

Juan Pablo Mañalich Raffo

ESTUDIOS SOBRE LA PARTE ESPECIAL
DEL DERECHO PENAL CHILENO

MONOGRAFÍAS



**ESTUDIOS SOBRE LA PARTE
ESPECIAL DEL DERECHO
PENAL CHILENO**

JUAN PABLO MAÑALICH R.



THOMSON REUTERS

ESTUDIOS SOBRE LA PARTE ESPECIAL DEL DERECHO PENAL CHILENO

© JUAN PABLO MAÑALICH R.

2020 Legal Publishing Chile • Miraflores 383, piso 10, Santiago, Chile • Teléfono: 25105000 • www.thomsonreuters.cl

Registro de Propiedad Intelectual N° xxx.xxx • I.S.B.N. 978 - 956 - 346 - xxx - x

1ª edición abril 2020 Legal Publishing Chile

Tiraje: 1.500 ejemplares

Impresores: CyC Impresores - San Francisco 1434, Santiago

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE



ADVERTENCIA

La Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor. El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento, de la presente publicación, queda expresamente prohibido. Usos infractores pueden constituir delito.

ÍNDICE

	Página
Abreviaturas.....	XIII
Prefacio	XV

PRIMERA PARTE DELITOS CONTRA BIENES JURÍDICOS PERSONALÍSIMOS

CAPÍTULO I LA INJURIA COMO DELITO “GENERAL” CONTRA LA PERSONA

1. Merkel: la injuria como paradigma de delito contra la persona.....	3
2. La “subsidiariedad” de la punibilidad de la injuria	7
a) La injuria entre el derecho penal público y el derecho penal privado	7
b) La “subsidiariedad” de la punibilidad de la injuria como arreglo procesal.....	11
c) El reflejo sustantivo del arreglo procesal.....	17
3. Binding: la injuria como falsa declaración de deshonor	21
a) ¿La injuria como delito de lesión contra el honor?.....	21
b) La relatividad y la negatividad del honor	27
4. La estructura declarativa de la injuria	30
a) La injuria como declaración	30

	Página
b) El trasfondo convencional de la significación injuriosa	35
c) La injuria <i>lato sensu</i> como delito de resultado	39
d) Excurso: el problema de la injuria “bajo designación colectiva”	42
e) La irrelevancia típica de un <i>animus iniuriandi</i>	48
5. La falsedad proposicional de la injuria “imputativa” como condición de su carácter delictivo	51
a) Injuria expresiva <i>versus</i> injuria “imputativa”	51
b) La injuria “imputativa” frente a la acusación o denuncia calumniosa	54
6. El sistema de las especies de injuria <i>lato sensu</i>	60
a) Las formas de injuria punible bajo el CP.....	60
b) La injuria “simple” como especie básica de injuria <i>stricto sensu</i>	63
c) La calumnia como especie calificada de injuria <i>stricto sensu</i>	67
d) La injuria difamatoria como delito de peligro de abstracto.....	73
e) ¿La injuria difamatoria como delito de indiscreción?	82
7. La función y el alcance de la <i>exceptio veritatis</i>	90
a) La <i>exceptio veritatis</i> frente a una acusación por calumnia.....	90
b) La <i>exceptio veritatis</i> frente a una acusación por otra especie de injuria <i>lato sensu</i>	96

CAPÍTULO II

EL HOMICIDIO CONSENTIDO COMO DELITO DE PELIGRO ABSTRACTO

1. Introducción: la anomalía de la punibilidad del homicidio consentido.....	99
--	----

	Página
2. El consentimiento como condición de permisión en sentido débil.....	100
a) El consentimiento como ejercicio de libertad de disposición.....	100
b) El consentimiento como criterio de cancelación situacional de la norma de comportamiento.....	102
c) El consentimiento como causa de atipicidad.....	109
3. El homicidio consentido como delito de peligro abstracto.....	113
a) ¿Paternalismo indirecto como fundamento de la ilicitud del homicidio consentido?.....	113
b) La limitación de la eficacia del consentimiento como protección general frente al peligro abstracto.....	117
c) El homicidio consentido como homicidio privilegiado bajo el CP chileno.....	122
4. El homicidio consentido bajo la regulación de la eutanasia.....	126
a) La taxonomía de las formas de eutanasia y su significación jurídico-penal.....	126
b) La eutanasia “pasiva” (directa o indirecta) como homicidio no punible.....	129
aa) La ambigüedad de la descripción “interrupción de un tratamiento”.....	129
bb) El problema de la manipulación de mecanismos tecnológicos de salvamento.....	130
cc) La bivalencia de la eutanasia pasiva.....	134
c) La eutanasia (activa) “indirecta” como homicidio no punible.....	137
d) ¿La eutanasia (activa) “directa” como homicidio punible?.....	140
5. El auxilio al suicidio como delito de peligro abstracto.....	143
a) La autonomía de injusto del auxilio al suicidio.....	143
b) El auxilio al suicidio como “delito de sospecha”.....	147

	Página
c) La muerte del suicida como condición objetiva de punibilidad	151

CAPÍTULO III

EL CHANTAJE COMO COACCIÓN.

UNA RECONSTRUCCIÓN LÓGICA DE LA DISTINCIÓN ENTRE AMENAZAS Y OFERTAS CONDICIONALES

1. Introducción: la punibilidad de la coacción bajo el Código Penal chileno	155
2. ¿Una “Paradoja” del chantaje?	160
a) La descomposición analítica del concepto de chantaje	160
b) La pretendida como paradoja como “rompecabezas”	165
3. La bicondicionalidad de las propuestas afectadoras-de-preferencias	167
a) La bicondicionalidad implícita de las propuestas condicionales	167
b) La racionalidad estratégica de las propuestas afectadoras-de-preferencias	171
4. Amenazas condicionales <i>versus</i> ofertas condicionales	175
a) La búsqueda de una “línea de base”	175
b) Un análisis contrafactual	178
5. Una reinterpretación modal de la distinción entre amenazas condicionales y ofertas condicionales	181
a) El universo de disyuntivas modalmente consistentes	181
b) El estatus deóntico de los términos de la respectiva disyuntiva como criterio clasificatorio	187
6. El chantaje como coacción	194
a) El chantaje como amenaza condicional	194
b) La función negativa del criterio de la “conexión”	196
7. ¿Una “segunda paradoja” del chantaje?	199

CAPÍTULO IV

LA VIOLACIÓN COMO DELITO CONTRA LA INDEMNIDAD SEXUAL.
UNA RECONSTRUCCIÓN DESDE LA TEORÍA DE LAS NORMAS

1.	La disputa teórica: <i>Beling versus Binding</i>	203
2.	El esquema dualista	207
	a) Libertad sexual <i>versus</i> indemnidad sexual	207
	b) La heterogeneidad de los ámbitos típicos de los arts. 361 y 362.....	210
	c) La reconstrucción normológica del esquema dualista	214
3.	La identificación del objeto de protección	216
	a) La inviabilidad de la libertad sexual como objeto de protección	216
	b) La violación como delito de objetualización	219
	c) Autonomía personal como fundamento de protección de la indemnidad sexual.....	225
4.	La individuación de las normas de comportamiento.....	230
	a) La inviabilidad de una estrategia “monista”	230
	b) ¿Correspondencia biunívoca entre normas de comportamiento y normas de sanción?.....	232
	c) La prohibición “general” de la violación.....	234
	d) La prohibición de la violación de menor impúber	237
	e) La prohibición del estupro	239
5.	El alcance de las normas de sanción	242
	a) La edad de la víctima como factor de distribución de los ámbitos de punibilidad	242
	b) La concreción de los marcos de penalidad y la “exención de Romeo y Julieta”	245
	c) La solución del caso.....	247

CAPÍTULO V

LA VIOLACIÓN COMO DELITO DE PROPIA MANO.

UNA RECONSTRUCCIÓN DESDE LA TEORÍA DE LA ACCIÓN

1. La violación como delito de penetración	249
2. “Auto-involucramiento ejecutivo” como marca típica.....	251
a) Acciones resultativamente auto-involucrantes <i>versus</i> acciones ejecutivamente auto-involucrantes.....	251
b) La violación como delito de resultado intrínseco	254
3. La demostración de la tesis: el caso del “picado de la araña”	255
4. La irrelevancia de la identidad sexual del autor	258
a) De nuevo: la violación como delito de penetración.....	258
b) La violación como delito común	260

SEGUNDA PARTE

DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD
Y EL PATRIMONIO

CAPÍTULO VI

HURTO Y ROBO.

LA ESTRUCTURA TÍPICA DE LOS HECHOS PUNIBLES COMPLEJOS
COMO DESAFÍO PARA LA TEORÍA DE LAS NORMAS

1. Hechos punibles “complejos” <i>versus</i> hechos punibles “compuestos”	265
2. La estructura típica del hurto, del robo con fuerza en las cosas y del robo <i>stricto sensu</i>	268
a) El hurto y el robo con fuerza en las cosas como hechos punibles (delictivamente) atómicos	268
b) El robo con violencia o intimidación en las personas como hecho punible (delictivamente) molecular.....	272
3. La apropiación de una cosa mediante un ejercicio de coac- ción funcional a su manifestación o entrega como robo	277
a) ¿Extorsión “con-caracteres-de-robo”?.....	277

	Página
b) La irrelevancia de la fenomenología de la manifestación o entrega.....	279
c) El problema de la “violencia ficta”	283
4. El ejercicio de coacción posterior a la consumación y anterior a la terminación del hurto como robo	285
a) ¿Hurto “con-caracteres-de-robo”?	285
b) La inadecuación criteriológica de la flagrancia del hurto ya consumado	289
c) La subsistencia de la actualidad de la agresión constituida por el hurto como criterio	293
5. El “robo con homicidio” como robo	295

CAPÍTULO VII

APROPIACIÓN Y DISTRACCIÓN INDEBIDAS.

UNA RECONSTRUCCIÓN UNIFICADORAMENTE DUALISTA

1. La individuación de géneros delictivos a través de la individuación de normas de comportamiento	299
2. La reconstrucción dualista de la tipificación de la apropiación y la distracción indebidas	302
a) Las propuestas de reconstrucción monista y su inviabilidad	302
aa) ¿La apropiación o distracción indebida como un delito contra el patrimonio del propietario o contra un derecho personal a la entrega o devolución de la cosa confiada?	302
bb) ¿La apropiación o distracción indebida como delito contra la propiedad?.....	306
b) La propuesta de reconstrucción dualista.....	307
3. Los presupuestos de la tipicidad de la apropiación y la distracción indebidas	309
a) Los presupuestos típicos comunes.....	309
aa) El objeto (corporal) mueble susceptible de apropiación o distracción	309

	Página
bb) El título de recepción del objeto de apropiación o distracción	310
cc) El perjuicio patrimonial resultante.....	313
b) La especificidad de la apropiación indebida.....	316
c) La especificidad de la distracción indebida	318
4. La congruencia de la protección de la propiedad y el pa- trimonio	319
a) La propiedad como posición patrimonial	319
b) La relación sistemática entre la apropiación y la dis- tracción indebidas	323

CAPÍTULO VIII

DEFECTOS DE CONSTRUCCIÓN DE INMUEBLES BAJO LA TIPIFICACIÓN DEL FRAUDE Y DEL DAÑO DE COSA AJENA

1. El alcance del problema	325
2. ¿Defraudación patrimonial?	327
a) La entrega fraudulenta como variante de estafa	327
b) El perjuicio como atributo de la disposición patri- monial	329
3. ¿Daño de cosa ajena?	332
a) La posibilidad de destrucción de una cosa a través de su construcción defectuosa	332
b) El problema de la imputación subjetiva.....	336

CAPÍTULO IX

LA ESTRUCTURA TÍPICA DE LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL. UN ENFOQUE CONTRASTIVO

1. La tipificación de la administración frente a la <i>reductio ad hitlerum</i>	339
2. La administración desleal como delito de perjuicio patri- monial por abuso cualificado de confianza	342
a) La tesis de la disociación	342

	Página
b) ¿La administración desleal como delito de corrupción?.....	345
c) La conexión funcional entre deslealtad y perjuicio	347
d) Perjuicio como merma no compensada de una posición patrimonial.....	348
3. La reconstrucción “integrativa” de las variantes de abuso e infidelidad.....	353
a) Concepciones dualistas <i>versus</i> concepciones monistas.....	353
b) Una concepción integrada de la administración desleal.....	355
c) Una propuesta de interpretación del art. 470 N° 11	356

TERCERA PARTE
DELITOS CONTRA LA FUNCIÓN PÚBLICA

CAPÍTULO X
LA MALVERSACIÓN Y EL FRAUDE AL FISCO COMO DELITOS
ESPECIALES CONTRA LA FUNCIÓN PÚBLICA

1. La malversación y el fraude al fisco como delitos especiales	363
a) La gramática de los delitos especiales	363
b) ¿Delitos de infracción de deber?.....	364
2. La estructura típica de los delitos de malversación.....	370
a) El parecido de familia de las formas de malversación.....	370
b) La demarcación de los ámbitos típicos del peculado y de la desviación de fondos.....	371
c) El “depósito” de los caudales o efectos como presupuesto típico del peculado	375
d) La destinación para la gestión o inversión de los caudales o efectos como presupuesto típico de la desviación de fondos.....	379
3. El fraude al fisco como delito especial de gestión desleal del patrimonio público	383
a) ¿El fraude al fisco como especie de estafa?.....	383
b) El fraude al fisco como administración desleal	385

	Página
c) ¿El fraude al fisco como delito especial “impropio”?	387

CAPÍTULO XI

LA NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE DE FUNCIONARIO PÚBLICO COMO DELITO DE CORRUPCIÓN

1. La negociación incompatible como delito de peligro abstracto contra la función pública	389
a) Los presupuestos de la corrupción delictiva	389
b) La negociación incompatible como “auto-contratación” delictiva	391
2. La estructura típica de la negociación incompatible de funcionario público	392
a) La negociación incompatible como delito especial	392
b) La intervención interesada en la gestión relevante como núcleo típico	393
c) La naturaleza del interés típicamente relevante	396
d) La naturaleza de la gestión típicamente relevante	397
3. Problemas de imputación subjetiva: dolo y consciencia de la antijuridicidad	399
a) La suficiencia del dolo eventual	399
b) Consciencia de la antijuridicidad y error de prohibición	400

CAPÍTULO XII

EL COHECHO COMO PROPUESTA O ACEPTACIÓN DE UNA DONACIÓN REMUNERATORIA

1. La estructura típica del cohecho bajo la metáfora contractual	403
a) ¿El cohecho y el soborno como delitos de encuentro?	403
b) La inadecuación del modelo del contrato bilateral	407
c) El modelo de la donación remuneratoria	413

	Página
2. Los presupuestos típicos del cohecho	418
a) La conexión entre el servicio funcional y el ámbito competencial del funcionario.....	418
b) La autonomía de la calificación deóntica del servicio funcional	422
c) La exigencia típica de determinación del servicio funcional	424
d) El problema de las “relaciones remuneratorias” tem- poralmente extendidas	428
e) La naturaleza del beneficio solicitado o aceptado	431
3. La relevancia típica del “cohecho de parlamentario”	433
a) ¿Irrelevancia típica de la posición de congresista?	433
b) El régimen jurídico del cargo de diputado o senador	435
c) La ideología del problema	438

CUARTA PARTE
DELITOS DE LESIVIDAD PROBLEMÁTICA

CAPÍTULO XIII
TERRORISMO Y ORGANIZACIÓN.
UNA APROXIMACIÓN DESDE LA DOGMÁTICA
DE LA ASOCIACIÓN ILÍCITA

1. El terrorismo como categoría jurídico-penal.....	445
a) Conceptualización como desiderátum	445
b) ¿Dilema definicional?	450
c) El terrorismo como estrategia de comunicación.....	453
d) La violencia como táctica	457
2. La asociación ilícita como delito de organización	460
a) La triple relevancia jurídico-penal del factor organi- zacional	460
b) La autonomía de injusto de la asociación ilícita	463
c) ¿La asociación ilícita como delito de preparación?	466

	Página
d) Peligro abstracto de organización	470
e) La organización delictiva como sistema de posiciones	476
f) El concurso entre el delito de asociación ilícita y uno o más hechos punibles proyectados por la organización.....	483
3. Organización terrorista como organización delictiva cualificada.....	487
a) La estructura triádica del injusto de organización terrorista.....	487
b) El contraste con modelos regulativos alternativos.....	492
c) De nuevo: terrorismo de Estado	495

CAPÍTULO XIV
ANIMALIDAD Y SUBJETIVIDAD.
BASES ÉTICO-JURÍDICAS DE LA CRIMINALIZACIÓN
DEL MALTRATO DE ANIMAL

1. Del maltrato <i>de animales</i> al maltrato <i>de animal</i>	499
2. Subjetividad, intereses y derechos	504
a) Estados intencionales como base de intereses	504
b) Una (múltiple) desambiguación de la expresión “derecho subjetivo”	507
3. Paciencia moral sin agencia moral	511
a) Kant: animales racionales como “fines en sí mismos”	511
b) Representación en vez de reciprocidad.....	514
4. La superación del bienestarismo como exigencia ética.....	517
Bibliografía	521
CÓMO ACCEDER A ESTE LIBRO DIGITAL A TRAVÉS DE THOMSON REUTERS PROVIEW	559

PREFACIO

Hace algunos años, ejercitando el demasiado frecuente rito burocrático de llenar un formulario que mi facultad requería de mí para algún misterioso propósito, tuve que indicar cuáles eran mis “líneas de investigación”. Recuerdo haber registrado, entre otras, algo que se me ocurrió llamar “problemas normativos de la parte especial del derecho penal”. Desconozco enteramente si esta denominación satisfaría los siempre muy exigentes estándares que suelen aplicar, en estos menesteres, las benditas agencias de acreditación para las que, muchas veces, las y los académicos universitarios parecemos estar trabajando, desde ya porque jamás me he encontrado con algo remotamente parecido a lo que pudiera merecer el calificativo de un *criterio de individuación* de líneas de investigación. Como sea, si alguien me preguntara ahora si la pretendida línea de investigación que yo me permitía enunciar así demostró ser “viable”, no tendría más remedio, para bien o para mal, que extenderle un ejemplar de este libro.

De los catorce capítulos que componen este libro, tres fueron elaborados en el marco de dos proyectos financiados por la Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica: el IV y el X, en el marco del Proyecto Fondecyt N° 11110274 (de iniciación a la investigación), y el XIII, en el marco del Proyecto Fondecyt N° 1140040 (regular). Los once capítulos restantes son fruto de mi trabajo ordinario como académico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Por eso, mi primer agradecimiento es para la universidad con la que estoy formalmente vinculado como profesor hace exactamente una década, lapso en el cual fueron escritos todos los trabajos aquí reunidos.

Aun cuando cada capítulo admite ser leído como una unidad autosuficiente, la preparación de esta publicación me ha llevado a detectar –si se me

permite hacer uso aquí de una metáfora tomada de Wittgenstein— algunas hebras que van más allá de los contornos temáticos de cada capítulo en particular y que, entrelazadas, conforman una cuerda que, según me parece, confiere una medida no despreciable de coherencia al volumen en su conjunto. Serán las y los lectores que pueda encontrar la obra quienes deban juzgar si esa cuerda logra ser suficientemente robusta y estable.

Una de esas hebras admitiría ser identificada, quizá, con una vocación por cultivar la dogmática de la parte especial combatiendo la tentación —demasiado generalizada en nuestra situación “histórico-espiritual”— de hacerla reducible a la dogmática de la parte general. Desde el punto de vista que yo estimo más fructífero para pensar en esta relación, la dogmática de la parte general necesita ser cultivada en la forma de la modelación de una *gramática*, provista por una teoría de las normas, para la organización abstracta de las condiciones de cuya satisfacción depende que se constituya un hecho punible cualquiera. Reconstruir el *contenido semántico* de las siempre específicas —en cuanto relativas a cada tipo *à la* Binding— condiciones de punibilidad (*lato sensu*) que han de satisfacerse en cada caso es, en cambio, el cometido de la dogmática de la parte especial. Cuán poderosa es la herramienta analítica que para el desarrollo de esta última tarea nos provee una teoría de las normas *à la* Binding, precisamente entendida como un dispositivo gramatical, es algo que buena parte de los capítulos que conforman este libro procura documentar.

Cuatro de los catorce capítulos —a saber: el I, el II, el VI y el IX—, fueron escritos en el último año para ser inmediatamente incluidos aquí. De ellos, tanto el dedicado a la injuria como delito “general” contra la persona como el relativo a la estructura típica del hurto y del robo vuelven sobre problemas que fueron objeto de trabajos más tempranos, algunos de cuyos planteamientos me siguen pareciendo convincentes, mientras otros se me presentaban como necesitados de rectificación. En el proceso de ir calibrando los argumentos que aparecen desarrollados a lo largo del libro, el ejercicio de la docencia ha sido de invaluable importancia. Y también lo ha sido el trabajo cooperativo con estudiantes de diferentes niveles de formación, que se ve reflejado en el conjunto de referencias, registradas en el índice bibliográfico, a memorias de licenciatura, tesis de magíster y artículos monográficos elaborados por jóvenes juristas cuyas investigaciones he tenido el privilegio de supervisar a lo largo de estos años.

En la revisión del texto he podido contar, una vez más, con la generosísima ayuda de un magnífico grupo de ayudantes *ad honorem*: vayan mis

agradecimientos a Julio Cortés, Cristóbal Montecinos, Carolina Sepúlveda, Camila Treimún, Sofía Wilson e Ilse Wolf. Una mención especial merecen Felipe Bonzi, Joaquín Rojas-May e Isabel Yáñez, quienes además de colaborar en la revisión asumieron la tarea de uniformar el formato de los capítulos y elaborar el índice bibliográfico.

No podría cerrar este prefacio sin hacer explícita la deuda de gratitud que guardo para con muchas y muchos colegas, penalistas académicos, con quienes he tenido ocasión –a veces, a su pesar– de discutir sobre los problemas de los cuales este libro se ocupa, y de cuyos trabajos he podido aprender enormemente, también en el disenso. Esa deuda es especialmente intensa en relación con José Luis Guzmán Dalbora, cuya obra ha sido y sigue siendo, para mí, modélica del cultivo filosóficamente ilustrado de una dogmática de la parte especial orientada a la realización de un derecho penal de la legalidad. Por la generosidad con la que siempre ha estado disponible para compartir su erudición, y por la amistad que me ha brindado en el camino, a él está dedicado este libro.