARIO, El Homicidio y sus figuras penales. Santiago, Chile: Encina, 1976
- 10.- GARRIDO MONTT, MARIO, 3ª edición, Derecho Penal, Parte Especial, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003.
- 11.- KÜNSEMÜLLER, LOEBENFELDER, CARLOS, Temas de Derecho, Vol. 2, nº 2, El Dolo en el homicidio, Universidad Gabriela Mistral, Facultad de Derecho, 2003
- 12.- KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, CARLOS, Los delitos de Homicidio en el Anteproyecto de Código Penal En: Revista Escuela de Derecho / Universidad del Mar, Casa Central. (Valparaíso, Chile). Año 2008.
- 13.- LABATUT, GLENA, GUSTAVO, Tomo II, Derecho Penal, Santiago de Chile, Editorial Jurídica, 1990

14. LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, Dolo y Dolo Eventual: Reflexiones, En. HOMENAJE AL DR. MARINO BARBERO SANTOS, Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, 2001
- 15.- MERA FIGUEROA, JORGE, Derechos Humanos en el Derecho Penal Chileno, Santiago de Chile, Editorial Jurídica Conosur Ltda, 1998.
- 16.- MERA FIGUEROA JORGE, CASTRO ÁLVARO M. Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema, Editorial Lexis Nexis, 2007.
- 17.- POLITOFF, SERGIO, FRANCISCO GRISOLÍA, BUSTOS JUAN, Derecho Penal Chileno, Parte Especial, Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas, Santiago Chile, Editorial Jurídica, 1993.
- 18.-POLITOFF L., SERGIO / MATUS A., JEAN PIERRE / RAMÍREZ G., MARÍA CECILIA, Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile. 2ª edición, 2005.
- 19.- REVISTA DE CIENCIAS PENALES, T VIII, 1945.
20. REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA T LX, Segunda Parte, Sección Cuarta, 2005

21. ROXIN, CLAUS, El desarrollo del derecho penal en el siguiente siglo, En: Dogmática Penal y Política Criminal, Lima Perú, IDEMSA, 1998
- 22.- ROXIN, CLAUS, La reparación en el sistema de los fines de la pena, Buenos Aires, Argentina, Editorial Ad hoc, 2005.
- 23.-SERRANO, GOMEZ, ALFONSO, 2005, Derecho Penal Parte Especial, Madrid, España, Editorial DYKINSON, 1182p.

