



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

**DOCTRINA PENAL CHILENA DEL SIGLO XXI:
ESTUDIO DE LA ESCUELA PENAL DE LA PONTIFICA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE VALPARAÍSO. ESPECIAL REFERENCIA A LA OBRA DEL
PROFESOR GUILLERMO OLIVER CALDERÓN**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

DIEGO MARTONES PAVEZ

PROFESOR GUÍA: JEAN PIERRE MATUS

SANTIAGO – CHILE

2021

*A Claudia, Nicolás,
Cristóbal, Magdalena,
Pancha y Grace.*

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS.....	5
ABREVIATURAS.....	6
RESUMEN.....	8
INTRODUCCIÓN.....	9
CAPÍTULO I: LA ESCUELA DE DERECHO PENAL DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO DEL SIGLO XXI.....	11
1. Historia de la facultad de derecho de la Pontifica Universidad Católica de Valparaíso... ..	11
2. Principales académicos de la escuela penal de la Pontifica Universidad Católica de Valparaíso	13
2.1. Profesor Luis Rodríguez Collao.....	13
2.2. Profesor Guillermo Oliver Calderón	22
2.3. Profesora Laura Mayer Lux	30
2.4. Profesor Jaime Vera Vega.....	36
CAPÍTULO II: ANÁLISIS DESCRIPTIVO DEL DESARROLLO DÓGMATICO DEL PROFESOR GUILLERMO OLIVER CALDERÓN.....	40
1. Análisis de la obra del Profesor Guillermo Oliver Calderón	40
2. Desarrollo Dogmático en la Parte General del Derecho Penal	40
2.1. Fundamentos de la ley penal	40

2.2. Ámbito de aplicación de la ley penal	43
2.3. Determinación e individualización de las penas	50
2.4. Concursos de delitos.....	55
3. Desarrollo Dogmático en la Parte Especial del Derecho Penal	62
3.1. Delitos contra la Propiedad	62
3.2. Delito de cohecho	82
3.3. Delitos económicos	90
4. Desarrollo Dogmático en Derecho Procesal Penal	94

CAPITULO III: ANÁLISIS CRÍTICO DEL DESARROLLO DOGMÁTICO DEL
PROFESOR GUILLERMO OLIVER CALDERÓN SOBRE LA ESTRUCTURA TÍPICA
COMÚN DE LOS DELITOS DE HURTO Y ROBO.....
100

1. Análisis crítico sobre la estructura típica de los delitos de hurto y robo....	100
2. Consideraciones del profesor Guillermo Oliver y de otros autores	100
3. Análisis personal	122
3.1. Autores y víctimas.....	122
3.2. Objeto material	123
3.3. Conducta	128

CONCLUSIONES..... 134

BIBLIOGRAFÍA..... 139

AGRADECIMIENTOS

Agradezco enormemente a mis padres, hermanos, tíos y primos, por siempre comprenderme y apoyarme, en particular en el período de redacción de esta memoria. Agradezco también a mis amigas y amigos, por siempre ser un factor de alivio, contención y distracción cuando más lo necesitaba. A mis mascotas, gracias por su amor incondicional.

ABREVIATURAS

art./arts.	Artículo/artículos. Si no tienen otra indicación, corresponden al Código Penal, salvo cuando aparezcan referidos a una ley especial o reglamento que se esté explicando.
CADH	Convención Americana de derechos Humanos
CA	Corte de Apelaciones
CB	Código de Bustamante (Código de Derecho Internacional Privado)
CC	Código Civil
CGR	Contraloría General de la República
CIDH	Corte Interamericana de derechos Humanos
CJM	Código de Justicia Militar
COT	Código Orgánico de Tribunales
CP	Código Penal
CPC	Código de Procedimiento Civil
CPP	Código Procesal Penal
CPR	Constitución Política de la República
CS	Corte Suprema
DCGR	Dictamen Contraloría General de la República
DFL	Decreto con Fuerza de Ley
DL	Decreto Ley
DS	Decreto Supremo
DUDH	Declaración Universal de derechos Humanos
DYJP	Revista Doctrina y Jurisprudencia Penal
EA	Estatuto Administrativo

GJ	Gaceta Jurídica
o. o.	otra opinión, en sentido contrario
PIDCP	Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos
R.	Revista (de)
RChD	Revista Chilena de Derecho
RChDCP	Revista Chilena de Derecho y Ciencias Penales
RCP	Revista de Ciencias Penales
RDJ	Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales. Si no se especifica, la cita corresponde a la Segunda Parte, Sección 4. ^a
REJ	Revista de Estudios de la Justicia
RLJ	<i>Matus, J.P. (Dir.), Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas. Código Penal y Leyes Complementarias, Santiago, 3.^a Ed., 2016</i>
RPC	Revista Política Criminal
SCA/ SSCS, etc.	Sentencia de Corte de Apelaciones / Sentencias Corte Suprema, etc.
StGB	Código Penal alemán
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
USSC	Corte Suprema de los Estados Unidos de América
v.	Ver, véase
ZStW	<i>Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissen</i>

RESUMEN

Este trabajo propone la realización de una investigación de carácter cuantitativo y cualitativo que logre reunir y sistematizar los aportes que han hecho a la dogmática penal chilena los académicos de la facultad de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, durante el siglo XXI. De este modo, se intenta identificar cuáles son los principales centros de producción doctrinal que conformarían una posible “Escuela Penal de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso”.

Para lograr los objetivos buscados por esta investigación se hará, en primer lugar, una recopilación cuantitativa de las publicaciones realizadas por los profesores que componen el Departamento de Derecho Penal y Procesal Penal de la entidad educacional mencionada desde el año 2000 en adelante. Así, se pretende advertir desde un punto de vista objetivo el impacto del trabajo de estos académicos en el estudio del derecho penal nacional. En segundo lugar, se efectuará un trabajo cualitativo que logre ilustrar el aporte de la escuela de derecho penal de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso a la doctrina penal chilena, específicamente a través de la obra del profesor Guillermo Oliver Calderón.

INTRODUCCIÓN

Dentro del proyecto general de investigación “Doctrina penal chilena del siglo XXI”, el presente trabajo busca sistematizar los aportes dogmáticos en materia penal, realizados por los académicos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso durante las últimas dos décadas, con la pretensión de encontrar dentro de esta institución una “Escuela de Derecho Penal”, en el sentido de:

“Grupos de trabajo, bajo un mismo alero institucional, dedicados a la investigación y publicación de resultados, general, pero no necesariamente, de manera conjunta o alrededor de un mismo tema o con un mismo punto de partida teórico o forma de aproximarse a la materia”.¹

Para lograr el objetivo propuesto, se realizará una investigación de carácter cuantitativo y cualitativo que logre reunir y sistematizar las publicaciones e investigaciones con que, durante las últimas dos décadas, los académicos de dicho establecimiento han contribuido al desarrollo de la doctrina penal chilena.

En cuanto a la parte cuantitativa, se presentará la escuela de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, individualizando a sus respectivos miembros, detallando los antecedentes académicos de cada uno y sus correspondientes publicaciones. Para tal estudio se realizarán entrevistas estándar a los académicos con mayor cantidad de publicaciones, y revisiones cruzadas de las revistas de derecho existentes en Chile, teniendo cada miembro del grupo de investigadores asignada una revista o grupo de revistas a cuya revisión debe avocarse para luego compartir la información obtenida en una base de datos grupal. Asimismo, como complemento a los métodos de recopilación de información antes señalados, se utilizarán otros recursos de búsqueda, tales como Academia, Dialnet, Scielo, Researchgate, Google Academia, Scopus, Web of Science, entre otros.

¹ Definición de “escuela de derecho” formulada exclusivamente para efectos del proyecto general de investigación “Doctrina penal chilena del siglo XXI”.

Junto con lo anterior, se evaluará la productividad de los investigadores de cada escuela en base a los criterios de evaluación curricular para el concurso regular 2020 de FONDECYT, los cuales constituyen una medida estándar y objetiva para atribuir un puntaje a cada autor que dé cuenta de su mérito investigativo.

En atención a dicha valoración, la segunda parte de la memoria corresponde a un análisis cualitativo, el cual se enfocará en la obra del profesor Guillermo Oliver Calderón. La alta productividad de dicho autor provoca la necesidad de continuar con un examen descriptivo de sus publicaciones con el objeto de sistematizar su posición doctrinal y el aporte e influencia que ha ejercido en el estudio del derecho penal en Chile.

De este modo, se podrán establecer, en primer lugar, el o los ámbitos del derecho penal que han tenido un mayor desarrollo doctrinal en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, y que han constituido (y constituirán) un aporte en la dogmática y jurisprudencia penal a nivel nacional durante el siglo XXI.

CAPÍTULO I: LA ESCUELA DE DERECHO PENAL DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO DEL SIGLO XXI

1. Historia de la facultad de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso²

La facultad de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso es una de las nueve facultades de dicha universidad. Se encuentra integrada por una sola unidad académica, la Escuela de Derecho, y solo imparte esa carrera. Es la tercera facultad de derecho más antigua de Chile y la primera fuera de la capital. Tiene su sede en la Casa Central de la PUCV, en la ciudad de Valparaíso.

La Escuela de Derecho fue fundada en 1894 -cuando aún no existía la Universidad- como el “*Curso de Leyes de los Sagrados Corazones de Valparaíso*”, por iniciativa de dicha congregación, recogiendo la necesidad de la ciudad de Valparaíso por contar con estudios de Derecho, particularmente luego de la creación de la Corte de Apelaciones de Valparaíso en 1893.

La Pontificia Universidad Católica de Valparaíso se creó oficialmente el 15 de marzo de 1928 por decreto del Obispo Eduardo Gimbert Paut, con dos facultades: Industrias y Ciencias Aplicadas; y Comercio y Ciencias Económicas. El proyectado plantel no contemplaba la carrera de Derecho, sino que fue concebido como Instituto Superior Técnico-Comercial. El Curso de Leyes de los Sagrados Corazones no fue incorporado a la Universidad sino hasta 1947, año en que esta última y el Obispado de Valparaíso firmaron un convenio con la Congregación de los Sagrados Corazones. Se creó, en la Universidad, la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (hoy Facultad de Derecho), de la que fue Decano hasta su fallecimiento el profesor don Enrique Wiegand Frödden.

En 1953, la facultad -junto a las facultades de derecho de la Universidad de Concepción y de la Universidad Católica de Chile- obtuvo la potestad de otorgar por sí misma el grado de

² Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, *Historia* (s.f.), recuperado el 1 de noviembre de 2019 [<https://www.pucv.cl/uuaa/derecho/historia/2016-06-14/102538.html>].

Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales (que habilita para recibir de parte de la Corte Suprema el título de abogado), que antes recaía de manera exclusiva en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. En 1960 se modificó el convenio de 1947 con el objeto de complementar la integración a la Universidad, conservando, como homenaje, el nombre "Escuela de Derecho de los Sagrados Corazones". En 1967 los alumnos de la facultad de derecho, junto con los de la Escuela de Arquitectura y Diseño, lideraron la reforma universitaria, que se propagaría al resto de las universidades del país.

En lo que respecta a la docencia, desde fines de la década de los sesenta y principios de los setenta se promovieron becas para que los profesores perfeccionaran sus estudios en el extranjero, en áreas relevantes como el Derecho Penal, el Derecho Civil, Teoría y Filosofía del Derecho, Derecho Procesal y Derecho Administrativo. En la década de los ochenta la Escuela vio enriquecida su calidad docente con el regreso de los académicos becados.

La política se replicó durante la década de los noventa. Anticipándose al recambio generacional, se apoyó a jóvenes profesores para continuar sus estudios en el extranjero - principalmente en España y Alemania-, lo que permitió que desde fines de esa década y principios de 2000 se incorporaran nuevos profesores con los grados de Doctor y Magíster. Estas políticas tuvieron un fuerte desarrollo en el área penal, donde se incentivó la formación académica de excelencia en una buena parte de docentes, los cuales se especializaron en diversos aspectos criminales para posteriormente empezar a escribir publicaciones y a contribuir de manera creciente a la doctrina penal.

Fruto de lo anterior, la facultad de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso ha dado lugar en los últimos veinte años a una verdadera escuela de derecho penal, conformada por académicos fuertemente especializados y con una línea bien centrada en la investigación. Gran parte de esta escuela está compuesta por una nueva generación de profesores, jóvenes en su mayoría, que han aportado de una manera importante a la dogmática penal del siglo XXI.

2. Principales académicos de la escuela penal de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

El departamento de derecho penal y procesal penal de la facultad de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso está integrado por los académicos Luis Rodríguez Collao, Guillermo Oliver Calderón, Laura Mayer Lux, Jaime Vera Vega, Fabiola Girão Monteconrado, Gonzalo Agliati Vásquez, Juan Francisco Rivera Castro y Pablo Gómez Niada. Sin embargo, el análisis cuantitativo se enfocará en los cuatro primeros docentes, puesto que sólo respecto de ellos puede decirse que conforman una escuela penal en la PUCV, principalmente por su contundente aporte investigativo y por el número de publicaciones que han realizado. Conviene agregar, además, que solo estos cuatro profesores ostentan la calidad de académicos de planta de la facultad.

Los profesores agregados Fabiola Girão Monteconrado y Gonzalo Agliati Vásquez no serán incorporados debido a que la primera solo ha realizado publicaciones en portugués referentes a la legislación brasileña, en tanto que el segundo solo ha hecho una única publicación, de manera que no se puede establecer respecto de ellos una contribución importante a la dogmática penal chilena en el siglo XXI.

Por su parte, los profesores agregados Juan Francisco Rivera Castro y Pablo Gómez Niada no serán incluidos en esta investigación debido a que no registran publicaciones en el ámbito penal hasta la fecha.

2.1. Profesor Luis Rodríguez Collao

2.1.1. Biografía académica

Luis Rodríguez Collao estudió derecho en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, entre los años 1970 y 1975. En dicha casa de estudios fue ayudante en la cátedra de Derecho Penal del profesor Tito Solari Peralta. Posteriormente, realizó dos cursos de post grado: primero un Magister en Derecho en la Universidad de Chile y luego un Doctorado en Derecho, en la Universidad de Lérida, España. El título de su tesis doctoral fue: “El delito de abuso sexual. Estudio dogmático y crítico con base en el ordenamiento jurídico chileno” (2004), y sus

profesores guías fueron Josep María Tamarit Sumalla y Carolina Villacampa Estiarte. Sus principales influencias fueron Sergio Yáñez, en el magíster y Juan Bustos, en el doctorado.

Rodríguez Collao se desempeña como profesor de Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso desde el año 1981 hasta la fecha, habiendo pasado por todas las jerarquías: ayudante, instructor, auxiliar, adjunto y titular. Hoy en día, es docente en la calidad de académico de planta, investigador del departamento de derecho penal y procesal penal, y es hasta la actualidad, uno de los académicos más destacados y reconocidos en el área del Derecho Penal, tanto a nivel de su casa de estudios como a nivel nacional. En lo laboral, entre los años 1978 y 1992, ocupó el cargo de asesor jurídico en la Dirección Nacional de Aduanas de Chile, y entre 1990 y 1992 fue Fiscal de dicho Servicio.

El profesor Luis Rodríguez Collao ha formado a los docentes Guillermo Oliver Calderón, Laura Mayer Lux y Jaime Vera Vega, de los cuales fue profesor y una gran fuente de inspiración académica hasta la actualidad. Al respecto, el propio docente considera que su principal aporte en el mundo académico ha sido formar profesionalmente a diversas personas que actualmente profesan el derecho penal, el derecho procesal penal y la criminología, particularmente en lo referente a la parte especial del Derecho Penal -menciona, además de los tres académicos de su Facultad, a María Magdalena Ossandón, Felipe De La Fuente, Mauricio Rettig, Agustina Alvarado, Juan Sebastián Vera y Consuelo Murillo³.

Además de desarrollarse como docente e investigador de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, es miembro del cuerpo docente del Magíster en Derecho Penal y Ciencias Penales.

2.1.2. Escuela de pensamiento

En cuanto a cuál escuela de pensamiento adscribe, el profesor Luis Rodríguez Collao piensa que el trabajo dogmático no debe anteponer la adscripción a tal o cual esquema de pensamiento a lo que diga el texto de las normas que uno utiliza como base para desarrollar su

³ Lo anterior fue declarado por el profesor Luis Rodríguez Collao en la entrevista online concedida al redactor de esta memoria, con fecha 18 de mayo de 2020.

trabajo. Por ello, siempre ha procurado ajustar su actividad expositiva a lo que dice el texto del Código Penal, y en ese sentido, afirma que sus proposiciones dogmáticas son muy similares a las que exponen los profesores Politoff, Matus y Ramírez en sus Lecciones⁴.

2.1.3. Líneas de investigación

El profesor Rodríguez ha escrito numerosos libros y artículos de todo tipo de temáticas criminales, centrándose fundamentalmente en el desarrollo dogmático de los delitos contra la vida, los delitos contra la salud, los delitos contra la indemnidad sexual, los delitos contra la propiedad, los delitos contra la función pública, los delitos aduaneros, las falsedades documentales y las defraudaciones.

2.1.4. Proyectos de investigación

Tabla 1. Proyectos de investigación Luis Rodríguez Collao

Número	Fecha	Proyecto	Institución	Cargo
-	1991-1992	“Los principios rectores del derecho penal en la Constitución de 1980”	Dirección de investigaciones de la Universidad Católica de Valparaíso	Coinvestigador
-	1992	“Principios que rigen la actividad sancionatoria del Estado en el ámbito jurídico-aduanero”	FONDECYT	Investigador responsable
-	1993-1994	“Formulación de una teoría general de la responsabilidad penal con base en el Derecho chileno”	FONDECYT	Investigador responsable
-	2002-2004	“Protección penal de la fe pública y de las funciones estatales”	FONDECYT	Investigador responsable
-	2006-2008	“Protección penal del patrimonio público”	FONDECYT	Investigador responsable
N° 1070421	2007-2009	“Formulación de una teoría general de los delitos patrimoniales”	FONDECYT	Coinvestigador

⁴ Lo anterior fue declarado por el profesor Luis Rodríguez Collao en la entrevista online concedida al redactor de esta memoria, con fecha 18 de mayo de 2020.

N° 1090195	2009-2011	“Protección penal de la vida humana: estudio dogmático y crítico”	FONDECYT	Coinvestigador
N° 1121195	2012-2014	“Producción, difusión y almacenamiento de material pornográfico: estudio dogmático y crítico”	FONDECYT	Investigador responsable
N° 1149998	2015-2017	“El principio non bis in ídem y sus implicaciones para la actividad legislativa penal”	FONDECYT	Coinvestigador

2.1.5. Publicaciones del profesor Luis Rodríguez

A continuación, se expondrán las publicaciones que ha realizado Luis Rodríguez Collao, desde el año 2000 en adelante, relativas al objeto de esta investigación y ordenadas cronológicamente según el año de su publicación.

Tabla 2. Publicaciones Luis Rodríguez Collao⁵

Año	Título	Editorial/ Revista/Libro	Ubicación	Tipo de publicación	Coautoría	Puntaje Fondecyt⁶
2003	“Sobre la tutela de la función jurisdiccional”	<i>Revista de Derecho (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso)</i>	Vol. 24, 423-439	Artículo de revista	-	0.10
2004	“Delitos Sexuales”	<i>Editorial Jurídica de Chile, Santiago.</i>	-	Libro	-	0.75
2004	“Delimitación del concepto de abuso sexual”	Figueiredo Dias (Dir.), Guzmán Dálbora (Coord.), “ <i>El Penalista Liberal. Libro de Homenaje al Prof. Manuel de Rivacoba y Rivacoba</i> ”, Editorial Hammurabi, Buenos Aires.	579-586	Capítulo de libro	-	0.30
2004	“Sobre la cláusula de privación de sentido en el delito de abuso sexual”	<i>Boletín del Ministerio Público.</i>	-	Artículo de revista	-	0.10
2004	“Delimitación del concepto penal de corrupción”	<i>Revista de Derecho (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso).</i>	Vol. 25, 339-359	Artículo de revista	-	0.10

⁵ Solo se incluyen libros, capítulos de libros y artículos de revista que no constituyen textos repetidos. En cuanto a los libros, solo se agregan si la profesora o el profesor aludido es autor directo de la obra, no así cuando fue su coordinador o director. Tampoco se comprenderán los comentarios de jurisprudencia, reseñas, traducciones, ponencias, libros recopilatorios de artículos ya publicados con anterioridad y artículos de revista que no refieran al derecho penal o procesal penal.

⁶ Puntaje basado en los Criterios de Evaluación Curricular para el concurso regular 2020 en materia de Ciencias Jurídicas y Políticas. Disponibles en: <https://www.conicyt.cl/fondecyt/grupos-de-estudios/ciencias-juridicas-y-politicas/criterios-de-evaluacion-curricular-concurso-regular-2020-ciencias-juridicas-y-politicas/>.

2004	“Bien jurídico protegido en los delitos de falsedad”	<i>Revista de Derecho, (Universidad Católica de Temuco).</i>	Año 5, Nº 5, 113-135	Artículo de revista	Jaime Vera Vega	0.10
2005	“Delitos contra la función pública”	<i>Editorial Jurídica de Chile, Santiago.</i>	-	Libro	Magdalena Ossandón Widow	0.75
2005	“La función pública como objeto de tutela penal”	<i>Revista de Derecho (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso).</i>	Vol. 26, Nº 1, 325-340	Artículo de revista	-	0.10
2005	“Aspectos dogmáticos y político-criminales de la prevaricación administrativa”	<i>Revista de Derecho (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso).</i>	Vol. 26, Nº 2, 405-418	Artículo de revista	Magdalena Ossandón Widow	0.10
2006	“La desviación de fondos públicos: estudio dogmático y político-criminal”	<i>Revista de Derecho (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso).</i>	Vol. 27, Nº 2, 243-265	Artículo de revista	-	0.10
2006	“Sobre la regulación de los delitos contra la integridad sexual en el Anteproyecto de Código Penal de 2005”	<i>Política Criminal.</i>	Vol. 1, Nº 1, A1, 1-19	Artículo de revista	-	0.75
2007	“Bases criminológicas para el análisis jurídico-penal del comportamiento sexual abusivo”	José Urquijo (Dir.), Nelson Salazar (Coord.), “ <i>Modernas tendencias de dogmática penal y política criminal. Libro de homenaje al Dr. Juan Bustos Ramírez</i> ”, Editorial Idemsa, Lima.	-	Capítulo de libro	-	0.10
2007	“Protección penal del patrimonio público: el modelo legislativo español”	<i>Revista de Derecho (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso).</i>	Vol. 28, Nº 1, 189-203	Artículo de revista	-	0.30
2008	“Delitos contra la función pública” (2ª edición actualizada)	<i>Editorial Jurídica de Chile, Santiago.</i>	-	Libro	Magdalena Ossandón Widow	0.75
2008	“Criterios morales en la fundamentación del castigo de los delitos de significación sexual”	Myrna Villegas (Coord.), “ <i>Contribuciones críticas al sistema penal de la post modernidad. Libro de homenaje a la memoria del profesor Eduardo Novoa Monreal</i> ”, Ediciones Universidad Central, Santiago.	241-265	Capítulo de libro	-	0.10
2008	“La figura cualificada de abuso sexual del artículo 365 bis del Código Penal”	Luis Rodríguez Collao (Ed.), “ <i>Delito, pena y proceso. Libro homenaje a la memoria del</i>	357-380	Capítulo de libro	-	0.30

		<i>profesor Tito Solari Peralta</i> ”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.				
2008	“Fundamentos político-criminales de los delitos aduaneros”	José Fernández (Coord.), “ <i>Estudios de Ciencias Penales. Hacia una racionalización del derecho penal</i> ”, Legal Publishing, Valdivia.	311-339	Capítulo de libro	-	0.30
2008	“Protección penal del estatuto jurídico del matrimonio”	Alejandro Guzmán (autor) “ <i>Colección de estudios de derecho civil en homenaje a la profesora Inés Pardo de Carvallo</i> ”, Ediciones Universitarias de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso.	-	Capítulo de libro	-	0.10
2008	“Robo con violación”	<i>Revista de Derecho (Universidad Austral de Chile)</i>	Vol. 22, N° 1, 75-99	Artículo de revista	-	0.75
2009	“Robo con homicidio”	<i>Revista de Estudios de la Justicia.</i>	N° 11, 131-151	Artículo de revista	-	0.10
2010	“Delitos Aduaneros”	<i>Editorial Jurídica de Chile, Santiago.</i>	-	Libro	Magdalena Ossandón Widow	0.75
2010	“La muerte de la víctima con ocasión de un atentado sexual”	<i>Revista de Derecho (Universidad Católica del Norte).</i>	Vol. 17, N° 1, 51-99	Artículo de revista	-	0.30
2011	“Naturaleza y fundamento de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal”	<i>Revista de Derecho (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso).</i>	Vol. 36, N.º 1 397-428	Artículo de revista	-	0.30
2012	“Los principios rectores del derecho penal y su proyección en el campo de las circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal”	<i>Revista de Derechos Fundamentales.</i>	Nº8, 145-172	Artículo de revista	-	0.10
2013	“La noción de ‘mal producido por el delito’ en el ámbito de la criminalidad sexual”	Alex van Weezel (Ed.), “ <i>Humanizar y renovar el derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury</i> ”, Legal Publishing, Santiago.	921-962	Capítulo de Libro	-	0.30
2013	“Homicidio por premio o promesa remuneratoria”	Juan Pablo Mañalich (Coord.) “ <i>La ciencia penal en la Universidad de</i>	353-377	Capítulo de libro	-	0.10

		<i>Chile. Libro homenaje a los profesores del departamento de ciencias penales de la facultad de Derecho de la Universidad de Chile”, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago.</i>				
2013	“Criterios de agravación de la pena en los delitos de producción, difusión y almacenamiento de pornografía infantil”	<i>Revista de Derecho, (Universidad Austral de Chile)</i>	Vol. 26, Nº1, 145-166	Artículo de revista	-	0.75
2013	“La conducta típica del delito de producción de pornografía infanto-juvenil”	<i>Revista Doctrina y Jurisprudencia Penal.</i>	Nº 5, 25-42	Artículo de revista	Laura Mayer Lux	0.10
2014	“Delitos Sexuales” (2ª edición actualizada)	<i>Editorial Juridica de Chile, Santiago.</i>	-	Libro	-	0.75
2015	“El presente de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal: un estudio de derecho comparado”	Edison Carrasco (Coord.) “ <i>Libro Homenaje al Profesor Hernán Hormazábal Malarée</i> ”, Editorial Librotecnia, Santiago.	-	Capítulo de libro	-	0.10
2015	“Autoría y participación en el delito de producción de material pornográfico infanto-juvenil”	<i>Revista de Derecho (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso).</i>	Vol. 44, Nº 2, 131-150	Artículo de revista	Daniel Polanco Valdés	0.30

2.1.6. Puntuación de las publicaciones del profesor Luis Rodríguez:

Tabla 3. Puntuación publicaciones Luis Rodríguez Collao

Puntuación total de las publicaciones según criterios FONDECYT⁷		Puntuación para concurso FONDECYT regular 2020⁸	
Total	9.9	Total	1.15
Promedio	0.319	Promedio	0.383

⁷ Considera el puntaje FONDECYT de todas las publicaciones que incluye la tabla N° 2.

⁸ Considera el puntaje de las publicaciones desde el año 2014 en adelante, para así medir la productividad del (de la) investigador (a) responsable para el concurso regular 2020 de FONDECYT.

2.2. Profesor Guillermo Oliver Calderón

2.2.1. Biografía académica

Guillermo Oliver Calderón estudió derecho en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, titulándose como abogado en 1997. En dicha casa de estudios se desempeñó como ayudante en la cátedra de Derecho Penal del profesor Luis Rodríguez Collao. Su tesis de licenciatura, entregada en 1994, tuvo como título “El concepto de derecho permanente como elemento que distingue a los autos de las sentencias interlocutorias que fallan un incidente” y fue dirigida por el profesor guía Jorge Musa Abuauad.

Realizó estudios de Magíster en Derecho Penal y Ciencias Penales en la Universidad de Barcelona y Pompeu Fabra, en el año 2000, y un Doctorado en Derecho en la Universidad de Barcelona. Su tesis doctoral se tituló “Los principios de irretroactividad de las leyes penales desfavorables y de retroactividad de las leyes penales más benignas: fundamento y alcance” (2006) y fue dirigida por los profesores guías Jesús María Silva Sánchez y Ramón Ragués. Sus principales influencias en España fueron los profesores Santiago Mir Puig y Jesús María Silva Sánchez.

Desde el término de sus estudios de post grado, el profesor Guillermo Oliver Calderón se ha desarrollado como profesor e investigador de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Además, es miembro del cuerpo docente del Magíster en Derecho Penal y Ciencias Penales.

Junto con lo anterior, posee una notable trayectoria laboral. Entre 1997 y 2002 fue abogado auxiliar en la Sección Criminal de Valparaíso de la Corporación de Asistencia Judicial de la Región de Valparaíso; entre 1998 y 2002 se desempeñó como abogado asesor de la Secretaría Regional Ministerial de Justicia de la Quinta Región; entre 2002 y 2003 trabajó como abogado del Centro de Atención Integral a Víctimas de Delitos Violentos de Viña del Mar, de la Corporación de Asistencia Judicial de la Región de Valparaíso; entre 2003 y 2006 fue abogado asesor del Fiscal Regional del Ministerio Público de la Región de Valparaíso, y en los años 2014, 2015 y 2019 se desempeñó como abogado integrante de la Iltma. Corte de Apelaciones de Valparaíso.

2.2.2. Escuela de pensamiento

En cuanto a su escuela de pensamiento, el profesor Guillermo Oliver sostiene que adscribe a lo que se ha denominado *funcionalismo moderado*, ya que en sus investigaciones tiende a considerar algunos principios políticos criminales al momento de elaborar conceptos y proponer interpretaciones legales⁹.

2.2.3. Líneas de investigación

En su labor académica, ha escrito numerosas publicaciones en distintos ámbitos del derecho penal, aunque sus principales líneas de investigación han sido la retroactividad e irretroactividad de la ley penal, la sucesión de leyes penales, la determinación de la pena, el cohecho, las medidas cautelares en el proceso penal, las justicia penal negociada, y sobre todo, los delitos contra la propiedad.

2.2.4. Proyectos de investigación

Tabla 4. *Proyectos de investigación Guillermo Oliver Calderón*

Número	Fecha	Proyecto	Institución	Cargo
N° 1020657	2002-2003	“Protección penal de la fe pública y de las funciones estatales: estudio dogmático y crítico”	FONDECYT	Ayudante de investigación
-	2003	“Demanda por servicios de defensa penal para las regiones V, VI, VIII y X”	Defensoría Penal Pública	Consultor externo
N° 162750/2005	2005	“Protección penal del patrimonio público: estudio dogmático y crítico”	Pontificia Universidad Católica de Valparaíso	Ayudante de investigación
N° 162756/2006	2006	“Delitos de apropiación por medios materiales: estudio dogmático y crítico”	Pontificia Universidad Católica de Valparaíso	Investigador responsable

⁹ Lo anterior fue declarado por el profesor Guillermo Oliver Calderón en la entrevista online concedida al redactor de esta memoria, con fecha 2 de mayo de 2020.

N° 1070421	2007-2009	“Formulación de una teoría general de los delitos contra el patrimonio con base en el derecho chileno: estudio dogmático y crítico”	FONDECYT	Investigador responsable
N° 1100901	2010-2012	“El proceso de determinación de la pena: estudio dogmático y crítico”	FONDECYT	Investigador responsable
N° 1130422	2013-2015	“Formulación de una teoría general de las medidas coercitivas contra el imputado en el proceso penal con base en el derecho procesal penal chileno: estudio dogmático y crítico”	FONDECYT	Investigador responsable
N° 1161066	2016-2018	“Los delitos informáticos en el ordenamiento jurídico chileno: análisis dogmático y crítico, y propuestas de <i>lege ferenda</i> ”	FONDECYT	Coinvestigador
N° 1170946	2017-2019	“Formulación de una teoría general de los mecanismos de renuncia al juicio oral con base en el derecho procesal chileno: estudio dogmático y crítico”	FONDECYT	Investigador responsable

2.2.5. Publicaciones del profesor Guillermo Oliver

A continuación, se expondrán las publicaciones que ha realizado Guillermo Oliver Calderón, a lo largo de su trayectoria¹⁰, relativas al objeto de esta investigación y ordenadas cronológicamente según el año de su publicación.

Tabla 5. Publicaciones Guillermo Oliver Calderón

Año	Título	Editorial/ Revista	Ubicación	Tipo de publicación	Coautoría	Puntaje Fondecyt
1997	“Sentencia interlocutoria y derechos permanentes”	<i>Editorial Jurídica Conosur, Santiago</i>	-	Libro	-	0.10
2000	“Taxatividad, fragmentariedad, prevención y constitucionalidad en la regulación de los tipos básicos de agresiones y abusos sexuales en el Código Penal español de 1995”	<i>Revista de Ciencias Penales (España)</i>	Vol. 3, Nº1, 155-172	Artículo de revista	-	0.10
2000	“El fundamento del principio de irretroactividad de la ley penal”	<i>Revista de Derecho (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso)</i>	Vol. 21, 79-94	Artículo de revista	-	0.10
2003	“¿Irretroactividad de las variaciones jurisprudenciales desfavorables en materia penal?”	<i>Revista de Derecho (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso)</i>	Vol. 24, 355-378	Artículo de revista	-	0.10
2003	“Últimas modificaciones en la regulación del delito de cohecho (Ley Nº 19.829)”	<i>Revista Chilena de Derecho</i>	Vol. 30, 39-53	Artículo de revista	-	0.75
2004	“¿Debe aplicarse la ley penal intermedia más favorable?”	<i>Revista de Derecho (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso)</i>	Vol. 25, 305-323	Artículo de revista	-	0.10
2005	“Aproximación al delito de cohecho”	<i>Revista de Estudios de la Justicia</i>	Nº 5, 83-115	Artículo de revista	-	0.10

¹⁰ El presente estudio conlleva una especial referencia al trabajo desarrollado por el profesor Oliver, por lo que se considera necesario, para efectos de entender mejor sus posturas dogmáticas, incluir al listado de publicaciones de este autor, las efectuadas con anterioridad al año 2000.

2005	“Análisis crítico de las últimas modificaciones legales en materia de hurto- falta”	<i>Revista de Derecho (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso)</i>	Vol. 26, Nº 1, 295-307	Artículo de revista	-	0.10
2006	“¿Puede aplicarse la nueva ley de responsabilidad penal de adolescentes antes de su entrada en vigor?”	<i>La Semana Jurídica</i>	Nº 304, 8-9	Artículo de revista	-	0.10
2007	“Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales”	<i>Editorial Jurídica de Chile, Santiago.</i>	-	Libro	-	0.75
2007	“Efecto despenalizador de la nueva ley de responsabilidad penal de adolescentes”	<i>La Semana Jurídica</i>	Nº 305, 3	Artículo de revista	-	0.10
2007	“La aplicación temporal de la nueva regla de cómputo del plazo de prescripción de la acción penal a delitos sexuales con víctimas menores de edad”	<i>Revista de Derecho (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso)</i>	Vol. 29, Nº 2, 257-266	Artículo de revista	-	0.30
2008	“¿Constituye un orden de prelación el listado de causas de sobreseimiento definitivo del artículo 250 del Código Procesal Penal?”	<i>Revista de Derecho (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso)</i>	Nº 31, 357-366	Artículo de revista	-	0.30
2008	“Inconstitucionalidad del nuevo delito de enriquecimiento ilícito”	Luis Rodríguez Collao (Coord.), “ <i>Delito, pena y proceso. Libro homenaje a la memoria del profesor Tito Solari Peralta</i> ”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.	463-480	Capítulo de libro	-	0.30
2008	“La nueva regla de cómputo del plazo de prescripción de la acción penal en delitos sexuales con víctimas menores de edad: algunos problemas interpretativos”	José Fernández (Ed.), “ <i>Hacia una racionalización del derecho penal chileno. Actas de las IV Jornadas Chilenas de Derecho Penal y Ciencias Penales</i> ”, Legal Publishing, Santiago.	263-273	Capítulo de libro	-	0.30
2009	“Modificaciones en la regulación del delito de giro fraudulento de cheque: análisis desde la teoría de la sucesión de leyes”	<i>Política Criminal</i>	Vol. 4, Nº 7, A2, 1-30	Artículo de revista	-	0.75
2009	“Seguridad jurídica y derecho penal”	<i>Revista de Estudios de la Justicia</i>	Nº 11, 181-199	Artículo de revista	-	0.10
2010	“Aspectos procesales del contrabando propio e impropio”	Luis Rodríguez Collao, María Magdalena Ossandón Widow	239-276	Capítulo de libro	-	0.30

		(Autores), “ <i>Delitos Aduaneros</i> ”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.				
2011	“Estructura típica común de los delitos de hurto y robo”	<i>Revista de Derecho (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso)</i>	Nº 36, 359-395	Artículo de revista	-	0.30
2011	“¿No puede aplicarse el artículo 68 bis del Código Penal después de una compensación racional entre atenuantes y agravantes?”	<i>Revista de Derecho (Pontificia Universidad Católica del Norte)</i>	Vol. 18, Nº 1, 171-182	Artículo de revista	-	0.30
2012	“Aspectos penales y procesales de la agravante de pluralidad de malhechores en los delitos de hurto y robo”	<i>Revista de Derecho (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso)</i>	Nº 39, 235-249	Artículo de revista	--	0.30
2012	“Aproximación a la unificación de penas”	<i>Política Criminal</i>	Vol. 7, Nº 14, 248-275	Artículo de revista	-	0.75
2012	“Vulneraciones de derechos fundamentales en la regulación de los delitos de hurto y robo”	<i>Revista de Derechos Fundamentales</i>	Nº8, 15-44	Artículo de revista	-	0.10
2013	“Delitos contra la propiedad”	<i>Legal Publishing, Santiago.</i>	-	Libro	-	0.75
2013	"La exasperación de la pena en el concurso material de delitos: la reiteración de delitos de la misma especie"	<i>Revista de Derecho (Universidad Austral de Chile)</i>	Vol. 26, Nº 2, 167-188	Artículo de revista	-	0.75
2013	“Consideraciones sobre el hurto de hallazgo”	Alex van Weezel (Ed.), “ <i>Humanizar y renovar el Derecho Penal. Estudios en memoria de Enrique Cury</i> ”, Legal Publishing, Santiago.	963-975	Capítulo de libro	-	0.30
2013	“Consideraciones sobre la violencia y la intimidación en el robo”	Juan Pablo Mañalich (Coord.), “ <i>La ciencia penal en la Universidad de Chile. Libro homenaje a los profesores del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile</i> ”, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago.	463-479	Capítulo de libro	-	0.10

2014	“Algunos problemas de la regulación de los delitos de hurto y robo con fuerza en las cosas”	<i>Doctrina y Jurisprudencia penal</i>	Nº 18, 3-30	Artículo de revista	-	0.10
2016	“¿Aplicabilidad en el actual sistema procesal penal de las medidas cautelares personales especiales en materia de delitos contra la indemnidad sexual?”	<i>Revista de Derecho (Universidad Austral de Chile)</i>	Vol. 29, Nº 1, 275-295	Artículo de revista	-	0.75
2016	“Algunos problemas de aplicación de reglas de determinación legal de la pena en el Código Penal chileno”	<i>Política Criminal</i>	Vol. 11, Nº 22, 766-793	Artículo de revista	-	0.75
2017	“Algunos problemas de la regulación de los recursos de apelación y nulidad en el Código Procesal Penal”	<i>Doctrina y Jurisprudencia Penal</i>	Nº 29, 43-60	Artículo de revista	-	0.10
2017	“Sobre la determinación del recurso que cabe contra la sentencia definitiva en el procedimiento simplificado”	Diego Palomo (Dir.), Jordi Delgado, Raúl Núñez (Coords.), “ <i>Recursos procesales. Problemas actuales</i> ”, Der Ediciones, Santiago.	351-370	Capítulo de libro	-	0.10
2018	“Problemas interpretativos del artículo 149, inciso segundo del Código Procesal Penal”	<i>Ius et Praxis</i>	Vol. 24, Nº 1, 293-328	Artículo de revista	-	0.75
2018	“Facultades autónomas de la policía en el sistema procesal penal chileno”	<i>Revista de Derecho (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso)</i>	Vol. 51, 35-67	Artículo de revista	-	0.30
2018	“Necesidad de algunas reformas en el sistema recursivo del proceso penal chileno”	Renée Rivero, Juan Marín (Dirs.), Francisco Ferrada (Coords.), “ <i>Reformas necesarias a la justicia chilena. VI Jornadas Nacionales de Derecho Procesal. Tomo I</i> ”, Librotecnia, Santiago.	435-453	Capítulo de libro	-	0.10
2019	“Reflexiones sobre los mecanismos de justicia penal negociada en Chile”	<i>Revista Chilena de Derecho</i>	Vol. 46, Nº 1, 451-475	Artículo de revista	-	0.75
2019	“Dos proyecciones de la teoría del delito en la imposición de medidas cautelares personales en el proceso penal chileno”	<i>Revista de Derecho (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso)</i>	Nº 53, 177-197	Artículo de revista	-	0.30
2019	“La tesis del profesor Politoff sobre el ánimo de lucro en la apropiación	Roberto Navarro (Comp.), “ <i>El delito de apropiación</i> ”	23-38	Capítulo de libro	-	0.10

	indebida: una proyección en la interpretación de los delitos de hurto y robo”	<i>indebida</i> ”, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago.				
2019	“Acuerdos en el proceso penal: hacia la morigeración de su carácter coactivo”	Percy García, Alejandro Chinguel (Coords.), “ <i>Derecho Penal y Persona. Libro homenaje al Prof. Dr. H.C. Mult. Jesús-María Silva Sánchez</i> ”, Editorial Ideas, Lima	1059-1076	Capítulo de libro	-	0.10
2019	“Algunas proyecciones de la teoría del delito en la imposición de medidas cautelares personales en el proceso penal chileno”	Mirentxu Corcoy, Víctor Gómez (Dirs.), “ <i>Teoría del delito y proceso penal: ¿dos instrumentos conciliables?</i> ”, B de F/ Edisofer, Buenos Aires, Montevideo/Madrid	-	Capítulo de libro	-	0.30

2.2.6. Puntuación de las publicaciones del profesor Guillermo Oliver:

Tabla 6. Puntuación publicaciones Guillermo Oliver Calderón

Puntuación total de las publicaciones según criterios FONDECYT		Puntuación para concurso FONDECYT regular 2020	
Total	12.9	Total	4.5
Promedio	0.322	Promedio	0.346

2.3. Profesora Laura Mayer Lux

2.3.1. Biografía académica

Laura Mayer Lux estudió derecho en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. En dicha casa de estudios, fue ayudante en la cátedra de Derecho Penal del profesor Luis Rodríguez Collao, colaboró como ayudante de investigación en el ámbito de los delitos contra el patrimonio público y participó como personal técnico de apoyo en proyectos FONDECYT del profesor Rodríguez. Asimismo, integró el equipo de investigación de un proyecto de la profesora Magdalena Ossandón, sobre delitos contra la vida.

Motivada a hacer un post grado por el profesor Rodríguez, postuló y se adjudicó en el año 2007 una Beca de Doctorado, ofrecida por el Servicio Nacional de Intercambio Estudiantil de Alemania (DAAD) y CONICYT. Esto le permitió ingresar a la Universidad de Bonn en 2008, donde –contrario a lo que le había recomendado el profesor Rodríguez de especializarse en derecho procesal penal – siguió la línea del derecho penal en materia de defraudaciones, específicamente, en estafas. Los académicos José Luis Guzmán (UV) y Héctor Hernández (UDP), fueron grandes inspiradores para la profesora Mayer, y la ayudaron a definir y precisar adecuadamente su objeto de investigación.

Gracias al consejo del profesor Hernández, optó por contactarse con uno de los referentes en defraudaciones de la Universidad de Bonn, el profesor Urs Kindhauser, con quien trabajó durante su doctorado. El objeto de estudio del doctorado de Laura Mayer fue “el engaño concluyente en la estafa” – denominados por algunos como *engaño tácito* -, que corresponde a la conducta del sujeto que comete el delito.

Terminada su tesis doctoral, regresó a Chile el año 2012, y se comunicó con los profesores Luis Rodríguez y Guillermo Oliver, manifestándoles su disponibilidad y deseo de trabajar en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Luego de las conversaciones que sostuvo con estos profesores, se dio la coyuntura de que la profesora Magdalena Ossandón se iba a nuevos proyectos laborales, lo que le permitió a Laura incorporarse en la Universidad, primero como profesora agregada, y luego como académica de planta en la escuela.

Además de desarrollarse como docente e investigadora de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, es miembro del cuerpo docente del Magíster en Derecho Penal y Ciencias Penales.

2.3.2. Escuela de pensamiento

La profesora Laura Mayer, al igual que el profesor Luis Rodríguez Collao, no adscribe a ninguna escuela de pensamiento específica, pero asegura que puede coincidir teóricamente con ciertas escuelas en la medida que le parezcan correctos sus planteamientos doctrinales¹¹.

Con todo, es menester destacar el hecho que la profesora Mayer realizó estudios de doctorado en la Universidad de Bonn, lugar en el cual trabajó muy de cerca con el profesor Urs Kindhauser. Lo anterior es un antecedente para considerar el acercamiento objetivo de Laura Mayer a la teoría analítica del hecho punible, al menos en la época de sus estudios de posgrado.

2.3.3. Líneas de investigación

La profesora Laura Mayer ha aportado principalmente en el estudio de la Parte Especial del Derecho Penal, con especial énfasis en las estafas, defraudaciones y el derecho penal económico, así como en la criminalidad informática. También, aunque en menor medida, ha dedicado parte de sus investigaciones a los delitos de tráfico vehicular y a los fundamentos del derecho penal.

2.3.4. Proyectos de investigación

Tabla 7. Proyectos de investigación Laura Mayer Lux

Número	Fecha	Proyecto	Institución	Cargo
Nº 11121373	2012-2014	“La delimitación del tipo penal de estafa en el ordenamiento jurídico chileno”	FONDECYT	Investigadora responsable

¹¹ Lo anterior fue declarado por la profesora Laura Mayer Lux en la entrevista online concedida al redactor de esta memoria, con fecha 20 de agosto de 2020.

-	2015-2016	“El cybercrimen: aspectos criminológicos y bien jurídico tutelado” (<i>Computerkriminalität: Kriminologische Aspekte und geschütztes Rechtsgut</i>)	Fundación Alexander von Humboldt	Investigadora de beca postdoctoral
N° 1161066	2016-2019	“Los delitos informáticos en el ordenamiento jurídico chileno: análisis dogmático y crítico, y propuestas de lege ferenda”	FONDECYT	Investigadora responsable

2.3.5. Publicaciones de la profesora Laura Mayer

A continuación, se expondrán las publicaciones que ha realizado Laura Mayer Lux, desde el año 2000 en adelante, relativas al objeto de esta investigación y ordenadas cronológicamente según el año de su publicación.

Tabla 8. Publicaciones Laura Mayer Lux

Año	Título	Editorial/ Revista	Ubicación	Tipo de publicación	Coautoría	Puntaje Fondecyt
2007	“El patrimonio del estado como objeto de protección penal”	<i>Revista de Derecho (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso)</i>	Vol. 28, Nº 29-2, 205-234	Artículo de revista	-	0.30
2009	“Obtención fraudulenta de prestaciones estatales”	<i>Revista de Derecho (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso)</i>	Vol. 30, Nº 32-1, 283-325	Artículo de revista	-	0.30
2011	“La vida del que está por nacer como objeto de protección legal”	<i>Revista de Derechos Fundamentales</i>	Nº 5, 63-80	Artículo de revista	-	0.10
2011	“Autonomía del paciente y responsabilidad penal médica”	<i>Revista de Derecho (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso)</i>	Vol. 37, N.º 2, 371-413	Artículo de revista	-	0.30
2012	“El delito de infanticidio: un caso de inconstitucionalidad de la ley penal”	<i>Revista de Derechos Fundamentales</i>	Nº 8, 119-143	Artículo de revista	-	0.10
2013	“La estafa como delito económico”	<i>Revista de Derecho (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso)</i>	Vol. 41, Nº 2, 183-209	Artículo de revista	-	0.30
2014	“Relevancia jurídico-penal de la conducción vehicular sin la correspondiente licencia”	<i>Doctrina y Jurisprudencia Penal</i>	Edición especial, 115-131	Artículo de revista	Jaime Vera Vega	0.10
2014	“Almacenamiento de pornografía en cuya elaboración se utilice a menores de dieciocho años: un delito asistemático, ilegítimo e inútil”	<i>Política Criminal</i>	Vol. 9, Nº 17, 27-57	Artículo de revista	-	0.75

2014	“El ánimo de lucro en los delitos contra intereses patrimoniales”	<i>Revista de Derecho (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso)</i>	Nº 42, 285-319	Artículo de revista	-	0.30
2014	“El engaño concluyente en el delito de estafa”	<i>Revista Chilena de Derecho</i>	Vol. 41, Nº 3, 1017-1048	Artículo de revista	-	0.75
2014	“La falsificación de instrumentos privados: ¿una estafa especial?”	<i>Revista de Derecho (Universidad Austral de Chile)</i>	Vol. 27, Nº 2, 217-241	Artículo de revista	-	0.75
2015	“Historia del objeto material del delito de falsedad documental punible”	<i>Revista de Estudios Histórico-Jurídicos Pontificia Universidad Católica de Valparaíso</i>	Vol. 37, 325-246	Artículo de revista	Jaime Vera Vega	0.10
2016	“Las paradojas de la estafa-falta”	<i>Política Criminal</i>	Vol. 11, Nº 21, 172-200	Artículo de revista	-	0.75
2017	“El bien jurídico protegido en los delitos informáticos”	<i>Revista Chilena de Derecho</i>	Vol. 44, Nº 1, 235-260	Artículo de revista	-	0.75
2018	“Autorización de plantas de revisión técnica e imputación objetiva en delitos culposos de tráfico vehicular”	<i>Revista de Derecho (Universidad Austral de Chile)</i>	Vol. 31, Nº 1, 325-345	Artículo de Revista	Jaime Vera Vega	0.75
2018	"Historia del falso testimonio: orígenes y antecedentes de su regulación en el Código Penal chileno de 1874"	<i>Revista de Estudios Histórico-Jurídicos Pontificia Universidad Católica de Valparaíso</i>	Nº 40, 341-370	Artículo de revista	Jaime Vera Vega	0.10
2019	"El documento como objeto material de las falsedades documentales y del sabotaje informático en el Derecho penal chileno"	<i>Política Criminal</i>	Vol. 14, Nº 27, 419-455	Artículo de revista	Jaime Vera Vega	0.75

2.3.6. Puntuación de las publicaciones de la profesora Laura Mayer

Tabla 9. Puntuación publicaciones Laura Mayer Lux

Puntuación total de las publicaciones según criterios FONDECYT		Puntuación para concurso FONDECYT regular 2020	
Total	7.25	Total	5.85

Promedio	0.426	Promedio	0.531
-----------------	-------	-----------------	-------

2.4. Profesor Jaime Vera Vega

2.4.1. Biografía académica

Jaime Vera Vega estudió derecho en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, entre los años 1996 y 2000. Su tesis de pregrado se tituló “El delito de tráfico de influencias”, dirigida por el profesor guía Luis Rodríguez Collao.

Aunque inicialmente pensó en estudiar un postgrado en Derecho Civil, gracias a la motivación de los profesores Luis Rodríguez Collao y Guillermo Oliver Calderón, se convenció por especializarse en Derecho Penal. De esa manera, realizó estudios de Máster en Derecho Penal y Ciencias Penales en la Universidad Pompeu Fabra y Barcelona, en España, el cual estuvo codirigido por los profesores Silva Sánchez y Mir Puig. Más tarde, estudió un doctorado en derecho en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, que finalizó en el año 2017. Su tesis doctoral se titula “Los delitos de falsedad documental: análisis de su regulación a la luz de los límites del Ius Puniendi y los principios de técnicas legislativa” (2017), y fue dirigida por las profesoras Mirentxu Corcoy Bidasolo, de la Universidad de Barcelona, y Laura Mayer Lux, de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

Desde el año 2004 ejerce como profesor de Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, inicialmente como profesor agregado, y actualmente en la calidad de académico de planta. En ella, ha contribuido fuertemente a la investigación penal, y ha sido compañero de trabajo de todos los profesores de esta memoria, en especial de la profesora Laura Mayer Lux, con quien ha coescrito más de 10 artículos, y quien fue su profesora guía de doctorado. Además de desarrollarse como docente e investigador de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, es miembro del cuerpo docente del Magíster en Derecho Penal y Ciencias Penales.

2.4.2. Escuela de pensamiento

El profesor Jaime Vera no respondió por su escuela de pensamiento. Sin embargo, el mismo se ha reconocido como un discípulo del profesor Luis Rodríguez Collao, de manera que es dable suponer que adopta un pensamiento similar en esta materia. Además, sirve como una

aproximación a su pensamiento el hecho que el profesor Vera realizó estudios de magíster en las Universidades de Pompeu Fabra y Barcelona, el cual estuvo codirigido por los profesores Santiago Mir Puig y Jesús María Silva Sánchez.

2.4.3. Líneas de investigación

Las investigaciones del profesor Jaime Vera se enfocan principalmente en las falsedades documentales y los delitos de tráfico vehicular.

2.4.4. Proyectos de investigación

Tabla 10. Proyectos de investigación Jaime Vera Vega

Número	Fecha	Proyecto	Institución	Cargo
Nº 111804	2018-2019	“Los delitos de falsedad de documentos relativos al tráfico vehicular en el derecho penal chileno: análisis dogmático y técnico legislativo”	FONDECYT	Investigador responsable

2.4.5. Publicaciones del profesor Jaime Vera

A continuación, se expondrán las publicaciones que ha realizado Jaime Vera Vega, desde el año 2000 en adelante, relativas al objeto de esta investigación y ordenadas cronológicamente según el año de su publicación.

Tabla 11. Publicaciones Jaime Vera Vega

Año	Título	Editorial/ Revista	Ubicación	Tipo de publicación	Coautoría	Puntaje Fondecyt
2013	“Las medidas de seguridad en la ley de responsabilidad penal adolescente (un análisis de sus disposiciones desde la perspectiva de la peligrosidad”	<i>Doctrina y Jurisprudencia Penal</i>	Nº12, 57-101	Artículo de revista	-	0.10
2014	“Relevancia jurídico-penal de la conducción vehicular sin la correspondiente licencia”	<i>Doctrina y Jurisprudencia Penal</i>	Edición especial, 115-131	Artículo de revista	Laura Mayer Lux	0.10
2015	“Historia del objeto material del delito de falsedad documental punible”	<i>Revista de Estudios Histórico-Jurídicos Pontificia Universidad Católica de Valparaíso</i>	Vol. 37, 325-246	Artículo de revista	Laura Mayer Lux	0.10
2018	“Autorización de plantas de revisión técnica e imputación objetiva en delitos culposos de tráfico vehicular”	<i>Revista de Derecho (Universidad Austral de Chile)</i>	Vol. 31, Nº 1, 325-345	Artículo de Revista	Laura Mayer Lux	0.75
2018	"Historia del falso testimonio: orígenes y antecedentes de su regulación en el Código Penal chileno de 1874"	<i>Revista de Estudios Histórico-Jurídicos Pontificia Universidad Católica de Valparaíso</i>	Nº 40, 341-370	Artículo de revista	Laura Mayer Lux	0.10
2019	"El documento como objeto material de las falsedades documentales y del sabotaje informático en el Derecho penal chileno"	<i>Política Criminal</i>	Vol. 14, Nº 27, 419-455	Artículo de revista	Laura Mayer Lux	0.75

2.4.6. Puntuación de las publicaciones del profesor Jaime Vera:

Tabla 12. Puntuación publicaciones Jaime Vera Vega

Puntuación total de las publicaciones según criterios FONDECYT		Puntuación para concurso FONDECYT regular 2020	
Total	1.9	Total	1.8
Promedio	0.316	Promedio	0.36

CAPÍTULO II: ANÁLISIS DESCRIPTIVO DEL DESARROLLO DÓGMATICO DEL PROFESOR GUILLERMO OLIVER CALDERÓN

1. Análisis de la obra del Profesor Guillermo Oliver Calderón

El análisis cualitativo de los planteamientos doctrinales de la escuela de derecho penal de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso se enfocará en las publicaciones del profesor más productivo de dicha escuela en el presente siglo. Si bien es cierto que el Doctor Luis Rodríguez Collao ha sido el principal formador de los académicos de dicha escuela, en la actualidad es el profesor Guillermo Oliver Calderón quien representa una productividad dogmática más abundante y el que posee el mayor número de publicaciones en los últimos veinte años¹². Por lo tanto, el análisis descriptivo se realizará respecto de la obra del profesor Guillermo Oliver Calderón.

2. Desarrollo Dogmático en la Parte General del Derecho Penal

2.1. Fundamentos de la ley penal

Aunque el grueso de la obra del profesor Guillermo Oliver no se refiere a los fundamentos y límites de la ley penal, es rescatable el artículo “Seguridad jurídica y derecho penal” (2009), donde el académico analiza el cumplimiento de las exigencias de la seguridad jurídica (tanto en su vertiente objetiva como subjetiva) en la práctica del derecho penal.

Frente a la disparidad de conceptos y definiciones de “seguridad jurídica”, el profesor prefiere distinguir entre “seguridad jurídica objetiva” y “seguridad jurídica subjetiva”, y a partir de esta clasificación procede a esbozar sus consideraciones respecto a la concreción en el sistema penal de las exigencias que suponen cada una de ellas.

¹² En efecto, la Puntuación Fondecyt de Guillermo Oliver durante los últimos veinte años es de 12.9, mientras que la de Luis Rodríguez Collao es de 9.9, lo que indica una mayor productividad dogmática del primero.

Primeramente, la noción objetiva de la seguridad jurídica “entiende ésta como una exigencia de regularidad estructural y funcional del sistema jurídico a través de sus normas e instituciones” (Oliver, 2009, pág. 184). Lo anterior implica que las leyes deben ser promulgadas y publicadas, claras, estrictas, sin lagunas, irretroactivas y estables, y que los poderes estatales y los ciudadanos se sujeten a la legalidad. Para el profesor Oliver, actualmente el nivel de cumplimiento de estas exigencias no es tan elevado como sería deseable.

Respecto a la exigencia de claridad de las leyes, Oliver sostiene que una buena parte de las normas que se redactan adolecen de falta de claridad, puesto que se ha hecho patente muchas veces la ausencia de prolijidad, la complejidad y la equivocidad del lenguaje que se emplea por el legislador. A lo anterior, se suma la tendencia neocriminalizadora que ha imperado en las legislaciones en los últimos años, y que ha tenido como consecuencia la promulgación sucesiva de numerosas leyes penales -e incluso leyes no criminales- que tipifican nuevas conductas como delitos. Este aluvión normativo eleva la oscuridad de las disposiciones y produce que “el ordenamiento jurídico penal se presente más inaccesible y menos claro para los ciudadanos, atendida la magnitud que alcanza” (Oliver, 2009, pág. 188)

Otro tanto ocurre con la falta de taxatividad o determinación que se puede avizorar en algunas normas penales. Diversos autores han criticado el cada vez mayor desconocimiento e infracción de este principio, lo que se debería a factores tan diversos como la imposibilidad de utilizar términos unívocos en la ley, la escasez de recursos técnicos y económicos del legislador, la necesidad de vaguedad en la regulación con miras a la justicia, entre otros. Oliver pone como ejemplo el artículo 241 bis del Código Penal, relativo al delito de enriquecimiento ilícito, cuyo problema de taxatividad es analizado más adelante en este trabajo.

En lo que dice relación a la necesaria permanencia de la ley en el tiempo – o su inmutación dentro de plazos relativamente extensos, Oliver observa que, por regla general, las leyes criminales sí mantienen una cierta estabilidad temporal antes de modificarse o derogarse, de manera que contribuirían a la seguridad jurídica. Con todo, existen casos donde se ha generado una constante mutación legal, afectándose la seguridad jurídica, como por ejemplo los reiterados cambios que se han sucedido en la regulación de los delitos sexuales.

Por lo que respecta a la exigencia de que las leyes no presenten lagunas, es frecuente sostener que las leyes penales no las presentan. Lo anterior se afirma no porque cubran todas las conductas humanas indeseables, sino porque si una determinada conducta no está tipificada simplemente no es delito, y por tanto no tiene incidencia en materia criminal. Sin embargo, para el académico sí es posible hablar de lagunas de punición de las leyes penales, que consisten en “conductas humanas que se estiman lo suficientemente indeseables como para merecer estar tipificadas en una ley a pesar de los cual no lo están” (Oliver, 2009, pág. 192), lo que ocurriría frecuentemente después de un modificación legal hecha con descuido.

Por otro lado, tenemos la noción subjetiva de la seguridad jurídica, que se concibe como el conocimiento del derecho por parte de sus destinatarios, “y que importa la exigencia de que los ciudadanos sepan cuál es el derecho vigente, para que puedan realizar conductas presentes y planificar sus futuras actuaciones con un razonable grado de previsibilidad acerca de su valoración jurídica” (Oliver, 2009, pág. 194). Para Guillermo Oliver, esto es más un mito que una realidad.

En efecto, para que las personas puedan realizar lo anterior es necesario que existan mecanismos directos que los pongan en contacto con las normas. Sin embargo, los medios que producen este contacto son más bien indirectos, de manera que sólo se puede aspirar a un conocimiento aproximado e impreciso de las leyes. El principal medio es la publicación de las leyes en el Diario Oficial, mecanismo que Oliver considera insuficiente porque, en primer lugar, no todas las personas tienen acceso a él, y, en segundo lugar, porque el lenguaje técnico que se utiliza en muchas leyes impide que el común de los ciudadanos pueda comprender su sentido. Esto, sin mencionar que muchas veces, incluso cuando no se utiliza un lenguaje excesivamente técnico, las palabras que se utilizan pueden tener varios significados.

Además, la falta de cumplimiento de varias exigencias de seguridad jurídica objetiva redundan en una muy dificultosa comprensión del ordenamiento jurídico por parte de los ciudadanos. Así, por ejemplo, en lo que respecta a la exigencia de claridad, la ausencia de prolijidad, la complejidad y la equivocidad del lenguaje impiden un cabal conocimiento de las normas por parte de las personas. Lo mismo ocurre con la infracción al principio de taxatividad.

2.2. **Ámbito de aplicación de la ley penal**

Durante los primeros años del siglo XXI, el profesor Guillermo Oliver centró buena parte de su investigación en el aspecto temporal del ámbito de aplicación de la ley penal, particularmente los problemas interpretativos frente a los principios de retroactividad e irretroactividad de la ley penal, sobre los cuales el académico escribió tres artículos, su propia tesis doctoral y el libro “Retroactividad e irretroactividad de la ley Penal” (2007).

Como punto de partida de sus investigaciones, Oliver analiza primeramente la justificación del principio de irretroactividad en su artículo “El fundamento del principio de irretroactividad de la ley penal” (2000). En este trabajo, el académico comienza desechando una a una las diversas teorías que han pretendido fundamentar la existencia de este principio básico, para finalmente sostener que sólo una es la correcta: la noción de seguridad jurídica. Así, se establece que acudir al principio de culpabilidad, a las teorías de la prevención general o a la motivación de las normas podría servir para explicar la irretroactividad de las leyes penales que tipifican nuevos delitos, pero no la de las leyes que se limitan a agravar penas de delitos ya tipificados. También, se rechaza la alusión a la naturaleza de las normas, a la justicia, a la teoría de los derechos adquiridos y la idea de dignidad de las personas por ser insuficientes en su argumentación.

Además, descarta la referencia al principio de legalidad, toda vez que, si bien la irretroactividad es una parte de éste, dicho principio no explica el fundamento ni el porqué de la existencia del principio de irretroactividad. Finalmente, el profesor Oliver sostiene que solamente la seguridad jurídica sirve como fundamento para el principio de irretroactividad, en el sentido que si tanto las leyes que tipifican nuevos delitos como las que agravan penas de delitos ya tipificados pudieran ser dictadas o aplicadas retroactivamente, los ciudadanos no podrían saber a qué atenerse. Esta conclusión es reafirmada por el profesor en su libro “Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales” (2007), donde además precisa que constituye una opinión mayoritaria en la doctrina y hace suya la argumentación de Silva Sánchez en el sentido que:

“el principio de irretroactividad responde a innegables exigencias de seguridad jurídica y, por tanto, de garantía de las libertades individuales, que se

verían afectadas si el sujeto pudiera ser sancionado por una ley que no pudo tener en cuenta en el momento de realización del hecho” (Oliver, "Retroactividad e irretroactividad de la ley penal", 2007, págs. 98-99).

Muy relacionado con la publicación anterior, Oliver nos presenta también el artículo “¿Irretroactividad de las variaciones jurisprudenciales desfavorables en materia penal?” (2003), donde se pronuncia sobre la posibilidad de extender la prohibición de retroactividad de la ley penal a las variaciones jurisprudenciales desfavorables al reo. Si bien lo hace principalmente desde la óptica del derecho español, varias de sus consideraciones son igualmente aplicables a la legislación chilena.

Para Guillermo Oliver, “no solamente es posible, sino también necesario aplicar la prohibición de retroactividad a las variaciones jurisprudenciales desfavorables” (Oliver, 2003, pág. 366). Para sustentar su tesis, el académico se hace cargo de las diferentes posiciones doctrinales al respecto, tanto a favor como en contra.

Concuerda con quienes sostienen que el fundamento de la existencia del principio de irretroactividad –la seguridad jurídica- obliga necesariamente a prohibir la retroactividad de los cambios jurisprudenciales cuando estos son más gravosos. Si lo que se busca al asegurar la irretroactividad de la ley penal es impedir que las personas se vean sorprendidas por reacciones imprevistas e imprevisibles de los poderes estatales, resulta necesario extender su aplicación a las variaciones perjudiciales de la jurisprudencia. De lo contrario, la seguridad jurídica no estaría protegida.

Frente a quienes señalan que los artículos 9.3 y 25.1 de la Constitución española, al garantizar la irretroactividad, sólo emplean la expresión “legislación” y no “jurisprudencia”, Oliver responde que no debe olvidarse que el propio artículo 9.3 garantiza expresamente la seguridad jurídica, la que, como se señaló en el párrafo anterior, quedaría burlada si no se extiende la irretroactividad a los cambios jurisprudenciales desfavorables.

El profesor sostiene que ante la existencia de tipos penales en que no se ha respetado el principio de taxatividad, en la práctica son los tribunales quienes se encargan de paliar la falta de determinación de estos tipos y definir las fronteras de la conducta punible. En ese entendido,

si es la jurisprudencia quien se encarga de complementar dichos tipos penales, es más que necesario y coherente que también le afecte a ella la prohibición de retroactividad que le afecta a la ley.

Oliver afirma que, aún en los casos de tipos penales que sí cumplan el principio de taxatividad, es aplicable la irretroactividad de los cambios jurisprudenciales desfavorables. Ello, porque el derecho presenta lagunas necesitadas de integración, elementos normativos, cláusulas generales y otros términos legales necesitados de concreción, lo que supone reconocerle a los jueces una labor creadora de derecho. La concepción que prohibía esta facultad creadora por parte del juez, entendiendo que sólo debe aplicar la ley de manera formal y neutral, está superada.

El docente rechaza a quienes niegan la irretroactividad de la jurisprudencia en base a la figura del error de prohibición (solución subjetiva). Estos autores sostienen que si la jurisprudencia no considera punible una conducta y un sujeto la realiza, habiendo tenido a la vista tal orientación de los tribunales y sin haber podido prever la antijuricidad de su comportamiento, ese sujeto no puede ser condenado si la jurisprudencia cambia su parecer, porque habría incurrido en un error de prohibición invencible y, por tanto, la absolución se producirá de todas maneras. Sin embargo, Oliver sostiene que lo anterior sólo se aplica cuando la jurisprudencia posterior declara ilícita una conducta que antes no lo era, pero no cuando los tribunales ya consideraban delictiva una conducta y la variación jurisprudencial agrava su penalidad. Además, en el extremo, este planteamiento podría llegar a considerar que sólo podrían delinquir quienes conozcan las orientaciones de la jurisprudencia, puesto que, si se invoca el error de prohibición para excluir la pena, basta con que se alegue que la jurisprudencia estimaba lícita la conducta al momento de su comisión, de manera que sólo tendrían conciencia de ilicitud quienes conozcan las interpretaciones de los tribunales.

Oliver no concuerda con quienes señalan que la irretroactividad de los cambios jurisprudenciales perjudiciales implique un abandono del mandato de determinación del legislador, al ver que la ciudadanía se guía más por los fallos que por la ley. El profesor sostiene que el legislador no debe, ni puede, renunciar a su deber de formular las leyes penales con la mayor precisión posible. Además, sostiene que los ciudadanos de todas maneras seguirán

orientando su conducta por las leyes. Primero, porque existen varias normas sobre las cuales no ha habido un pronunciamiento jurisprudencial. Segundo, porque aún en los ámbitos donde sí ha habido jurisprudencia, es la ley la que da la primera pauta acerca de qué es lo prohibido y que lo permitido.

Tampoco comparte el profesor la afirmación de que extender la prohibición de retroactividad a la jurisprudencia implicaría la paralización de esta, sustentada en que los tribunales se verían impedidos de realizar cualquier modificación en la interpretación y aplicación de la ley. Oliver señala que cuando se propone aplicar la irretroactividad no se piensa en quitar a la jurisprudencia su carácter retrospectivo, sino sólo en evitar que a los hechos juzgados se les aplique un criterio más perjudicial que el que los tribunales tenían al momento de su comisión. No se quiere decir que se niegue la facultad de modificar de opinión a los tribunales de justicia, tan sólo se está pidiendo que un cambio jurisprudencial agravatorio no pueda tener carácter retroactivo, porque lesiona la garantía constitucional de seguridad jurídica.

El académico se opone a quienes rechazan la irretroactividad de la jurisprudencia porque supondría la posibilidad de introducir en las sentencias cláusulas del tipo *Von nun an* (“de ahora en adelante”), en circunstancias que los artículos 142 y 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal contemplan solo dos posibilidades de sentencia: absolución o condena, sin aludir a una eventual cláusula de dicha clase. El profesor sostiene que, como se debe dar vigencia práctica a la seguridad jurídica (uno de los principios constitucionales que se deben seguir a la hora de interpretar y aplicar la ley), los jueces están facultados para introducir este tipo de cláusulas. Así, por ejemplo, si se trata de sancionar un hecho que al momento de su realización era considerado delictivo por la jurisprudencia, y hay ahora un criterio más gravoso para su penalidad, el hecho se sancionaría conforme al criterio vigente al momento de su comisión (o sea, condenando) y, además, se incluiría una cláusula *Von un an*, anunciando el nuevo criterio para futuros casos.

Guillermo Oliver sostiene que una forma para que opere la irretroactividad en los cambios jurisprudenciales desfavorables es acudir a la analogía *in bonam partem* para aplicar la prohibición de castigar un delito con una pena que no se halle prevista en una ley anterior a su perpetración, consagrada en el artículo 2.1. del Código Penal español. Además, otra

herramienta que puede intentarse es interponer un recurso de casación por infracción de preceptos constitucionales, fundado en la vulneración del artículo 9.3. de la Constitución española, en lo referente a la garantía de seguridad jurídica.

Por último, el académico fundamenta la prohibición de irretroactividad de las variaciones jurisprudenciales en la idea de que la ley y la interpretación jurisprudencial conforman un todo inseparable llamado “norma”. Así, si la jurisprudencia cumple un rol complementador de las leyes (mediante su interpretación), según el artículo 1.6 del Código Civil español, entonces es dable sostener que el ordenamiento jurídico está incompleto si no se le interpreta judicialmente; la norma jurídica se completa con su interpretación. De esta manera, cuando el artículo 25.1 de la Constitución española habla de “legislación”, se alude a la legislación interpretada. Esta argumentación puede extenderse a Chile, en el sentido que cuando la Constitución chilena (artículo 19 N° 3) y el Código Penal (artículo 18) aluden a una ley promulgada con anterioridad a la perpetración del hecho, se refieren a una ley promulgada interpretada.

Luego de estas consideraciones, Oliver se encamina a explicar el alcance de la prohibición de retroactividad señalada, respondiendo a tres interrogantes. Primero, frente a la pregunta de si es procedente la prohibición sólo cuando ha habido jurisprudencia constante o si también procede frente a jurisprudencia contradictoria, el profesor afirma que, al estar fundamentada en la seguridad jurídica, sólo es procedente aplicar dicha prohibición cuando ha sido constante porque únicamente una jurisprudencia de este tipo permite a los ciudadanos tener confianza en una determinada interpretación del texto legal. Segundo, sobre si la extensión alcanza a cualquier tribunal o sólo a la jurisprudencia de los tribunales superiores, nuevamente basándose en la seguridad jurídica, el académico señala que la irretroactividad debe predicarse para cualquier variación jurisprudencial que pueda conculcar dicho principio, sin distinción de tribunales. Y finalmente, ante la duda de si debe exigirse alguna importancia de la variación jurisprudencial o si basta cualquier cambio, por insignificante que sea, el profesor Oliver sostiene que lo determinante no es si la variación de criterio se considera nimia o importante, si no si su aplicación retroactiva vulnera o no la seguridad jurídica.

Finalmente, el profesor Oliver reconoce que esta tesis no ha encontrado respaldo en la jurisprudencia, de manera que el principio de irretroactividad de las variaciones jurisprudenciales desfavorables al reo parece ser un mero anhelo de un sector de la doctrina. De hecho, el propio Tribunal Supremo español ha señalado que el principio de irretroactividad es aplicable sólo a la ley y no a la jurisprudencia.

Otra publicación que resulta relevante es el artículo “¿Debe aplicarse la ley penal intermedia más favorable?” (2004), donde el profesor sostiene lo contrario a lo que piensa la doctrina y jurisprudencia mayoritaria respecto de esta interrogante: las leyes intermedias más benignas no deben aplicarse en Chile.

Primeramente, analiza el fundamento del principio de retroactividad de la ley penal más favorable. Oliver rechaza los distintos postulados que ha entregado la doctrina para entender la justificación de este principio: consideraciones de justicia, razones de humanidad, fines de defensa social, cambio en la valoración de la conducta, vulneración del principio de igualdad ante la ley, contravención al principio de legalidad y teorías de fundamentaciones complejas.

El profesor considera, en cambio, que el fundamento de la retroactividad de la ley más benigna es el principio de proporcionalidad en sentido amplio o prohibición de exceso. Así, si se dicta una ley que elimina la ilicitud de un hecho, la pena consagrada por el mismo hecho conforme a la anterior ley ya no cumpliría ningún efecto de prevención general ni especial. Por tanto, no aplicar retroactivamente la nueva ley importaría vulnerar el principio de proporcionalidad en sentido amplio o prohibición de exceso, porque se impondría una sanción que no sería idónea, necesaria ni proporcionada para el fin de prevención de delitos. De la misma manera, en el caso de una ley que reduce la penalidad de un hecho, el exceso de pena impuesta por el hecho, conforme a la ley anterior, tampoco cumpliría efectos de prevención.

Luego, Oliver critica la aplicabilidad de las leyes penales intermedias más benignas, al contrario de la que piensa la doctrina y jurisprudencia mayoritaria. Para el profesor, “no hay razones sólidas para sostener la aplicabilidad de la ley penal intermedia más favorable” (Oliver, 2004, pág. 319). En efecto, sólo consideraciones humanitarias podrían llevar a defender la aplicación retroactiva de una ley más benigna que no estaba en vigencia cuando se realizó el

hecho y que tampoco rige al momento del fallo. Sin embargo, -como se ve en el párrafo anterior- Oliver sostiene que no son motivos humanitarios los que justifiquen la retroactividad *in bonam partem*, sino que es el principio de prohibición de exceso (proporcionalidad en sentido amplio).

En ese sentido, el académico afirma que no hay nada en el principio de prohibición de exceso que obligue a aplicar retroactivamente una ley penal intermedia más benigna, porque ninguna de las exigencias de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto conduce a ello. En efecto, cada una de estas exigencias obliga a tener en cuenta, por un lado, la ley que se encontraba en vigencia al momento de realizarse el hecho, y por otro, la que rige en el momento de la sentencia, para compararlas en la determinación de la más benigna. No cabe en esta comparación tomar en consideración leyes que hayan podido existir en el tiempo intermedio.

Así, si se aplicase una ley intermedia más favorable que la que rige al tiempo de la sentencia, se estaría imponiendo una pena que no cumpliría con la exigencia idoneidad, ya que al momento del fallo el legislador ha hecho una nueva valoración, según la cual la sanción prevista en esta ley intermedia no se considera adecuada para cumplir sus fines de prevención. Por lo mismo, tampoco se cumplirían las exigencias de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, ya que estos requisitos parten de la base de que la pena sea apta para alcanzar sus fines. Luego, no es posible afirmar que al aplicar la pena consagrada en la ley intermedia más favorable se esté imponiendo una sanción que cumpla sus fines de la forma menos gravosa posible, porque, de acuerdo a la propia valoración actual del legislador, ya no logra conseguir sus fines.

A lo anterior, Oliver añade que no parece lógico aplicar al tiempo de la sentencia una valoración jurídica que no existía cuando se cometió el delito, y que tampoco existe al momento de su dictación. Además, a juicio del académico, el artículo 18 del Código Penal, en su inciso 2º, no alude, ni siquiera implícitamente, a las leyes intermedias. Esta norma sólo se refiere a una comparación entre la ley vigente al momento de la perpetración del delito y la que rige al tiempo del fallo, para aplicar, de las dos, la que resulta más favorable.

Si bien el académico admite que no dar aplicación a las leyes penales intermedias más benignas puede conducir, en ciertas ocasiones, a resultados injustos, sostiene que el fundamento de la retroactividad *in bonam partem* no es la justicia, sino el principio de prohibición de exceso. Además, no cree que negar aplicación a las leyes penales intermedias más favorables sea atentatorio contra la seguridad jurídica, toda vez que la seguridad jurídica no es fundamento de la retroactividad *in bonam partem*, sino de la irretroactividad de las leyes penales desfavorables. Luego, en caso de existir eventuales expectativas de no recibir sanción por el delito previamente cometido o de recibir un trato penal más favorable, estas no pueden estimarse garantizadas por el legislador, ya que la retroactividad de las leyes penales más benignas no es una garantía para los ciudadanos.

2.3. Determinación e individualización de las penas

En la última década, el profesor Oliver presentó varios aportes respecto de las reglas de determinación de penas, tanto del Código Penal como del Código Procesal Penal, principalmente relativos a los problemas interpretativos que estas normas han generado en la doctrina y la jurisprudencia.

Primeramente, es menester referirse al artículo “¿No puede aplicarse el artículo 68 bis del Código Penal después de una compensación racional entre atenuantes y agravantes?” (2011), en el cual Oliver sostiene que el artículo 68 bis del Código Penal no sólo es aplicable cuando concurre una única circunstancia atenuante muy calificada, sino que también procede cuando, luego de compensadas las agravantes y atenuantes concurrentes en un caso, subsiste una sola atenuante -que es muy calificada-. El profesor rebate una a una las argumentaciones que han esgrimido la doctrina y la jurisprudencia para llegar a la conclusión contraria.

Para sostener que la mencionada disposición procede sólo cuando concurre una única circunstancia atenuante muy calificada, los tribunales han recurrido en ocasiones a una argumentación literal, según la cual esto es así debido a que la norma utiliza la frase “cuando sólo concorra una atenuante muy calificada”. Frente a ello, Oliver responde que la norma no distingue si esa atenuante debe ser la única circunstancia modificatoria, o si ella subsiste después de una compensación racional entre agravantes y atenuantes. Si lo que quería el legislador era

que la disposición fuera aplicable sólo en el primer caso, debiese haber incluido expresamente la frase “sin que concurra ninguna agravante”, cosa que no hace.

Otras veces, se ha sostenido una argumentación histórica, según la cual el requisito de no concurrir ninguna agravante que se exige para ciertos incisos del artículo 65 del Código Penal sería aplicable también al artículo 68 bis puesto que ambas disposiciones fueron creadas por la Ley 17.772, en 1972. Sin embargo, para el profesor Oliver no hay nada en la tramitación de esta ley que permita sostenerlo: ni en el mensaje presidencial, ni en la discusión parlamentaria de sala, ni en la discusión parlamentaria de comisión se insinúa algo así.

Es más, durante la tramitación de dicha ley, se explicitó por parte de los parlamentarios que ella buscaba beneficiar a los imputados, lo que es mucho más compatible con la idea de que el artículo 68 bis sí puede aplicarse luego de una compensación racional entre agravantes y atenuantes. En efecto, la interpretación que sostiene que esta norma sólo es procedente en caso de que concurra una única circunstancia atenuante muy calificada, “no parece compatible con la benignidad explícitamente buscada por el creador de la ley, ya que se aplicaría en muy pocos casos” (Oliver, 2011, pág. 176).

Además, se ha planteado un argumento sistemático que sostiene que la rebaja contemplada en el artículo 68 bis se cuenta desde el mismo punto de inicio que las rebajas de uno, dos o tres grados que prevén los artículos 65 a 68 para la concurrencia de dos o más atenuantes -el mínimo legal-, de manera que dichas normas no se superponen. Para Oliver lo anterior es cierto, pero ello no implica que el artículo 68 bis no pueda aplicarse después de una compensación racional entre agravantes y atenuantes.

Por el contrario, de acuerdo a una correcta interpretación sistemática, dado que de los artículos 65 a 68 se desprende que la concurrencia de una sola atenuante no permite rebajar el marco penal en grado alguno, con el artículo 68 bis el legislador quiso permitir esta rebaja cuando concurriese una sola atenuante muy calificada, sea que se trate de la única que acompaña al hecho, sea que se trate de la que subsiste después de una compensación racional. Para Oliver, es como si el texto del artículo 68 bis se repitiera en todos los artículos anteriores,

inmediatamente después de regularse el efecto de la concurrencia de una sola atenuante, de manera que, si aquella es calificada, se podrá rebajar la pena en un grado.

Resulta relevante referirse también al artículo “Algunos problemas de aplicación de reglas de determinación legal de la pena en el Código Penal chileno” (2016), donde el profesor Oliver intenta solucionar ciertos problemas interpretativos de tres reglas de determinación de penas escasamente analizados y sistematizados por la doctrina, a pesar de su alta concurrencia en la práctica.

a) Regla relativa a la forma de efectuar aumentos o disminuciones de penas.

Primeramente, el profesor sostiene que la manera de realizar el aumento de una pena compuesta debe realizarse desde el máximo (es decir, elevarse a partir de su grado máximo, con lo que, una vez incrementada, se convierte en un solo grado de pena). Respecto del aumento en los casos de reiteración de delitos de la misma especie, nos remitimos a lo que se esbozará cuando se analice el artículo “La exasperación de la pena en el concurso material de delitos: la reiteración de delitos de la misma especie” (2013). Luego, se refiere a las restantes hipótesis en que procede aumentar la pena asignada a un delito, compuesta por dos o más grados: las circunstancias modificatorias. A este respecto, el artículo 68 inciso cuarto del Código Penal dispone expresamente que, no concurriendo circunstancias atenuantes y habiendo dos o más circunstancias agravantes, el aumento debe hacerse desde el grado máximo de la pena. Sin embargo, la ley no señala como debe hacerse este aumento en el caso de ciertas agravantes de efectos extraordinarios encontradas en diferentes normas del Código Penal (como el artículo 72, 290, 331 y 400), según las cuales basta sólo una agravante para aumentar la pena en grado (y no dos o más, como en el caso del artículo 68 inciso cuarto).

Para Oliver, una argumentación sistemática conduce a la conclusión de que, en estos últimos casos, la pena también debe aumentarse desde el grado máximo. Si según los artículos 67 y 68 del Código Penal, es sólo una pluralidad de agravantes la que permite aumentar la pena en un grado, y cuando se trata de una pena compuesta dicho aumento debe imponerse desde el grado inmediatamente superior al máximo determinado por la ley, sería absurdo concluir que cuando ésta ha querido endurecer el tratamiento punitivo de un hecho, estableciendo una

agravante que, excepcionalmente, sirve por sí sola para aumentar la pena en grado, la aplicación de dicha agravación a un marco penal compuesto tuviera que traducirse en un aumento en bloque, “ya que esto haría posible imponer una pena inferior a la aplicable en el régimen general de agravación” (Oliver, 2016, pág. 774). La interpretación de la ley no debe llevar a que un hecho más grave reciba un tratamiento punitivo de menor intensidad que uno menos grave. Además, el aumento desde el máximo es más coherente con el Código Penal, que dispone que para la rebaja de los marcos penales compuestos debe hacerse siempre a partir del grado mínimo. atenuantes.

En otro orden de ideas, el profesor analiza ciertos problemas respecto al aumento o disminución de grados de la pena contenidos en el artículo 59 del Código Penal. Primero, avizora el hecho que la pena de suspensión de cargo u oficio público o profesión titular se encuentra tanto en la escala N° 4 como en la escala N° 5, de manera que ante un aumento de grado se puede arribar a dos penas diferentes: inhabilitación absoluta en el primer caso, inhabilitación temporal en el segundo. Para el profesor Oliver, esto se trata de un supuesto especial de penas alternativas, en cuya elección el juez deberá utilizar los mismos criterios que el académico señala para las hipótesis de penas alternativas expresamente contempladas en la ley (a saber, los criterios del artículo 69 del Código Penal).

Luego, Oliver se refiere al problema de aumentar grados cuando se llega al tope máximo de la respectiva escala y todavía es necesario seguir subiendo, particularmente respecto de las escalas N° 4 y N° 5, para las cuales el artículo 77 inciso cuarto del Código Penal impone la sanción superior de la respectiva escala (inhabilitación perpetua) y, además, la pena de reclusión menor en su grado medio. Oliver rechaza a quienes plantean que esta última pena de privación de libertad se impone *en vez* de la pena superior de la respectiva escala, puesto que la ley es clara al usar la expresión “se agravarán con la reclusión menor en su grado medio”, frase que no puede significar otra cosa más que la aplicación conjunta de las penas de inhabilitación y reclusión. Con todo, reconoce que hay buenas razones para sostener que cuando las inhabilitaciones perpetuas aparecen como penas copulativas junto con otras penas privativas de libertad, éstas absorben a las que se derivan de la agravación de las primeras, de manera que la agravación de las penas superiores de las escalas N° 4 y N° 5 no tendría lugar.

Finalmente, el profesor se cuestiona qué sucede cuando hay que realizar aumentos o rebajas de penas no comprendidas en las escalas del artículo 59 (como la privación temporal o definitiva de la licencia de conducir). Para el académico, en estos casos el aumento de la pena no puede proceder si la ley no ha establecido la forma de hacerlo. En la hipótesis de rebaja, se debe distinguir: si la disminución se debe a que el delito no se ha consumado o a que el sujeto no intervino como autor, el hecho debe quedar impune. En cambio, si la rebaja responde a la concurrencia de atenuantes, procede aplicar analógicamente las reglas para disminuir las sanciones en las escalas graduales e imponer una multa.

b) Regla relativa a las penas alternativas

El profesor Oliver analiza también la regla del artículo 61, inciso tercero del Código Penal, la cual dispone que, si se designan para un delito penas alternativas, no estará obligado el tribunal imponer a todos los responsables la misma. Al académico le llama la atención el hecho que la legislación no mencione expresamente qué criterios debe utilizar el juzgador a la hora de elegir una u otra pena, y le resulta aún más sorprendente que la doctrina, en general, tampoco se haya hecho cargo del tema, considerando los numerosos casos en que se disponen penas alternativas en el Código Penal.

Para Oliver, a falta de texto legal, los criterios que deben considerarse a este respecto son los contenidos en el artículo 69 del Código Penal, a saber: el número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes, y la mayor o menor extensión del mal producido por el delito. Lo anterior, porque en las etapas de individualización de la responsabilidad penal cobran importancia los fines de la pena, y la cláusula del artículo 69 se muestra idónea para recoger y aplicar dichos fines. Además, el profesor añade que estos mismos criterios debiesen considerarse en los casos de penas principales facultativas

c) Regla relativa a la rebaja de pena de la complicidad en las faltas.

Por último, el profesor Oliver se refiere a la complicidad en las faltas, la cual debe castigarse con una pena que no exceda a la mitad de la que le corresponde al autor, conforme el artículo 498 del Código Penal. El académico rechaza la opinión de quienes afirman que esta regla solamente es aplicable a las faltas cuya pena señalada para el autor sea pecuniaria, de

manera que tratándose del hurto-falta del artículo 494 bis del Código Penal (que contempla la sanción de prisión en su grado mínimo a medio y multa de una a cuatro U.T.M.), sólo cabría sancionar al cómplice con la multa allí señala, mas no con la pena privativa de libertad.

Para Oliver, lo anterior no es aceptable, y sostiene que la regla de punición del cómplice de una falta se aplica con total independencia de cuál sea la sanción señalada para el autor. En efecto, no considera correcto el argumento esgrimido por esta doctrina relativo a que la ley no define qué es la mitad de una pena privativa de libertad compuesta, toda vez que, conforme al sentido natural y obvio de las palabras, se debe sencillamente dividir la sanción en dos y aplicar la mitad inferior, es decir, realizar el mismo procedimiento contemplado en el artículo 67 inciso tercero del Código Penal para calcular el mínimo de un grado de pena divisible cuando concurre una atenuante.

2.4. Concursos de delitos

En el marco de este tópico, es importante referirnos al artículo “La exasperación de la pena en el concurso material de delitos: la reiteración de delitos de la misma especie” (2013), donde el profesor examina varios problemas interpretativos relativos a la aplicación de la regla de penalidad de reiteración de delitos de la misma especie del artículo 351 del Código Procesal Penal, además de algunos casos de reiteración de delitos sometidos a reglas especiales.

En primer lugar, el profesor Oliver se refiere al concepto de “delitos de la misma especie”, que el inciso final del artículo 351 define como aquellos que afectaren el mismo bien jurídico. Para el profesor, no es necesaria una identidad exacta de bienes jurídicos afectados para considerar dos o más delitos como pertenecientes a una misma especie, razón por la cual nada impide aplicar esta regla de reiteración de delitos de la misma especie a hipótesis de varios delitos pluriofensivos. Así, “lo único que se requiere es que en todos los delitos concurrentes exista, al menos, un mismo bien jurídico común” (Oliver, 2013, pág. 171).

En segundo lugar, alude a la posibilidad de estimar varias infracciones como un solo delito, en relación a la implicancia que esto tiene en la aplicabilidad de los incisos primero y segundo del artículo 351. A este respecto, el profesor rechaza el planteamiento de la doctrina mayoritaria, según la cual el criterio que se debe utilizar para considerar que varias infracciones

pueden estimarse como un solo delito es que las penas de los distintos delitos se encuentren estructuradas sobre bases acumulables que se puedan sumar. Para esta doctrina, si las bases acumulables pueden sumarse (como ocurre en los hurtos y estafas), se debe aplicar el inciso primero; si no es así, entonces procede el inciso segundo. En cambio, Oliver sostiene que el verdadero criterio de distinción debe consistir, simplemente, en examinar si los varios delitos de la misma especie configuran una reiteración de un mismo delito o de delitos distintos. En el primer caso, cabría aplicar el inciso primero; en el segundo caso, el inciso segundo.

En tercer lugar, el profesor Oliver se refiere al momento en que deben considerarse las circunstancias modificatorias en el inciso primero del artículo 351. En efecto, en el inciso segundo se señala expresamente que esto se debe hacer antes de efectuar el aumento de grados de la pena, pero en el inciso primero la ley nada dice. Para el profesor, no puede efectuarse aquí una argumentación *a contrario sensu*, sino que lo que se indica en el inciso segundo también debe observarse en el primero, en aras de una interpretación armónica del precepto. Para Oliver, “carecería de sentido que en un caso (inciso primero) las circunstancias modificatorias se consideraran después de efectuado el aumento de pena y en el otro (inciso segundo), antes de dicho aumento” (Oliver, 2013, pág. 175).. Luego, en ambos casos el aumento debe hacerse después de graduar la pena según las circunstancias modificatorias concurrentes.

En cuarto lugar, Oliver trata la forma en que debe hacerse el aumento de la pena, lo que resulta particularmente relevante cuando se trata de un marco penal compuesto. El profesor rechaza los planteamientos de numerosos autores que señalan que el aumento debe hacerse en bloque (es decir, aumentando tanto el grado inferior como el superior del marco), aumentarse desde el mínimo (es decir, elevando solo su grado inferior) o aumentarse en uno o dos grados su límite superior, manteniendo el límite inferior. Para Oliver, es preferible que el aumento que ordena el artículo 351 se realice desde el máximo, es decir, imponiendo el grado de pena inmediatamente superior al máximo del marco. Según el académico, “así lo sugiere una interpretación sistemática que tome en cuenta los efectos que la ley asigna a la concurrencia de dos o más agravantes y ninguna atenuante cuando la pena de un delito consta de dos o más grados (artículo 68, inciso 4 del Código Penal (Oliver, 2013, pág. 178)). Además, las otras tres formas antes señaladas presentan el problema de que distorsionan el sistema de la exasperación,

al permitir la aplicación de una pena que ya estaba comprendida dentro del marco penal disponible antes de efectuar el aumento.

En quinto lugar, respecto a la comparación entre la regla del artículo 351 del Código Procesal Penal y la del artículo 74 del Código Penal para determinar cuál sanción resulta más benigna, hay autores que establecen que hay que atender sólo a consideraciones cuantitativas, acerca de la duración temporal de las penas posibles a imponer (y no cualitativas). Sin embargo, el profesor Oliver sostiene que es perfectamente posible hacer también una comparación cualitativa en relación con la gravedad. Es decir, estima procedente realizar consideraciones que la teoría de la sucesión de leyes penales suele hacer para dilucidar cuál ley (la vigente al tiempo del hecho o la que entra en vigor con posterioridad) es más benigna.

En sexto lugar, el profesor Oliver rechaza a quienes sostienen que no es posible aplicar conjuntamente, en un mismo proceso, las reglas concursales de los artículos 351 del Código Procesal Penal y el artículo 74 del Código Penal, de manera que, si entre las varias infracciones objeto de una condena hay algunas que son de la misma especie y otras que no, sólo cabe aplicar la regla del artículo 74 del Código Penal. En cambio, Oliver afirma que es totalmente procedente que si en un mismo juicio se condena a alguien por varios delitos, algunos de los cuales son de la misma especie y otros no, a los primeros debe aplicarse la regla del artículo 351 Código Procesal Penal y a los segundos las del artículo 74 del Código Penal, puesto que no se advierte alguna razón material que justifique una limitación como la antes mencionada y tampoco es una práctica que se observe en la jurisprudencia.

Finalmente, Oliver se refiere a las reiteraciones de delitos de la misma especie sujetas a reglas especiales, donde pone especial ahínco en la regla del artículo 451 del Código Penal, relativa a la reiteración de hurtos contra una misma persona o contra distintas personas en un mismo lugar. Respecto de esta norma, afirma primeramente que no se trata de un delito continuado tratado con severidad, como han sostenido algunos, sino que es más bien un concurso material de delitos tratado con benignidad. Luego, precisa que esta disposición resulta aplicable en pocos casos toda vez que al ordenar imponer la pena en su grado superior (y no aumentarla en un grado), necesariamente debe tratarse de hurtos cuya sanción contemple un marco penal compuesto, lo que sólo sucede en los casos del artículo 446 N° 1 y el artículo 494

bis del Código Penal. Además, sostiene que si la aplicación de esta norma conlleva a una pena cuya sanción supera a la suma de las penas que correspondiere según el artículo 74 del Código Penal, debiese aplicarse esta última norma, por contener la regla general en materia de concursos de delitos.

Por otra parte, destaca también el artículo denominado “Aproximación a la unificación de penas” (2012), donde el académico examina la regla de determinación de pena contemplada en el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales, los cambios que en su configuración supuso la reforma procesal penal, sus requisitos de procedencia y algunos aspectos procesales.

Primeramente, Oliver señala que el fundamento de esta figura es evitar que cuando exista una pluralidad de procesos que se sigan en contra de una misma persona, por distintos hechos que pudieran ser juzgados conjuntamente, la suma de las condenas impuestas en cada caso genere una situación más gravosa para el imputado, al resultar superior, por su naturaleza o cuantía, a las penas que habría correspondido imponer si se hubiera efectuado un juzgamiento conjunto.

Sin embargo, a pesar de que lo anterior fue también el fundamento del antiguo artículo 160 del Código Orgánico de Tribunales, en el nuevo sistema procesal penal desaparece la acumulación obligatoria de procesos seguidos contra un mismo inculpado como una facultad del tribunal (como disponía dicha norma). Actualmente, es el Ministerio Público, en su calidad de director de la investigación penal, quien decide, por razones de conveniencia, agrupar o separar investigaciones. Así, esta situación se produce ya no por motivos puramente procedimentales, sino que, por razones de política criminal, de estrategia en la persecución o simples necesidades de administración del servicio.

En segundo lugar, Oliver se refiere a la errada aplicación que suele hacerse del mencionado artículo 164, debido a una equivocada interpretación del sentido actual de la unificación de penas. En efecto, ha sido frecuente que los tribunales apliquen el procedimiento contenido en el antiguo artículo 160: dictar una sentencia posterior a todas las condenas pronunciadas, incluso por otros tribunales, que abarque la totalidad de los hechos que ya han sido juzgados, e imponer al imputado una pena única, unificada.

Sin embargo, para el profesor, no es posible que un tribunal modifique un fallo pronunciado con anterioridad, ni menos uno que ha sido dictado por otro tribunal, en atención a una correcta lectura del artículo 164. Es evidente que dicha norma, al usar la frase “fallo posterior”, lo que ordena es simplemente que el tribunal adapte su fallo en consideración a las condenas anteriores que cumplan los requisitos para ser tenidos en cuentas por esta figura, no siendo procedente unificar las penas anteriormente impuestas por otros tribunales con la que imponga él. Así, el tribunal nada tiene que unificar; sólo debe preocuparse de regular la pena que él impone, de manera que la suma de ella con las anteriores no exceda del mencionado límite.

En consonancia con lo anterior, Oliver afirma que las posibilidades de que dispone el tribunal, para ajustar su sentencia y no superar el límite que ordena el precepto, se limitan a cuatro: (a) disminuir la pena; (b) condenar sin imponer pena alguna (cuando al hacerlo implicaría exceder el máximo de pena que pudiera imponerse); (c) condenar, pero otorgar algún beneficio compatible con la pena; (d) considerar atenuantes o descartar agravantes en la condena que se dicte o modifique.

Por estas consideraciones, Oliver afirma que las figuras contenidas en el antiguo artículo 160, y actual 164, son diferentes, y pese a que tienen un mismo fundamento, sus efectos en materia de determinación de la pena son distintos. Así, “la denominación ‘unificación de penas’ debería quedar reservada, entonces, para el antiguo artículo 160 del Código Orgánico de Tribunales; para hacer referencia al mecanismo contemplado en el actual artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales debería utilizarse una terminología distinta” (Oliver, 2012, pág. 254).

En tercer lugar, el profesor Oliver se refiere a los requisitos de procedencia de la figura del artículo 164. Primero, analiza la expresión “cuando se dictaren distintas sentencias condenatorias” (pluralidad de sentencias condenatorias). Para el académico, esto es aplicable en el caso de sentencias condenatorias dictadas tanto por tribunales del antiguo como del actual sistema procesal penal. También es aplicable en caso de distintas sentencias condenatorias dictadas por tribunales penales de diferente índole. Ante la duda que genera si la norma se aplica

a las sentencias condenatorias de procedimientos simplificados y procedimientos abreviados, Oliver se inclina por la afirmativa. argumentación.

Luego, alude a la posibilidad de juzgamiento conjunto, que se desprende de las frases "...de haberse acumulado los procesos" y "...de haberse juzgado conjuntamente los delitos". A este respecto, el profesor sostiene que ha habido discusión en la doctrina sobre cuando se entiende que ha existido posibilidad de juzgamiento conjunto. El académico rechaza, por un lado, la posición restrictiva, que señala que hay que exigir que los diversos procesos tramitados en forma separada se hayan sustanciado simultáneamente en el tiempo, y, por otro lado, la posición extensiva, para la cual hay que exigir cierta cercanía temporal entre cada uno de los hechos juzgados en forma separada, aún cuando respecto de alguno de ellos se haya dictado sentencia condenatoria ejecutoriada. Oliver señala que hay que estarse a la posición intermedia, según la cual la manera de entender el requisito de la posibilidad de juzgamiento conjunto consiste en exigir que entre los hechos juzgados en forma separada no medie una sentencia condenatoria firme, ya que sólo así podría aplicarse alguna regla sobre concurso de delitos que resulte más favorable al imputado. En efecto, la unanimidad de la doctrina exige como uno de los requisitos del concurso material de delitos que respecto de ninguno de los hechos que lo integran se haya pronunciado una sentencia ejecutoriada. argumentación.

Oliver añade que, aunque el mencionado artículo 164 no lo menciona expresamente, es necesario que las sentencias condenatorias que se dicten contra un mismo imputado recaigan sobre hechos distintos. Además, sostiene que la limitación penológica dispuesta en su inciso primero, y la modificación de sentencia a que se refiere el inciso segundo, sólo procede si la pena que habría correspondido imponer a los distintos hechos, de haber sido juzgados conjuntamente, hubiera sido inferior a la suma de las penas impuestas por separado. argumentación.

En cuarto lugar, el académico hace importantes precisiones respecto de la consideración de las circunstancias modificatorias. El inciso primero del artículo 164 impide al tribunal de la sentencia posterior considerar cualquier circunstancia modificatoria que no se habría podido tomar en cuenta si los diversos hechos se hubieran juzgado en forma conjunta. Para Oliver, esta disposición es claramente procedente en caso de agravantes, pero en el caso de las atenuantes

la cuestión cambia. Así, si en el juzgamiento posterior el tribunal estima concurrente una atenuante, debiese aplicarla a pesar de que en un eventual juzgamiento conjunto ésta no sería tomada en cuenta, puesto que carecería de sentido perjudicar al imputado aplicando una norma que fue creada para beneficiarlo.

Relacionado con lo anterior, Oliver se pronuncia sobre una interesante posibilidad: la consideración de circunstancias modificatorias en el fallo posterior que sí debiesen tenerse en cuenta en un eventual juzgamiento conjunto, pero que no concurren en el nuevo. Para el académico, cuando en un juzgamiento posterior no concurre una agravante que sí se habría debido considerar de haberse juzgado los hechos conjuntamente, no corresponde considerarla en el nuevo juzgamiento. En cambio, si en un juzgamiento conjunto podría haberse tenido en cuenta una atenuante, que no concurre en el juzgamiento posterior, el tribunal, sin declararla concurrente, debería igualmente aplicar el efecto aminorante que la ley le asigna. De lo contrario, “se pasaría por alto el mandato legal de que el conjunto de penas no puede exceder de aquella que hubiere correspondido de haberse juzgado conjuntamente los delitos” (Oliver, 2012, pág. 264).

En quinto lugar, el profesor Oliver examina algunas reglas de punición de concursos de delitos que constituyen una excepción a la regla de la acumulación aritmética. Sin embargo, dichas reglas son las relativas a la reiteración de delitos de la misma especie (artículo 351 del Código Procesal Penal) y la reiteración de hurtos (artículo 451 del Código Penal), ambas tratadas en términos idénticos en el artículo “La exasperación de la pena en el concurso material de delitos: la reiteración de delitos de la misma especie” (2013), por lo cual nos remitimos a lo dicho precedentemente respecto de esta publicación.

Finalmente, el académico se refiere a ciertos aspectos procesales envueltos en la figura del artículo 164 de Código Orgánico de Tribunales. En cuanto al tribunal competente, señala que las solicitudes de regulación de pena pueden dirigirse en forma sucesiva a cada uno de los tribunales que dicten una nueva sentencia condenatoria, y a su vez, que cada uno de ellos, de oficio, debe adecuar la pena que impone a la regla que dicha disposición establece. En relación con la oportunidad para solicitar la aplicación del artículo 164, Oliver afirma que ello puede hacer en dos momentos: primero, en la audiencia de determinación de pena, ya que la existencia

de condenas anteriores por otros hechos que pudieron haber sido juzgados juntamente con el hecho posterior, es un factor importante para la determinación de la nueva pena. El otro momento es pedirle al tribunal que ya dictó la sentencia condenatoria ulterior que cite a los intervinientes a una audiencia especial para solicitar la aplicación de la norma.

Concluye Oliver con una referencia a los recursos en esta materia, cuya regulación es totalmente inexistente respecto de la aplicación del artículo 164. Primeramente, establece que, si la petición se formula en la audiencia de determinación de pena, la decisión que acepta o rechaza se inserta en la sentencia definitiva, por lo que la forma de impugnarla es la misma que existe para recurrir contra ella: en el juicio oral, procedimiento simplificado y procedimiento por delito de acción privada, recurso de nulidad; en el procedimiento abreviado, recurso de apelación.

Por su parte, cuando la solicitud se ha formulado en una audiencia especial posterior a la sentencia condenatoria, hay que distinguir. Si se hace la petición ante un juzgado de garantía, procede interponer un recurso de apelación, en atención a que la resolución que acoge o rechaza la solicitud pone término al procedimiento especial de adecuación, cumpliéndose el requisito del artículo 370 letra a) del Código Procesal Penal. Si se realiza ante un tribunal de juicio oral en lo penal, como no cabe apelación, únicamente sería procedente un recurso de queja, pero Oliver estima muy dudoso que esta resolución pueda considerarse como sentencia definitiva o interlocutoria que ponga fin al juicio, ya que el juicio ya ha terminado, entonces tampoco sería viable este medio. De esta manera, sólo restaría ejercer una acción constitucional de amparo, argumentado que se estaría atentando contra la libertad del imputado, con infracción a lo dispuesto en la ley (el artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales) y en la Constitución (artículo 19 N°7 letra b).

3. Desarrollo Dogmático en la Parte Especial del Derecho Penal

3.1. Delitos contra la Propiedad

Uno de los mayores fuertes del profesor Oliver en el ámbito penal es, sin duda, el tema de los delitos contra la propiedad, para el cual ha dedicado cuantiosas publicaciones y el libro “Delitos contra la Propiedad” (2013).

En opinión del mismo profesor, puede considerarse como su principal aporte en este ámbito su análisis respecto de la estructura típica común de los delitos de hurto y robo. Así, en el Capítulo II del libro “Delitos contra la Propiedad” (2013) y en su artículo “Estructura típica común de los delitos de hurto y robo” (2011), el académico examina minuciosamente las particularidades de la estructura común del tipo en estos ilícitos. El análisis de la estructura típica de los delitos de hurto y robo será tratado separadamente, y de manera detallada, en el Capítulo III de esta memoria.

Una publicación muy relevante del profesor en la órbita de los delitos contra la propiedad es el artículo denominado “Vulneración de derechos fundamentales en la regulación de los delitos de hurto y robo” (2012), donde Oliver critica la regulación chilena en esta clase de ilícitos, por contener numerosas transgresiones de derechos fundamentales, sobre todo presunciones de responsabilidad penal que importan atentados contra la Constitución y tratados internacionales

En primer lugar, avizora un problema de constitucionalidad formal en el tipo de hurto de electricidad, consagrado en el artículo 215 del Decreto con Fuerza de Ley N° 4, de 2006, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo. En efecto, conforme al artículo 64 de la Constitución, el Congreso Nacional puede autorizar al Presidente de la República a dictar normas con fuerza de ley, sobre materias de dominio legal. Sin embargo, esta autorización no puede extenderse a materias comprendidas en garantías constitucionales, dentro de las cuales se encuentra el artículo 19 N° 3, incisos 8° y 9° de la Constitución, que señala que sólo pueden crearse delitos y penas mediante una ley. Luego, no se pueden establecer delitos por medio de un decreto con fuerza de ley, y ello es precisamente lo que hace el artículo 215 del decreto mencionado.

En segundo lugar, se refiere a la presunción de tentativa de robo con fuerza en las cosas, establecida en el artículo 444 del Código Penal. Para Oliver, se hace extensiva a esta figura la argumentación doctrinal en torno a porqué las presunciones simplemente legales (como es este caso) no tienen cabida en el derecho penal: ellas contradicen la garantía de presunción de inocencia. Esta garantía se encuentra consagrada en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos

Humanos, ambos tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, vinculantes para nuestro país en razón del artículo 5° de la Constitución. Por tanto, si un órgano jurisdiccional pretendiera aplicar una figura como la que contempla el artículo 444 de Código Penal, “tal actitud sería inconstitucional, pues contravendría el claro tenor del artículo 5°, inciso segundo, CPR, que obliga a las autoridades públicas a respetar las garantías consagradas en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos” (Oliver, 2012, pág. 21).

Pero, además, establece Oliver, esta presunción simplemente legal produce una alteración en la carga de la prueba, toda vez que traslada al imputado la carga de probar su inocencia, en circunstancias que lo que corresponde es que sea el ente acusador quien deba acreditar los elementos que fundan la responsabilidad penal. En efecto, las presunciones simplemente legales implican, en buena parte, trasladar al imputado la prueba de su inocencia, “ya que este parte en el proceso con una presunción en contra que tiene que desvirtuar, lo que, por las razones antes apuntadas, es inconstitucional” (Oliver, 2012, pág. 21).

Con todo, el profesor sostiene que, se considere o no se considere inconstitucional esta norma, lo cierto es que en el nuevo sistema procesal penal las presunciones simplemente legales no tienen cabida, puesto que implican una contravención al régimen de libertad de prueba que lo funda. En efecto, en el actual sistema de enjuiciamiento criminal, se entrega al raciocinio del juez la elaboración de conexiones entre los planteamientos de los intervinientes y la prueba rendida, lo que es incompatible con una presunción legal.

En tercer lugar, el profesor Oliver se percata de otra norma que vulnera la garantía de la presunción de inocencia: el artículo 445 del Código Penal, relativo al porte o tenencia de utensilios destinados a cometer robo con fuerza en las cosas. Dicha norma exige que la persona implicada dé descargos suficientes sobre la fabricación, expendición, adquisición o conservación de tales objetos, lo que el profesor estima como atentatorio contra la presunción de inocencia, toda vez que deja en manos del imputado la tarea de demostrar la licitud de su conducta, liberando al ente acusador de la carga de acreditar su ilegalidad. A este respecto, se reiteran las consideraciones esgrimidas en la figura anterior, relativas a que se está frente a una vulneración de una garantía consagrada en dos tratados internacionales, vinculantes para Chile por aplicación del artículo 5° de la Constitución.

En cuarto lugar, el profesor llama la atención sobre ciertos aspectos irregulares relativos al delito de abigeato. Primeramente, se refiere a la agravación de la pena del hurto o del robo cuando el objeto del delito se trata de animales, dispuesta en el artículo 448 ter del Código Penal. Para Oliver, esta agravación responde al deseo del legislador de ofrecer mayor protección a la actividad productiva ganadera. Sin embargo, esta tutela es altamente criticable desde la óptica de la igualdad, puesto que existen otras actividades productivas, tanto o más importantes que la ganadera, que no se ven favorecidas con esta mayor protección. Luego, esta norma iría en contra de la igualdad ante la ley consagrada en el artículo 19 N° 2 de la Constitución. Por lo demás, afirma Oliver, esta mayor protección resulta innecesaria, debido a que, en general, el delito de abigeato se comete dentro de un sitio no destinado a la habitación con el empleo de alguna de las formas de fuerza del artículo 443, de manera que el hecho constituiría un robo con fuerza en las cosas, que se sanciona usualmente con mayor pena que el hurto.

Además, el profesor analiza críticamente el artículo 448 quáter del Código Penal, que si bien cambió la expresión “se presumirá autor” por “se considerará como autor” a aquel en cuyo poder se encontraren animales o partes de ellos, es evidente que el legislador sigue entendiendo que hay abigeato en un hecho que es ontológicamente distinto de un hurto o robo de animales. Además, la exigencia de esta norma en orden a que la persona implicada deba justificar la adquisición o legítima tenencia de estos objetos es para Oliver una nueva vulneración al principio de inocencia y una nueva inversión de la carga de la prueba. Por lo tanto, la figura vulneraría -al igual que los artículos 444 y 445 del Código Penal, ya analizados- el artículo 5° de la Constitución, por las mismas consideraciones antes expuestas para estas disposiciones. Por esta misma razón, debe criticarse lo señalado en el inciso final del artículo 448 quáter, en atención a que castiga a quien porte ciertos utensilios utilizados para el faenamiento de animales si dicha persona no da descargos suficientes que justifique su tenencia.

En quinto lugar, el profesor critica también el artículo 454 del Código Penal, que dispone que se presumirá autor del robo o hurto de una cosa aquel en cuyo poder se encuentre, salvo que justifique su legítima adquisición o que la prueba de su irreprochable conducta anterior establezca una presunción en contrario. Para Oliver, se trata de una presunción que da por concurrente la consecuencia de que una persona ha hurtado o robado una cosa, en una situación donde son imaginables muchas razones lícitas por las cuales la cosa pudo llegar a sus manos.

Al contener esta figura una presunción simplemente legal, el profesor señala que son reproducibles aquí todas las consideraciones hechas hasta ahora para los otros tipos penales que contemplan presunciones.

Finalmente, al contrario de lo argumentado para las figuras anteriormente analizadas, Oliver defiende la constitucionalidad del artículo 450 del Código Penal, que ordena castigar ciertos robos consumados desde que se encuentran en grado de tentativa, y se avoca en derribar una a una las críticas que plantean lo contrario. Primero, respondiendo a quienes señalan que esta norma implica una vulneración al principio de taxatividad, Oliver señala que los actos ejecutivos anteriores a la consumación de los ilícitos están efectivamente descritos en la ley. Segundo, frente a los autores que dicen que se viola la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal, el profesor responde que la ley no está presumiendo nada, ya que el acusador debe acreditar todos los elementos del delito tentado o frustrado.

Tercero, en contra de quienes afirman que esta disposición infringe la igualdad ante la ley (porque el acusado de cualquier otro delito frustrado o tentado se ve beneficiado por una rebaja de pena), Oliver sostiene que la Constitución tolera las diferencias; sólo las prohíbe cuando son arbitrarias, y en este caso no hay arbitrariedad alguna, sino que el legislador creó la figura para tratar con mayor rigor punitivo un tipo de delincuencia que iba en aumento.

Y cuarto, frente a quienes señalan que esta norma implica una vulneración al principio de proporcionalidad, el académico concede que efectivamente se ve perturbada la exigencia de proporcionalidad, pero ello no conduce a concluir que el precepto sea inconstitucional, toda vez que la exigencia de proporcionalidad implícita en la Constitución no es una regla basada en el binomio respeto/vulneración, sino que opera como un imperativo de optimización sobre la base de la razonabilidad. Así las cosas, son pocos los casos en los que podría calificarse un precepto penal como inconstitucional por desproporcionado y excluirlo del ordenamiento (como si se castigase un hurto falta con pena de muerte). “En la mayor parte de los casos, la operatividad del principio queda entregada al órgano dotado de legitimidad democrática para establecer delitos y penas: el legislador” (Oliver, 2012, pág. 38).

En otro orden de ideas, destaca el capítulo de libro “Consideraciones sobre la violencia y la intimidación en el robo” (2013), donde el académico examina las particularidades de la violencia y la intimidación en el robo, que contribuyen al reconocimiento de su autonomía como figura delictiva.

Antes que todo, Oliver determina cual es el bien jurídico protegido por el delito de robo con violencia o intimidación en las personas. Existe consenso en que se trata de un delito pluriofensivo, y que se ven vulnerados los mismos intereses patrimoniales que proceden en el hurto o el robo con fuerza en las cosas. Sin embargo, donde ha habido discusión es en los bienes jurídicos distintos a los meramente patrimoniales. Para el profesor, se deben tener en cuenta las particularidades del sistema legal de que se trate. Así, en el sistema chileno, los resultados lesivos para la vida, salud u otros intereses personalísimos causados por la violencia dan lugar a figuras calificadas de robo (por ejemplo: en el robo con homicidio se atenta contra la vida humana; en el robo con violación contra la indemnidad sexual; en el robo con mutilación o lesión gravísima contra la salud e integridad física; entre otros).

Sin embargo, para Oliver sería un error afirmar, a partir de la constatación de cuáles son los intereses afectados en las figuras calificadas, que en el robo con violencia o intimidación los bienes jurídicos afectados sean, además de los patrimoniales, todos los mencionados, o reconducir a la idea global de integridad o seguridad. Lo correcto, a juicio del docente, es determinar el bien jurídico afectado en el tipo básico de robo (robo simple), que permite diferenciarlo del hurto y considerarlo un ilícito más gravoso. Luego, se debe realizar un análisis como si no existiesen los robos calificados.

De acuerdo a Guillermo Oliver, en el robo simple, el único bien jurídico contra el que se atenta, además de los intereses patrimoniales, es la libertad de actuación (autodeterminación) de la víctima, de manera que puede ser considerado como una forma de coacción. Según la propia norma del artículo 439 del Código Penal, los medios de comisión no son sino formas de constreñir la voluntad del titular de una cosa para que realice una acción que no quiere (entregar o manifiesta el lugar) o para que no realice una acción que desea ejecutar (que no se resista o se oponga). Así, “la violencia y la intimidación no se conciben por la ley como formas de

afectación de la seguridad física de las personas, sino como medios coactivos de apropiación” (Oliver, 2013, pág. 466).

Frente a quienes sostienen que el robo con violencia o intimidación es un delito complejo – caso en el cual el tipo penal reúne diversas conductas que, individualmente consideradas, son igualmente delictivas- Oliver sostiene que ello no es siempre así. Si bien la apropiación está recogida en el hurto y la intimidación en el tipo de amenazas, la violencia por sí sola no es típica mientras no produzca efectos en la salud individual. Diferente es el caso de los robos calificados, donde las acciones que acompañan a la apropiación sí son delictivas individualmente.

Luego, el académico se refiere a las características de la violencia y la intimidación. En lo relativo a la violencia, se sostiene que ella constituye una energía o fuerza física que se despliega sobre el cuerpo de una persona. No constituye violencia la energía o fuerza desplegada sobre cosas, situación que a lo más podría caer dentro de la intimidación, siempre que incida en el proceso deliberativo de la víctima. Además, la energía física desplegada contra una persona sólo constituirá fuerza en la medida que dicha persona sea la propia víctima, puesto que si se trata de un tercero como mucho podría consistir en intimidación, en especial si el tercero tiene una relación afectiva o de amistad con la víctima.

Por su parte, Oliver afirma que solamente la llamada “violencia propia” satisface el tipo penal de robo con violencia, siendo aquella el empleo de fuerza física sobre el cuerpo de una persona. En el caso de la denominada “violencia impropia”, consistente en constreñir la mente o conciencia de la víctima mediante narcóticos, hipnosis y prácticas similares, se estima que no es constitutiva de robo, salvo que se emplee fuerza física en el suministro de la sustancia o en el procedimiento de que se trate.

Existe otra modalidad que, a pesar de no constituir violencia física, el legislador la considera violencia para efectos del robo. Es el caso de la llamada “violencia ficta”, contemplada en la última parte del artículo 439 del Código Penal: “hará también violencia el que para obtener la entrega o manifestación alegare orden falsa de alguna autoridad, o la diere por sí fingiéndose ministro de justicia o funcionario público”. Esta extensión desmesurada de la noción de violencia ha sido criticada por la doctrina. Además, la violencia ficta es muy

parecida a la fuerza en las cosas ficta del artículo 440 N° 3 del Código Penal (“introduciéndose en el lugar del robo mediante [...] simulación de autoridad”), lo que podría generar inconvenientes a la hora de delimitar ambas figuras. A juicio de Oliver, la diferencia estriba en la finalidad del medio engañoso: si éste se utiliza para conseguir la entrega o manifestación de la cosa, habrá un robo con violencia; si se lo usara para entrar en el lugar en que la cosa se encuentra, surgiría el tipo de robo con fuerza en las cosas.

En lo que respecta a la intimidación, el docente no comparte la visión de cierta doctrina y jurisprudencia que la entiende como una amenaza. En efecto, mientras la intimidación es un estado de conmoción psicológica del sujeto pasivo, la amenaza es un comportamiento objetivo del sujeto activo. Y aunque la intimidación es con frecuencia la consecuencia de una amenaza, es perfectamente posible que dicho estado de conmoción psicológica se deba a causas diversas, como la presencia de un agresor, sus antecedentes y la existencia de agresiones anteriores. De esta manera, “si la intimidación no proviene de una amenaza, pero ha sido creada por el sujeto activo, quien se apropia de una cosa perteneciente a la persona que está intimidada, se comete robo con intimidación” (Oliver, 2013, pág. 471).. A la inversa, no toda amenaza produce el efecto de intimidar, de manera que no existe una identificación entre ambas.

En abono a esta tesis de Oliver, existe una razón de texto extraída del propio artículo 439 del Código Penal. La norma, luego de referirse a las modalidades de intimidación consistentes en amenazas, señala “o cualquier otro acto que pueda intimidar o forzar a la manifestación o entrega”. Luego, al contraponerse las amenazas con estos otros actos, es dable deducir que el legislador reconoce que se trata de cosas diferentes y que la intimidación no solamente puede provenir de una amenaza.

Ahora bien, es necesario que exista un estado de conmoción psicológica en la víctima, pero esta sola circunstancia no hace que se configure el robo. El estado mental debe ser atribuible al sujeto activo, quien tiene que haberlo producido, y en este punto, es primordial la utilización de criterios de imputación objetiva que analicen la idoneidad intimidatoria de la acción del agresor y la medida de su intimidación en el efecto intimidatorio creado. Así, resultan atípicos los comportamientos que, pese a intimidar a la víctima, por ser esta excesivamente asustadiza, no habrían provocado dicha intimidación en un individuo medio.

Además, la doctrina suele exigir la concurrencia de ciertos requisitos para configurar una amenaza como intimidación. Primeramente, algunos sostienen que el mal amenazado debe ser “inminente”, de manera de distinguir el robo de una amenaza condicional. Sin embargo, para Oliver este requisito no es indispensable, puesto que, si lo relevante es que el sujeto pasivo tolere la apropiación por el estado de conmoción causado por el agresor, es indiferente que el mal anunciado sea inmediato o no.

La doctrina exige que haya inmediatez en la entrega de la cosa. El profesor Oliver considera razonable esta exigencia toda vez que es el único criterio que permite diferenciar una amenaza condicional de un robo con intimidación en el que ha habido una amenaza. Por lo demás, el encabezado del artículo 433 y el artículo 439 son claros al exigir una unidad temporal de acción entre el acto que produce el efecto intimidatorio y la apropiación de la cosa.

Por otro lado, no es necesario que la amenaza se exteriorice mediante palabras, también puede ser a través de gestos o actos concluyentes, como la exhibición de un arma. Además, el mal con que se amenaza (si es que hay amenaza) puede recaer no solo sobre la propia persona intimidada, sino también sobre un tercero, como lo sería un familiar cercano. Pero la intimidación propiamente tal únicamente puede afectar a la persona del ofendido.

También es extendida la exigencia de que el mal debe ser grave. Sin embargo, más allá de requerir la gravedad del mal, la doctrina no frecuenta enunciar restricciones típicas en el sentido de incluir ciertos atentados y excluir otros, lo que para Oliver es entendible atendida la imposibilidad de establecer reglas sobre la materia. Lo determinante es que el mal sea de la suficiente entidad para que la conducta del sujeto activo se considere idónea para producir intimidación en la víctima, siempre desde la perspectiva de un “individuo medio” puesto en el lugar y las circunstancias del ofendido.

Por último, están quienes exigen que el mal sea verdadero, es decir, que el medio utilizado para provocar intimidación en el sujeto pasivo debe sea idóneo para ocasionar el mal que se teme. Otros, por su parte, matizan esta postura y sostienen que basta con que el mal sea verosímil, o sea, que parezca posible de realizarse frente a la víctima, conforme al juicio de un “individuo medio”, a pesar de que en la práctica sea imposible su realización. A juicio de Oliver,

la correcta es esta última postura, puesto que no cree que sea necesario que los medios que se utilizan para intimidar al ofendido sean objetivamente idóneos para causar el mal que se temen. En efecto, “si, además de los intereses patrimoniales, el único bien jurídico contra el que necesariamente se atenta es la libertad de actuación, es irrelevante que ésta sea vea afectada por un instrumento idóneo para causar un mal inadecuado para ello” (Oliver, 2013, pág. 476).

Finalmente, Oliver se refiere a los aspectos comunes a la violencia y la intimidación. Aunque admite, en principio, la tesis doctrinaria que señala que entre la violencia o la intimidación y la apropiación debe existir un vínculo subjetivo, es decir, que estos medios de comisión deben emplearse para conseguir o facilitar la apropiación, considera que ella es insuficiente. Esto, porque además debe exigirse una relación de imputación objetiva entre la coacción y la apropiación, de manera que es preferible exigir, más que una relación subjetiva, una relación funcional entre violencia o intimidación y la apropiación.

Respecto a la finalidad de la violencia o intimidación, la relación funcional en el robo debe existir entre, por una parte, los medios coercitivos, y por otra, la entrega de la cosa. En cuanto a la oportunidad en que debe emplearse la violencia o la intimidación, los medios pueden tener lugar antes de la apropiación, para facilitar su ejecución; en el acto de cometerla; o después de cometida, para favorecer su impunidad. Para Oliver, esto último es una anomalía, puesto que conforme al artículo 432 del Código Penal, comete esta clase de delito quien se apropia de una cosa “usando” violencia o intimidación, y es obvio que, si los medios se emplean después de consumada la apropiación, ésta no se ha cometido usando aquéllos. Según el académico, se trataría de un concurso de delitos entre un hurto y una coacción que la ley asimila a robo.

Siguiendo con materias relacionadas al hurto y al robo, el profesor Oliver presenta el artículo “Algunos problemas de la regulación de los delitos de hurto y robo con fuerza en las cosas” (2014), donde examina cuatro problemas interpretativos que han surgido a propósitos de ambos ilícitos:

(1) Apreciación pecuniaria del objeto material de hurto, determinación de su valor y precio de venta

Aunque del artículo 432 del Código Penal no se deduce que el delito de hurto deba ser susceptible de apreciación pecuniaria, es obvio que ello es así en atención al criterio de punición que emplean los artículos 446 y 494 bis del mismo Código, los cuales atienden al valor de la cosa sustraída. Luego, no basta con que la cosa hurtada tenga solamente un valor de afección, sino que es necesario que tenga algún valor económico.

Un aspecto interesante es lo que sucede con los documentos de pago, que tienen una materialidad (papel) que, en sí misma considerada, es de un valor económico ínfimo, como sucede con los cheques, los billetes de banco y los vale vista. En estos casos, se considera que el valor pecuniario está constituido por el monto que en ellos aparezca en el momento de la sustracción, valor que es adquirido por el sujeto activo y podrá utilizarlo en el mercado. Pero si el cheque se encuentra con todas sus menciones en blanco, el valor del cheque hurtado asciende solo al costo del papel, caso en el cual, muy probablemente, opere el principio de insignificancia como criterio excluyente de la imputación objetiva del comportamiento a efectos del hurto.

Por la misma razón que el párrafo anterior, cuando se trata de documentos que habilitan a quien los porta a adquirir algún bien o servicio, el valor pecuniario es el del bien o servicio a que dan derecho, no el de su materialidad.

En cuanto al hurto de billetes de lotería, la doctrina suele hacer una división: si el billete resulta premiado, el valor es el monto del premio; si no sucede así, el valor es el del billete. Para Oliver, esta solución no puede aceptarse, toda vez que hace depender del azar el valor de la cosa hurtada, el cual se determina por una circunstancia fortuita que puede ocurrir con posterioridad al hecho. Según el académico, si la conducta se realiza cuando aún no tiene lugar el sorteo, el valor de la cosa apropiada no puede ser otro que el costo del billete. El hecho que en definitiva resulte premiado sólo podría incidir en una responsabilidad civil y, eventualmente, en la determinación de la cuantía de la pena conforme al criterio de la mayor o menor extensión del mal causado.

Por otro lado, el hecho de que la cosa apropiada sea susceptible de apreciación pecuniaria debe ser acreditado en el proceso, y en nuestro sistema económico, es el mercado el que determina el valor de las cosas. Es este valor, al que se llega mediante el juego de las leyes

de oferta y demanda, el que debe ser probado en el proceso. Además, se debe atender al valor que la cosa tenía cuando fue apropiada, no el que tiene cuando el proceso se tramita.

Con frecuencia, cuando nos encontramos frente a la apropiación de cosas en establecimientos comerciales, su precio de venta suele coincidir con el precio de mercado. Sin embargo, hay casos en que, por distintos motivos, se colocan objetos muy por debajo de su precio, o bien, muy por encima, de manera que el precio de venta no se corresponde con el precio de mercado. Por ello, es razonable lo establecido en el artículo 390 inciso cuarto del Código Procesal Penal, en el sentido que para determinar el valor de la cosa se considerará su precio de venta, “salvo que los antecedentes que se reúnan permitan formarse una convicción diferente”. Lo anterior permite prescindir del precio de venta cuando se aparta considerablemente del valor de mercado.

La disposición antes mencionada genera el problema de determinar si en el precio de venta de la cosa sustraída debe entenderse incluido o no el Impuesto al Valor Agregado (IVA). A juicio de Guillermo Oliver, es acertado sostener que el precio de venta incluye al referido impuesto, ya que en la Ley 19.496 sobre derechos de los consumidores se establece que “el monto del precio deberá comprender el valor total de bien o servicio, incluidos los impuestos correspondientes”, en tanto que el Decreto Ley 825 sobre IVA dispone que “el impuesto deberá incluirse en el precio”, de manera que es el propio legislador el que dispone que en el monto de precio de las cosas se incluya el IVA. Por lo demás, el artículo 390 inciso cuarto del Código Procesal Penal fue introducido con una finalidad muy práctica: hacer más expedita la persecución penal del hurto falta, y no parece muy compatible con dicha finalidad una interpretación que obligue a que, en todos estos tipos de hurto, además de acreditarse el precio de venta, se realicen operaciones matemáticas para determinar que monto de dicho precio pertenece al impuesto, y una vez hecho lo anterior, descontarlo de aquél.

Finalmente, Oliver se refiere al artículo 455 del Código Penal, que establece que “cuando del proceso no resulte probado el valor de la cosa sustraída ni pudiere estimarse por peritos u otro arbitrio legal, el tribunal hará su regulación prudencialmente”. Para el académico esta norma debe entenderse tácitamente derogada desde la entrada en vigencia del Código Procesal Penal, en especial por el artículo 340 de este Código, que dispone claramente que el

tribunal sólo podrá condenar cuando adquiriere una convicción sobre la existencia del delito y la participación del acusado “más allá de toda duda razonable” y que formará esta convicción “sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral”. Luego, la sentencia condenatoria debe fundarse solamente en la prueba rendida en juicio, sin que el tribunal pueda dar por acreditado un elemento del delito (el valor de la cosa) sobre la base de consideraciones ajenas a la prueba de los intervinientes.

(2) Posibilidad de apreciar frustración en el delito de hurto

Para Oliver, no puede apreciarse frustración en el hurto puesto que este ilícito corresponde a un delito de mera actividad. En efecto, en los delitos de mera actividad no se requiere que la acción descrita en el tipo vaya seguida de la producción de un resultado espacio-temporalmente separado de la conducta, y en el hurto el tipo penal no exige ningún resultado separable de la acción que describe (apropiarse). Si bien para la consumación se requiere que la cosa sustraída deba salir de la custodia del titular, esto no es un resultado distinguible y separable de la conducta misma. De esta manera, “si no se logra el efectivo desposeimiento, no se puede decir que se haya realizado toda la acción típica y que, no obstante eso, no se alcanzó la consumación, sino únicamente que la acción no se ha realizado completamente” (Oliver, 2014, pág. 13).

Con todo, en no pocos casos la jurisprudencia ha calificado como “hurtos frustrados” ciertas apropiaciones incompletas, lo que a juicio del profesor constituye un error. Aquello ha ocurrido porque los tribunales estiman que la ejecución se interrumpe en un momento en que la consumación es inminente, porque para que ésta tenga lugar falta la ejecución de un solo acto. Sin embargo, esto supone aplicar la definición legal de delito frustrado fuera de su radio natural y además desconoce la definición legal de la tentativa, según la cual la ejecución es incompleta porque faltan uno o más hechos directos para su cumplimiento. Luego, hay tentativa no solo cuando faltan varios actos para realizar la acción típica, sino también cuando falta sólo uno.

Guillermo Oliver admite que su opinión puede ser criticable por una razón de texto: en el artículo 494 bis del Código Penal, que regula el hurto-falta, se sanciona expresamente la hipótesis de frustración. Para el docente, esto es un evidente desacierto del legislador, ya que

conforme a la propia definición legal de delito frustrado es conceptualmente imposible que un hurto alcance dicha forma de ejecución imperfecta.

No obstante, en honor a que debe privilegiarse una interpretación que asigne algún sentido a la norma por sobre aquella que niegue completamente su aplicación, Oliver sostiene que es viable una interpretación que permita aplicar el artículo 494 bis en su referencia a la frustración sin negar lo dicho hasta ahora. En efecto, como la definición legal de frustración del artículo 7º del Código Penal sólo es aplicable a los crímenes y simples delitos, no hay obligación de aplicar esta definición de frustración a la que alude la falta del artículo 494 bis. Luego, sería posible concebir la “frustración” del hurto-falta como un elemento normativo nuevo que necesita ser dotado de contenido.

Basándose en las distintas definiciones que entrega la Real Academia de la Lengua Española contempla para la palabra “frustrar”, el académico afirma que el significado de frustración, en el hurto-falta, no puede ser otro que el de la ejecución incompleta o imperfecta de la conducta de apropiación, debido a causas ajenas a la voluntad de quien la realiza.

(3) Lugares de comisión del delito de robo con fuerza en las cosas

Oliver afirma que uno de los aspectos más problemáticos de la regulación del robo con fuerza en las cosas es lo relativo a su lugar de comisión, materia en la cual existen una gran disparidad de criterios. La causa de esta discusión se debe, a juicio del académico, a lo confuso de los términos utilizados por el legislador y a una desafortunada modificación legal en la materia en el año 1954.

Simplificando la exposición, el profesor Oliver sostiene que, además de los bienes nacionales de uso público (donde la unanimidad de la doctrina acepta el concepto que entrega el artículo 589 del Código Civil), el título del robo con fuerza en las cosas del Código Penal distingue tres lugares de comisión: el lugar habitado o destinado a la habitación (artículo 440), el lugar no habitado (artículo 442) y el “lugar” no destinado a la habitación (artículo 443).

Respecto al artículo 440, si bien es cierto que el legislador contrapone el lugar habitado del lugar destinado a la habitación, de esto no se sigue forzosamente que se trate de lugares

distintos, lo que parece ser una premisa de la que normalmente se parte. Entonces, si como suele entender la doctrina, un lugar destinado a la habitación es aquel que sirve de morada, aunque al momento del delito no haya moradores presentes, “no tiene sentido que la ley lo distinga del lugar habitado, entendido esto como aquél en que hay moradores presentes. La diferencia consistiría en una cuestión meramente circunstancial y prescindible en la configuración típica” (Oliver, 2014, pág. 17).

A juicio de Oliver, un lugar es habitado cuando sirve de morada a alguien, “lo que lo convierte en un especial ámbito de intimidad y custodia intensificada de bienes al cual el legislador le ha decidido brindar mayor protección penal” (Oliver, 2014, pág. 17). Esta función que cumple el lugar no depende de la circunstancia que al tiempo del robo haya individuos dentro o no. Luego, todo lugar habitado está destinado a la habitación, y todo lugar destinado a la habitación está habitado, de manera que cuando el artículo 440 del Código Penal usa las frases lugar “habitado” y “destinado a la habitación” no lo hace porque los considere lugares diferentes, sino porque es una fórmula explicativa para dejar claro que un lugar es habitado cuando se destina actualmente a la habitación, haya o no moradores en su interior al momento del robo.

En lo relativo al “lugar no habitado” del artículo 442 del Código Penal, Oliver sostiene que debe entenderse como aquel que no sirve de morada a nadie, en contraposición al habitado o destinado a la habitación. No es aceptable la exigencia de que no haya personas en su interior al momento del robo, porque para calificar un lugar como habitado no es necesario que las haya. Tampoco le parece plausible al académico la exigencia que se trate de un lugar que por su naturaleza pueda servir de habitación, para distinguirlo del “no destinado a la habitación”, puesto que resulta innecesario.

Por otra parte, en lo que concierne al sitio no destinado a la habitación del artículo 443 del Código Penal, debe entenderse aquel como “cualquier extensión de terreno que no se encuentre delimitada o que, si lo está, carece de resguardos que impidan una entrada no autorizada” (Oliver, 2014, pág. 19). El sitio no destinado a la habitación no puede ser cerrado, calidad esta última que sí comparten el lugar habitado, destinado a la habitación y no habitado. Por lo mismo, esta figura no contempla como modalidad de fuerza en las cosas el escalamiento,

puesto que el robo se comete en un lugar abierto, como lo sería una playa de estacionamiento o un predio rural delimitado sólo por cercos. Además, ninguna importancia tiene el hecho que esta extensión de terreno se considere habitable o no; fue solo una torpeza del legislador agregar, después del término “sitio”, la frase “no destinado a la habitación”.

En suma, “un lugar es una extensión de terreno delimitada y rodeada por resguardos o defensas que impiden una entrada no autorizada. Si sirve de morada a alguien, es habitado o no destinado a la habitación (art. 440); si no sirve de morada a nadie, es un lugar no habitado (art. 442)” (Oliver, 2014, pág. 20) Un sitio, en cambio, es una extensión de terreno que no está delimitada, o si lo está, carece de resguardos que impidan un ingreso no autorizado (art. 443).

En otro orden de ideas, Oliver se refiere a la calificación que merecen las llamadas “casas de veraneo” cuando sucede un robo con fuerza en las cosas en su interior. Para el profesor, lo relevante es examinar si en el momento del robo el lugar cumple la función de servir de morada a alguien, puesto que ese es el momento crucial para determinar si existe o no un ámbito especial de intimidad al que se ha querido dar una mayor protección penal. Luego, un robo con fuerza en una casa de veraneo fuera del período de verano debe ser considerado un robo en lugar no habitado, a menos que al momento del delito esté siendo habitada por alguien que pernocta en ella, pese a que no esté presente en ese instante.

Finalmente, respecto a las “dependencias” a que alude el artículo 440 del Código Penal, Oliver comparte con cierta doctrina que el significado de esta expresión se refiere a un lugar físico contiguo al lugar habitado o destinado a la habitación, y directamente comunicado con éste. Sin embargo, estas consideraciones físicas siendo necesarias, son insuficientes para el académico, puesto que además se debe exigir que en el lugar accesorio el titular del recinto principal ejerza su potestad, como por ejemplo dejando algunas de sus pertenencias allí. Si no puede ejercer sus derechos, por haber entregado en arriendo el lugar a un tercero, no se trata de una dependencia, sino de un lugar habitado o no habitado. Además, para Oliver resulta relevante que la extensión del lugar no debe ser muy excesiva, ya que mientras más lejos nos encontramos del lugar habitado, menor es la intimidad del titular.

(4) El escalamiento externo en el delito de robo con fuerza en las cosas

El escalamiento externo, contemplado en el artículo 440 del Código Penal, es aquel que se verifica en el perímetro del lugar, y no dentro de él. Se suele hacer una distinción entre escalamiento propiamente tal y la fractura o efracción. El primero sería la superación de las entradas de una propiedad mediante agilidad o destreza física, o con ayuda de medios materiales, y el segundo, en la destrucción de dichas entradas o resguardos.

La primera de estas modalidades se correspondería con el ingreso “por vía no destinado al efecto”, contemplado en la primera parte del número 1 del artículo 440. Esta expresión obliga a analizar si en el caso concreto el acceso corresponde o no al que normalmente se utiliza. Por lo general, la entrada habitual de un lugar habitado, destinado a la habitación o sus dependencias será una puerta, de manera que entrar por una ventana convertiría el hecho en robo. Para Oliver, el fundamento de la mayor pena que el robo con fuerza en las cosas tiene en comparación con el hurto, es la intensificación del ataque al bien jurídico, al burlarse una barrera de protección del objeto establecida por el propietario, que exterioriza su intención contraria a la sustracción de aquél. Luego, aun cuando se ingrese por una ventana abierta a poca distancia del piso, de todas maneras, se estarán venciendo los resguardos que el dueño de la cosa ha dispuesto, por lo que se configurará el robo.

Para el académico, entrar “por vía no destinada al efecto” es una cláusula general referida a cualquier vía, forma, manera o modo de entrar que no esté destinada al efecto, es decir, al ingreso de terceros, de manera que estarían incluidas conductas como ingresar por el hueco de una puerta que se desmontado previamente, entrar mediante una llave no autorizada por el dueño o ingresar por una puerta que ha sido abierta mediante la introducción de una mano por la venta, y no solamente acceder por donde normalmente no entra nadie.

La segunda de las modalidades se refiere a la entrada “por forado o con rompimiento de pared o techos, o fracturas de puertas o ventanas”, contemplada en la segunda parte del número 1 del artículo 440.

Respecto al ingreso “por forado”, Oliver afirma que se trata de entrar al lugar haciendo un orificio en un muro, puerta, techo, ventana, suelo o en cualquier otro resguardo o defensa,

siendo lo relevante que el propio sujeto activo sea quien haga el forado. En lo relativo a entrar “con rompimiento de pared o techos”, significa ingresar a través de una pared o un techo que el mismo autor destruye con anterioridad. Y finalmente, respecto del ingreso “con fractura de puertas o ventanas”, el académico sostiene que se refiere a entrar a un lugar, quebrando previamente una puerta o una ventana. Según la Real Academia de la Lengua Española, “fracturar” significa romper o quebrantar con violencia algo, de manera que Oliver rechaza el planteamiento de un sector doctrinario que sostiene que se incluye en esta última expresión la separación de una puerta o una ventana sin romperla, desatornillándola o levantándola de sus bisagras: solo hay fractura cuando se rompe una puerta o una ventana. Estas últimas modalidades pertenecen más bien al ámbito de ingresar por vía no destinada al efecto.

Otra publicación menester de mencionar es el capítulo de libro “Consideraciones sobre el hurto de hallazgo” (2013), donde Oliver realiza un breve análisis dogmático sobre dicho ilícito, examinando previamente su origen histórico y su naturaleza.

El académico sostiene que no es extraño que el hurto de hallazgo aparezca en la mayoría de las legislaciones comparadas separado de la regulación del hurto, puesto que en el primero la cosa no se halla sujeta a la custodia de nadie. Por lo mismo, se ha dicho que esta figura está mucho más relacionada con la apropiación indebida que con el hurto. Sin embargo, ello no quiere decir que existe una identidad entre la apropiación indebida y el hurto de hallazgo, puesto que en este último el sujeto activo no recibe la cosa de manos de nadie, sino que simplemente se la encuentra, sin entregarla a su dueño o a la autoridad. Por tanto, “debe considerarse el hurto de hallazgo como una figura autónoma, distinta del hurto y de la apropiación indebida” (Oliver, 2013, pág. 966).

En primer lugar, el profesor Oliver se refiere a la primera modalidad de hurto de hallazgo: la apropiación de especies al parecer pérdidas -regulada en el inciso primero del artículo 448 del Código Penal. Para el académico, aunque podría pensarse que la conducta es doble (tanto “hallar” como “no entregar”), en estricto rigor la conducta determinante es la de no entregar la cosa a la autoridad o a su dueño, puesto que hallar una especie mueble es algo independiente a la voluntad de una persona y sólo constituye la situación que genera la obligación de entregar la cosa. Luego, es posible calificar el hurto de hallazgo como un delito

de omisión propia. Con todo, no basta con no realizar la acción ordenada para configurar el tipo: se requiere además que la inactividad del sujeto obedezca a la apropiación de la cosa, puesto que lo que se protege es el mismo bien jurídico que el hurto simple.

La omisión consiste en no entregar la cosa a la autoridad o su dueño. En cuanto a la “autoridad”, siguiendo las normas del Código Civil que se refieren al hecho de encontrarse una especie mueble al parecer perdida, se entiende que se trata de la municipalidad respectiva. En cuanto al dueño, nada obsta a que se realice la entrega a él mismo o a sus representantes.

El objeto material del delito es “una especie mueble al parecer perdida”. Existe consenso en la doctrina en que la cosa está perdida cuando no se encuentra bajo custodia de alguien, sea porque está extraviada u olvidada, e independiente de si el dueño sabe o no donde se le extravió o la dejó. Luego, no caben en esta figura las cosas abandonadas, puesto que, respecto de ellas, quien las ocupa adquiere su dominio. Tampoco caben las cosas muebles que voluntariamente, pero por error, son entregadas al sujeto que luego no las devuelve, puesto para que se verifique este delito, “el sujeto activo debe realizar un comportamiento tendiente a constituir una custodia nueva sobre una cosa ajena que no se encuentre sujeta a custodia alguna” (Oliver, 2013, pág. 971), cosa que no sucede en este caso, pues es el propio dueño quien pone la cosa bajo resguardo del sujeto activo.

En cuanto al elemento subjetivo, es claro que se requiere dolo. Aunque una parte de la doctrina asegura solo cabe el dolo directo, para Oliver esta exigencia es solo predicable respecto del conocimiento cierto acerca de la identidad del dueño, pero nada obsta a admitir el dolo eventual en los otros elementos del tipo, como, por ejemplo, el carácter de “perdida” de la cosa.

En lo que respecta al sujeto activo, existe consenso en que éste debe conocer la identidad del dueño de la cosa perdida, lo que quedó claramente establecido en las actas de la Comisión Redactora del Código Penal. Este conocimiento, que hace surgir la obligación de entregar la cosa, debe emanar de hechos coexistentes o posteriores al hallazgo. El profesor Oliver comparte con cierta doctrina la postura de que constituye una omisión del legislador no contemplar el conocimiento por hechos anteriores, y no cree que esta situación se subentienda comprendida

en la norma como señalan algunos. De esta manera, si el conocimiento se produce por hechos anteriores, el comportamiento deviene en atípico.

A pesar de que no esté explícitamente dispuesto en la norma, se requiere, además del dolo, el ánimo de señor y dueño en el sujeto activo, puesto que con el hurto de hallazgo no se pretende sancionar la omisión de entregar la cosa si no ha habido previa apropiación. Para Oliver, este ánimo puede sobrevenir incluso después de haberse encontrado la cosa, pero en tal caso solo en el momento en que surge dicho ánimo se entiende cometido el delito.

En lo que atañe a la punibilidad, el académico piensa que la excusa legal absolutoria del artículo 489 del Código Penal no sólo comprende al hurto simple que recíprocamente se causen los cónyuges y ciertos parientes, sino que también al hurto de hallazgo. Y finalmente, en lo que respecta a la penalidad, al contrario que lo que ocurre con el hurto simple, la pena del hurto de hallazgo no varía según el valor de la cosa, sino que es fija. El valor solo es determinante para distinguir el simple delito de la falta: si excede de una unidad tributaria mensual se trata de un simple delito; si no supera este monto, se castiga con la falta del artículo 494 N° 19 del Código Penal.

En segundo lugar, Oliver se refiere a la otra modalidad de hurto de hallazgo: la apropiación de especies al parecer perdidas o abandonadas a consecuencia de una calamidad, establecida en el inciso segundo del artículo 448 del Código Penal. Todo lo señalado respecto de la primera modalidad es aplicable para esta figura, salvo las siguientes salvedades.

El objeto material de esta figura lo constituyen especies, al parecer perdidas o abandonadas, a consecuencia de naufragio, inundación, incendio, terremoto, accidente en ferrocarril u otra causa análoga, de manera que se trata de cosas provenientes de una catástrofe, sea por sus consecuencias naturales, sea por actos voluntarios de sus dueños o terceros. En cuanto a la referencia a cosas “abandonadas” esta expresión no es en el sentido civil del término, sino que se refiere a especies que se dejan por necesidad y que se espera recuperar si se ofrece la posibilidad.

En cuanto al elemento subjetivo, al contrario de lo dispuesto en la primera modalidad de hurto de hallazgo, en esta figura no es necesario que el sujeto activo conozca la identidad del

dueño de la cosa. De esta manera, “si sabe quien es el dueño, deberá entregarla a él o a la autoridad; si no lo sabe, igualmente debe entregarla a la autoridad. De lo contrario, el delito se entenderá cometido”. (Oliver, 2013, pág. 975)

3.2. Delito de Cohecho

Durante el primer lustro de la década de 2000, el profesor Oliver realizó importantes aportes a la dogmática del delito de cohecho, analizando minuciosamente su estructura, características y particularidades, en virtud de diversas modificaciones legales que dicho ilícito había experimentado en los años 1999 y 2002. Sin embargo, la Ley 21.121, de fecha 20 de noviembre de 2018, introdujo grandes cambios en buena parte de las disposiciones relativas al cohecho, desde modificaciones en cuanto a las formas de comisión hasta un considerable aumento en la penalidad, pasando por la supresión de artículos completos, la alteración de artículos antiguos y la incorporación de artículos nuevos. Todos estos cambios generaron que ciertas consideraciones del profesor Oliver se refieran a artículos derogados o a redacciones obsoletas, que por lo mismo no revisten la entidad suficiente para ser analizados. Con todo, subsisten aspectos relevantes de las publicaciones del profesor Oliver que sí se corresponden con la legislación actual del cohecho, ya sea porque se refieren a disposiciones aún vigentes o porque sus postulados son aplicables a la nueva redacción legal, de manera que es menester señalarlos.

La principal publicación de Oliver en este ámbito es el artículo “Aproximación al delito de cohecho” (2004), en el cual el profesor efectúa algunas consideraciones acerca del delito de cohecho, a partir de la regulación establecida en la Ley 19.645 de 1999, incluyendo las modificaciones de la Ley 19.829 de 2002. Primeramente, se entregan los lineamientos generales de la figura abstracta de cohecho, donde el profesor se aventura a definir el cohecho como “la conducta activa o pasiva de un funcionario público destinada a recibir una retribución no debida en el ejercicio de su cargo, así como la conducta activa o pasiva de un particular destinada a dar a un funcionario público una retribución no debida en el ejercicio del cargo de éste” (Oliver, 2004, pág. 87)

Acto seguido, entrega las principales clasificaciones del cohecho, haciendo precisiones importantes en cada una de ellas. En primer lugar, al distinguir entre cohecho activo y cohecho pasivo, sostiene que la concepción tradicional de esta clasificación, según la cual el primero era el cometido por un particular y el segundo el cometido por un funcionario público, debe entenderse superada desde que la Ley 19.645 estableció conductas activas y pasivas tanto para el particular como para el funcionario, de manera que es más preciso hablar de cohecho del particular y cohecho del funcionario público, pudiendo en ambos casos ser el individuo sujeto activo o sujeto pasivo.

En segundo lugar, presenta la distinción entre cohecho antecedente y cohecho subsiguiente, donde el primero implica que el beneficio se solicita, ofrece, acepta o consiente en dar para un hecho futuro por parte del empleado público, mientras que en el segundo el beneficio se solicita, ofrece, acepta o consiente como recompensa por un acto ya realizado por el funcionario. Si bien esta clasificación es bastante discutida en la doctrina extranjera, resulta enteramente procedente en Chile, toda vez que el Código Penal en los artículos 248 y siguientes sanciona tanto cuando el beneficio se solicita, acepta u ofrece “para ejecutar u omitir” un acto, como cuando se solicita, acepta u ofrece “por haber ejecutado u omitido” un acto.

En tercer lugar, distingue entre cohecho propio y cohecho impropio, clasificación que, aclara, adquiere diferentes concepciones según el país de que se trate. En Chile, el cohecho propio ocurre cuando se busca la ejecución u omisión de un acto propio del cargo del empleado, mientras que en el cohecho impropio se persigue la comisión de un delito funcionario. Sin embargo, el profesor Oliver sostiene que esta distinción debiese ser suprimida, no sólo por la falta de uniformidad de criterios doctrinales, sino que además porque es bastante imprecisa terminológicamente, en atención a que sugiere que buscar la comisión de un delito funcionario sería impropio, es decir, que se aparta de la esencia del cohecho mismo, en circunstancias que ello no es así.

En cuanto a la discutida naturaleza unilateral o bilateral del cohecho, el profesor Oliver afirma que tradicionalmente se entendió que el delito de cohecho tenía naturaleza bilateral. Sin embargo, a partir de la reforma introducida por la ley 19.645, para apreciar un delito de funcionario dejó de ser necesario que existiera un acuerdo entre éste y un particular, bastando

la sola solicitud de algún beneficio, aunque no fuese aceptada. Asimismo, en el caso del delito de cohecho de particular ya no fue imprescindible que su ofrecimiento fuera aceptado por el funcionario, bastando el solo ofrecimiento del beneficio. En consecuencia, Oliver sostiene que actualmente es posible afirmar que el delito de cohecho tiene naturaleza unilateral.

Otro aspecto importante tiene que ver con el bien jurídico protegido en el delito de cohecho. El profesor Oliver reconoce que la mayoría de la doctrina está de acuerdo en considerar que el bien jurídico es único, tanto en el cohecho del funcionario como en el del particular. Sin embargo, hay discusión sobre cuál es el bien jurídico preciso que este ilícito protege. El académico descarta las propuestas de autores que han mencionado como bien jurídico la confianza de los ciudadanos en el correcto funcionamiento de la Administración, el principio de imparcialidad en el ejercicio de la función pública y ciertos deber del cargo funcionario (como lealtad, integridad, probidad, honestidad y fidelidad). Para el profesor Oliver, el bien jurídico protegido en el delito de cohecho es el correcto servicio que la Administración presta a los ciudadanos. Así, la razón para castigar esta clase de comportamientos es que impiden o dificultan que el servicio a los ciudadanos se presente de manera correcta.

El delito de cohecho —sostiene Oliver—, puede ser de lesión o de peligro. Será un delito de lesión cuando se trate de cohecho del funcionario público, porque si el empleado solicita o acepta un beneficio indebido para ejecutar un acto propio de su cargo, ya habrá impedido que el servicio llamado a prestar se brinde de manera correcta. En cambio, será un delito de peligro cuando se trate de cohecho del particular, porque si el particular ofrece un beneficio indebido su conducta no necesariamente impedirá que el servicio se preste de manera correcta, toda vez que no está en sus manos, sino en las del funcionar, la efectiva lesión.

Luego, el profesor Oliver realiza un minucioso análisis de los principales elementos de las figuras penales del cohecho, de manera separada.

a) Figura básica de cohecho del funcionario público (art. 248)

En primer lugar, en cuanto al verbo rector “solicitar o aceptar”, se señala que no es necesario que se haga de manera expresa, bastando con que la solicitud o aceptación se realice de cualquier forma idónea para transmitir el mensaje (estirar la mano, guiñando el ojo,

asintiendo). En segundo lugar, sobre la frase “derechos señalados en razón de su cargo”, Oliver afirma que cabe incluir aquí todos los casos en que los funcionarios están facultados para cobrar una suma de dinero por el servicio que prestan al público.

En tercer lugar, en cuanto al “beneficio económico”, caben aquí todas las hipótesis en las que el funcionario no se encuentra facultado para cobrar dinero al público por el ejercicio del cargo; en estos casos, el empleado no puede solicitar ni aceptar dinero alguno por la realización del acto propio de su cargo. A este respecto cabe señalar que la Ley 21.120 añadió la frase “o (un beneficio) de otra naturaleza”, ampliando el campo de beneficios susceptibles de caber en la tipicidad del cohecho. El profesor Oliver estima que, en el campo de esta figura básica de cohecho, cabe la posibilidad de no castigar ciertas dádivas que se entregan a funcionarios públicos en el marco de situaciones socialmente aceptadas, como por ejemplo, en la celebración de Navidad, debiendo analizarse estos hechos caso a caso bajo el prisma de la adecuación social.

En cuarto lugar, Oliver señala la importancia de la frase “para ejecutar o por haber ejecutado” en dos ámbitos: primero, porque supone el reconocimiento del cohecho subsiguiente en Chile, y segundo, porque revela una importante exigencia a nivel de tipo subjetivo, cual es que debe concurrir dolo directo en el sujeto activo. Finalmente, en cuanto a la frase “actos propios del cargo”, el profesor señala que en Chile debe estarse a una interpretación restrictiva, comprendiendo sólo aquellos actos cuya realización obedece al ejercicio de las funciones públicas dentro de la competencia del empleado, debiendo descartarse los actos que no pertenecen a la esfera de atribuciones del funcionario, pero cuya comisión resulta facilitada por su condición de tal.

b) Primera figura agravada de cohecho del funcionario público (art. 248 bis)

El profesor extiende las consideraciones esbozadas para la figura básica en lo que respecta al verbo rector, el beneficio económico, el sentido de la frase “para ejecutar o por haber ejecutado” y el alcance de la expresión “actos propios del cargo”, pero sí formula otras nuevas respecto de las particularidades que introduce este tipo. Así, en primer lugar, respecto al beneficio económico, precisa que en esta figura tiene un matiz diferente: primero, porque resulta

aplicable no sólo a los casos en que el empleado no se encuentra facultado para cobrar dinero al público, sino que también en aquellos en que sí está facultado para cobrar derechos; segundo, porque no caben en este tipo las consideraciones respecto de la adecuación social, toda vez que si bien la sociedad puede considerar adecuado o tolerar, en ciertas circunstancias, que los particulares entreguen a los funcionarios beneficios porque han cumplido su deber, no resulta aplicable para la misma sociedad que esos beneficios se entreguen porque los empleados no han cumplido su deber o para que dejen de cumplirlo.

En segundo lugar, en cuanto a la frase “para omitir o por haber omitido”, sostiene que la mayor gravedad de esta figura se debe a que el funcionario pretende lograr un beneficio dejando de cumplir con sus deberes, y que al igual que la frase “para ejecutar o por haber ejecutado”, indica que debe concurrir dolo directo en el sujeto activo. A este respecto, el profesor Oliver avizora un interesante problema en caso de que la omisión en la que se pretende que incurra el empleado constituye, a su vez, un delito funcionario, para lo cual propone hacer una distinción. Si la omisión del acto constituye un delito funcionario previsto en el artículo 249 del Código Penal, se produciría un concurso aparente de leyes penales entre el artículo 248 bis y el artículo 249, concurso que, por aplicación del principio de subsidiariedad, se resolvería en favor del artículo 249. En cambio, si la omisión constituye un delito funcionario distinto (como la omisión de los empleados de presentar denuncia del artículo 175), no habría ningún concurso y sólo sería aplicable el artículo 248 bis, puesto que no se realizaría el tipo penal omisivo, porque respecto de éste la conducta realizada habría alcanzado a constituir sólo un acto preparatorio impune.

En tercer lugar, respecto de la expresión “con infracción a los deberes de su cargo”, Oliver sostiene que ello ocurre cuando la realización del acto contraviene las disposiciones que regulan el desarrollo de las funciones propias del cargo o del servicio al que pertenece el empleado público, las que pueden encontrarse en una ley, reglamento, instructivo, circular, entre otros textos normativos. El profesor va incluso más allá, y afirma que, contrario a lo que pudiera creerse, esta infracción de deberes no sólo se puede presentar en el ejercicio de la actividad reglada del funcionario, sino también dentro de su actividad discrecional.

Por último, respecto de la frase “ejercer influencia en otro empleado público”, relativa al inciso segundo del artículo 248 bis, el profesor Oliver cree que no basta con una mera sugerencia o recomendación, sino que quien ejerce la influencia debe abusar de una situación de prevalimiento. Es decir, debe tratarse de una situación de superioridad en que se encuentra el funcionario público que busque influir en el empleado que tiene a su cargo la adopción de la decisión.

c) Segunda figura agravada de cohecho del funcionario público (art. 249)

Respecto a este tipo penal, se hacen extensivas las consideraciones respecto del verbo rector y del beneficio señaladas para la figura básica, con la misma precisión hecha en el número anterior relativa a que no procede acudir, al principio de la adecuación social para excluir las conductas que quepan dentro del tenor literal del artículo 249, porque lo impide la finalidad que debe tener la solicitud o aceptación del beneficio (que el empleado cometa determinados delitos funcionarios). Además, el profesor Oliver señala dos importantes aspectos que suscitan interés en esta figura.

El primero tiene que ver con la falta de tipificación del cohecho subsiguiente. Para el académico, llama la atención que el artículo 249 sólo se ponga en el caso en que se solicite o acepte el beneficio “para cometer” un delito funcionario, y no en el caso en que se lo pida o acepte “por haberlo cometido”, lo que sí se contempla en todas las figuras anteriores. Lo anterior conduce a un contrasentido legislativo, desde que para el Código Penal resulta más grave la conducta de un empleado que solicita o acepta un beneficio por *haber* ejecutado un acto propio de su cargo, en razón del cual no le están señalados derechos, o por *haber* omitido un acto debido de su cargo, que el comportamiento del funcionario que solicita o acepta un beneficio por *haber* cometido un delito funcionario, resultando esta última conducta impune por atípica.

El segundo, se relaciona con el tipo de delito funcionario de que se trate. En efecto, el artículo 249 sólo contempla los delitos funcionarios previstos en el título V o en el párrafo 4 del título III del Libro Segundo del Código Penal, en cuyo caso, la pena prevista en el artículo 249 se aplica sin perjuicio de las penas que además correspondan por la comisión del respectivo delito funcionario. Sin embargo, en caso de tratarse de otros delitos funcionarios (como la

falsificación de documento público del artículo 193), la sola solicitud o aceptación del beneficio por parte del empleado no originaría todavía para éste responsabilidad penal, porque no cabría en el tipo agravado del artículo 249. Sólo si a la aceptación o solicitud le sigue la efectiva comisión del delito ministerial, nacerá entonces responsabilidad penal para el empleado, la que se agravará por la circunstancia modificatoria del artículo 12 número 2 (cometer delito mediante precio, recompensa o promesa).

d) Figura básica de cohecho del particular (art. 250)

En primer lugar, en cuanto al verbo rector “diere, ofreciere o consintiere en dar”, el profesor Oliver señala que no es necesario que el ofrecimiento se haga en términos formales y explícitos, ya que el tipo no lo exige, sino que basta cualquier conducta que revele inequívocamente la proposición que el particular le hace al empleado público. Asimismo, tampoco es necesario que se consienta de manera expresa en entregar al funcionario lo que éste ha solicitado, bastando cualquier comportamiento que constituya una manifestación de voluntad del particular en dicho sentido.

En segundo lugar, respecto a la expresión “para que realice las acciones o incurra en las omisiones señaladas en los artículos 248, inciso segundo, 248 bis y 249, o por haberlas realizado o haber incurrido en ellas”, el académico señala que contiene una exigencia subjetiva, cual es que debe concurrir dolo directo en el sujeto activo. Así, sólo de quien actúa con dolo directo puede decirse que ofrece o consiente en dar algo para que se realicen ciertas acciones o se incurra en ciertas omisiones o por haberlas realizado o haber incurrido en ellas.

e) Figura privilegiada de cohecho del particular (art. 250 bis)

Primeramente, el profesor se preocupa de las razones que justifican la atenuación de la pena en esta figura. Oliver rechaza la postura de quienes afirman que el fundamento de la atenuación se encuentra en la culpabilidad, concretamente, en una menor exigibilidad de otra conducta atendido los especiales lazos que unen al autor con el imputado o acusado. En cambio, sostiene que la atenuación responde a consideraciones de política criminal que buscan proteger la institución de la familia, atendida su importancia en la sociedad chilena, lo que permite afirmar que, más bien, nos encontramos en presencia de una *semi* excusa legal absolutoria, o

como él denomina: una excusa legal *atenuatoria*, la que no dice relación con los elementos del delito, sino con su punibilidad.

Para el profesor Oliver, la postura que se adopte puede llegar a ser determinante. Por ejemplo, en un caso de error acerca de la relación conyugal o de parentesco, si se acepta que en este caso concurre una semi excusa legal absolutoria, al particular le será aplicable de todas formas el artículo 250 bis, a pesar de que ignore la existencia de dicho vínculo. Por el contrario, de aceptarse que el fundamento de la atenuación se encuentra en la culpabilidad, si el sujeto ignoraba la concurrencia de dicho nexo conyugal o parental, deberá responder por la figura básica del artículo 250.

En segundo lugar, a Oliver le llama la atención el hecho de que el artículo 250 bis sólo se refiera al cónyuge, conviviente o pariente de quien realiza la conducta, y no se ponga en la hipótesis en que el sobornante sea el propio imputado o acusado. Sin embargo, sostiene que esto es así debido a que no entran en juego los intereses político-criminales de protección de la familia cuando es el mismo particular en favor propio quien realiza el cohecho.

Finalmente, el profesor Guillermo Oliver se refiere al *iter criminis* en el delito de cohecho. A este respecto, señala que es un delito de mera actividad, y que por tanto se perfecciona con la realización de una conducta, sin exigirse para su consumación que se produzca un resultado material unido por relación de causalidad e imputación objetiva con el comportamiento. Por lo tanto, resulta imposible concebir este delito en grado de frustración, porque si el individuo ejecuta todos los actos que la ley pone a su cargo, el cohecho ya se habrá consumado.

Sin embargo, señala que en la doctrina se discute si es posible o no concebir una tentativa en el cohecho. Para Oliver, la tentativa sí es procedente en un delito de mera actividad, siempre que su ejecución sea fraccionable en el tiempo. Así, el profesor considera que las conductas consistentes en *solicitar* (en el caso del funcionario) y *ofrecer* (en el caso del particular) son susceptibles de dividirse, imaginariamente, en distintas etapas. Da como ejemplo la redacción de una carta: el funcionario solicita -o el particular ofrece- un beneficio mediante una carta, se entrega la carta en la oficina de correos, se traslada la carta y se recibe por parte del destinatario.

De esta manera, mientras el destinatario no reciba la carta, no podría entenderse como consumado el delito, sino sólo tentado. En cambio, los comportamientos consistentes en *aceptar* (en caso del empleado) y en *consentir en dar* (en el caso del particular), no admiten fraccionamientos en el tiempo, por lo que respecto de ellos no sólo es imposible la frustración, sino también la tentativa.

3.3. Delitos económicos

Dentro de esta órbita, destaca el capítulo “Inconstitucionalidad del nuevo delito de enriquecimiento ilícito” (2008), donde el profesor Oliver asegura que el delito contemplado en el artículo 241 bis del Código Penal, introducido por la Ley 20.088 en 2006, vulnera la Carta Magna.

Para el académico, la figura de enriquecimiento ilícito es inconstitucional debido a que no respeta el principio de taxatividad de la ley penal. Este principio, establecido en el artículo 19, N° 3, inciso 8° de la Constitución, obliga al legislador a redactar del modo más preciso y claro posible la conducta prohibida, de manera que las personas sepan con certeza qué conductas son constitutivas de delito. Sin embargo, el artículo 251 bis del Código Penal no sólo no describe con precisión la conducta punible, sino que ni siquiera señala cuál es la conducta prohibida. En efecto, “no puede sostenerse seriamente que la expresión ‘obtener un incremento patrimonial’ de cuenta de un comportamiento” (Oliver, 2008, pág. 474).

Según Oliver, el incremento patrimonial de un empleado público sería el resultado de una conducta, mas no una conducta en sí misma, lo que de por sí vulneraría el principio de taxatividad. Pero, además, el texto del artículo 241 bis permite atribuir un incremento pecuniario a un abanico de conductas demasiado amplias e indeterminadas. Así, el incremento patrimonial de un funcionario público se puede deber a una multiplicidad de conductas ilícitas, no solo a delitos dentro del ejercicio de su cargo, como exige la norma, como sería el caso de hurtos, robos, usurpaciones o fraudes.

Por otra parte, el infinito abanico de conductas que pueden explicar el incremento patrimonial incluye no sólo comportamientos ilícitos, sino que también lícitos, como participar en juegos de azar permitidos, realizar actividades en el rubro empresarial, entre otras. Y aún

más, un incremento de patrimonio puede deberse incluso a factores completamente ajenos a la voluntad del empleado público, de manera que ni siquiera habría una conducta, como ocurriría en caso que aumente la plusvalía de un inmueble de su propiedad, o si el empleado público es el único heredero de una persona millonaria que fallece. En estas situaciones, de ser condenada la persona, no solo se vulneraría el principio de taxatividad, sino además el de lesividad, por imponerse una pena sin que ningún bien jurídico se haya visto afectado.

Junto a lo anterior, Guillermo Oliver sostiene que este incumplimiento del legislador de su obligación constitucional de describir expresamente una conducta permite afirmar que estamos ante un tipo característico de derecho penal de autor y no de acto, toda vez que una sospecha delictiva genérica es, en definitiva, una sospecha sobre la calidad de “delincuente” y no sobre un delito determinado.

Por todas estas consideraciones, el académico piensa que la mejor solución es que el Tribunal Constitucional declare la inaplicabilidad del artículo 241 bis del Código Penal en cualquier gestión pendiente, y luego su inconstitucionalidad, en atención a lo establecido en los artículos 82 y 83 de la Constitución.

En otro orden de ideas, el profesor Oliver nos presenta el artículo “Modificaciones en la regulación del delito de giro fraudulento de cheque: análisis desde la teoría de la sucesión de leyes” (2009), donde analiza si el cambio de régimen de delito de acción penal pública a acción penal privada de este ilícito, introducido por la Ley 19.809 - publicada el 31 de mayo 2002-, debe o no aplicarse a los hechos ejecutados con anterior a mayo de 2002, conforme al principio de favorabilidad o *retroactividad in bonam partem*.

Repitiendo los argumentos que esgrimió en su artículo “¿Debe aplicarse la ley intermedia más favorable?” (2004), Guillermo Oliver rechaza que la retroactividad de las leyes penales más favorables encuentre su fundamento en consideraciones de justicia, razones humanitarias, fines de defensa social, un cambio en la valoración de la conducta, vulneración al principio de igualdad ante la ley, contravención al principio de legalidad, la fundamentación compleja o la tesis funcionalista. Para el académico, la justificación de la retroactividad *in bonam partem* es el principio de proporcionalidad en sentido amplio o prohibición de exceso.

El principio de proporcionalidad en sentido amplio se compone de tres exigencias: la idoneidad -que la intervención penal sirva para proteger bienes jurídicos mediante la prevención general y especial de delitos que los lesiones o pongan en peligro-, la necesidad -que la intervención no vaya más allá de lo indispensable para alcanzar el fin que persigue- y la proporcionalidad en sentido estricto -que exista una armónica relación entre la nocividad del delito y la gravedad de la pena.

Así, si se promulga una ley que declara impune un hecho que anteriormente era castigado penalmente, la sanción penal impuesta por el mismo hecho conforme la anterior ley ya no cumpliría ningún efecto de prevención general ni especial. En tal caso, “no aplicar retroactivamente la nueva ley supondría infringir el principio de proporcionalidad en sentido amplio porque se mantendría una pena que no sería idónea para el fin de prevención de delitos, ni necesaria para el mismo fin, ni estrictamente proporcionada” (Oliver, 2009, pág. 71).

Respecto a la posibilidad de que la retroactividad *in bonam partem* alcance a las modificaciones procesales favorables, la doctrina está dividida. Algunos sostienen que este efecto retroactivo es solamente predicable para las leyes penales sustantivas, mientras que otros le otorgan un carácter amplio y la extienden también a los cambios procesales. Para Oliver, hay que distinguir entre los casos en que la modificación favorable puede dar lugar a una verdadera aplicación retroactiva, y los casos en que sólo se origina una aplicación inmediata, *in actum*.

Si la ley penal más favorable se promulga cuando todavía no se ha iniciado un proceso para juzgar conductas cometidas con anterioridad a su entrada en vigor, deberá ser aplicada en su juzgamiento, en atención al principio *tempus regit actum*. De esta manera, “la modificación producirá sus efectos *in actum*, sin tener aplicación verdaderamente retroactiva, toda vez que su objeto de regulación -el proceso- aún no existe” (Oliver, 2009, pág. 73). Así, si al momento de la perpetración de un ilícito, la legislación lo consideraba de acción penal pública y una posterior modificación lo convierte en uno de acción privada, no podrá comenzar el proceso sin que se deduzca una querrela o se formule una denuncia. Esta modificación surgirá efectos *in actum*, pero no puede hablarse de una aplicación verdaderamente retroactiva porque el proceso aún no existe.

En cambio, si la ley procesal penal más favorable se dicta una vez que el proceso ha comenzado, como su objeto de regulación ya existe, sí podría hablarse de retroactividad, en la medida que se aplique a actos procesales anteriores. A juicio del profesor, “en los supuestos en los que la ley procesal penal más benigna puede dar lugar a una verdadera aplicación retroactiva, tal retroactividad resulta obligatoria también por aplicación del principio de proporcionalidad en sentido amplio o prohibición de exceso” (Oliver, 2009, pág. 75). Lo anterior, puesto que este principio constituye un límite no sólo para la imposición de consecuencias jurídico-penales (penas y medidas de seguridad), sino también para el inicio y desarrollo del proceso.

Siguiendo lo anterior, si una vez iniciado un procedimiento para juzgar un delito que al momento de su comisión era perseguible de oficio, cambia la legislación para exigir que sólo pueda juzgarse el ilícito previa denuncia o querrela, resulta obligatorio, por mandato del principio de proporcionalidad en sentido amplio, aplicar la modificación si en el proceso no ha habido denuncia o querrela, retrotrayendo el proceso al momento anterior a su inicio y esperando la eventual interposición de una denuncia o querrela.

A juicio de Oliver, la modificación favorable introducida por la ley 19.806, según la cual el delito de giro fraudulento de cheque pasó de ser un delito de acción penal pública a un delito de acción penal privada (con la exigencia de una previa querrela del ofendido), debe recibir aplicación inmediata en la consecución de todos los procesos penales por este ilícito, pues de lo contrario se estaría vulnerando la proporcionalidad en sentido amplio o prohibición de exceso.

En efecto, de no aplicarse inmediatamente, se permitiría que el aparato de persecución penal continuara funcionando sin que exista necesidad de ello, según las nuevas valoraciones sociales. De acuerdo con estas valoraciones actuales, la intervención penal solo es procedente si la víctima del delito -el beneficiario del cheque- está de acuerdo con que el proceso se lleve adelante y exteriorice su voluntad mediante una querrela. Luego, llevar a delante la persecución penal como si se tratara de un delito de acción penal pública, sin la interposición previa de la querrela, importaría no respetar la exigencia de necesidad de pena, y se llegaría a la imposición de una sanción innecesaria, y, por tanto, desproporcionada.

4. Desarrollo Dogmático en Derecho Procesal Penal

En los años recientes, el profesor Oliver se ha enfocado de manera preeminente a distintos fenómenos del derecho procesal penal, rama que, estima, debe estar siempre en estrecha vinculación con el derecho penal sustantivo.

El último trabajo del académico a la fecha, “Dos proyecciones de la teoría del delito en la imposición de medidas cautelares personales en el proceso penal chileno” (2019), se enfoca en determinar el significado y alcance de la voz “delito” en la regulación de la detención por flagrancia y la prisión preventiva, para lo cual el profesor analiza estas disposiciones en relación a los diferentes elementos de la teoría del delito.

Cómo es sabido, la doctrina entiende “delito” como un hecho típicamente antijurídico y culpablemente ejecutado (agregándose a veces la exigencia de que sea punible). Sin embargo, el profesor sostiene que este concepto no es igual cuando se está ante una detención por flagrancia que cuando se está ante una prisión preventiva: en el primer caso, en principio, solo el elemento de la tipicidad resulta determinante para proceder a la detención; en el segundo caso, deben concurrir todos los elementos de la teoría del delito para decretarse la prisión preventiva.

Así, en primer lugar, respecto de la regulación de la detención por flagrancia, Oliver afirma que cuando ella utiliza la voz “delito”, en general, lo hace para aludir solamente a un hecho que es típico, de manera que para detener a alguien por las causales del artículo 129 del Código Procesal Penal, basta la constatación de la tipicidad del hecho realizado, sin que sea necesario, además, que se compruebe en el acto de la detención la antijuricidad, la culpabilidad y la punibilidad. Para el profesor, dado que la policía tiene un deber general de detener a quien sorprenda en delito flagrante, y que ésta tiene que evaluar en el mismo momento de constatación del hecho su carácter delictivo, “no resulta razonable exigirle la comprobación, en ese instante, de elementos adicionales de la teoría del delito, los que muchas veces pueden quedar en la incertidumbre incluso hasta la sentencia definitiva” (Oliver, 2019, pág. 186). Por lo demás, una investigación policial orientada a esclarecer estos otros elementos es contraria a la idea de flagrancia.

Con todo, Oliver señala que, si al momento de la constatación del hecho típico, hay señas evidentes de que la acción no es antijurídica (por concurrir una causal de justificación) o de que no es culpable (por concurrir una causal de exculpación), entonces la detención no resulta procedente. Así, para la detención por flagrancia basta la tipicidad del hecho, aun cuando existan dudas acerca de su antijuricidad o culpabilidad; pero cuando sea obvia la concurrencia de una causal de justificación o exculpación, la detención no cabe.

En el segundo caso, tratándose de la prisión preventiva, el profesor Oliver sostiene que el vocablo “delito” debería ser entendido en un sentido técnico, comprensivo de todos sus elementos. Primero, porque se ha planteado latamente que para imponer esta medida cautelar se requiere una buena probabilidad de que se dicte condena, lo que es difícil de sostener si se presentan dudas sobre la antijuricidad o la culpabilidad. Además, entender este término solo como un hecho típico contraviene el artículo 5 del Código Procesal Penal, que ordena interpretar de manera restrictiva las normas que autorizan afectar derechos del imputado. Oliver va más allá, y señala que debiese exigirse también la punibilidad del delito y los presupuestos procesales de persecución (porque no tendría sentido imponer la prisión preventiva por un hecho perseguido que, aunque se acredite, no puede sancionarse).

El académico sostiene, además, que para decretar la prisión preventiva el juez debe llegar a una convicción -no íntima- objetivamente extraíble de los antecedentes presentados por quien solicita la medida. Para ello, el profesor afirma que se debe adoptar un estándar que sea menor a la ausencia de dudas razonables (pues esta se exige para condenar), pero mayor a la prueba prevalente o preponderante (por ser esta más propia del proceso civil).

Finalmente, el profesor justifica esta diferenciación que debe hacerse para entender el significado de la voz “delito”, según se trate de detención por flagrancia o prisión preventiva, en atención a los sujetos llamados a apreciar la concurrencia de cada supuesto. En el primer caso, es la policía -o un particular- quien efectúa la detención por flagrancia, de manera que usualmente se trata de personas que carecen de una formación jurídica profesional y disponen de un muy acotado margen de tiempo para apreciar si están o no frente a un delito con todos sus elementos.

En el segundo caso, quien impone la prisión preventiva es el juez, quien claramente se ha formado jurídicamente por años y dicta su resolución en atención a los antecedentes presentados por los intervinientes y los planteamientos verbales vertidos por ellos, “lo que le permite discernir, sin el apuro propio de una situación de flagrancia, no sólo si se está ante un hecho típico, sino también si se advierten o no la concurrencia de los demás elementos del delito, incluyendo su punibilidad y los presupuestos procesales para su persecución” (Oliver, 2019, pág. 193). Además, la situación de flagrancia implica una privación de libertad de corta duración, a diferencia de la prisión preventiva, que puede durar meses o incluso años, de manera que es claro que debe haber una mayor exigencia para apreciar la existencia del delito en el segundo caso.

En otro orden de ideas, Oliver presenta el artículo “Reflexiones sobre los mecanismos de justicia penal negociada” (2019), donde revisa las principales ventajas y desventajas que la doctrina ha vislumbrado en los mecanismos de justicia criminal negociada, y su aplicabilidad o inaplicabilidad en el sistema nacional. Antes que todo, el profesor aclara que su análisis se centra sólo en el sentido restringido del concepto de “justicia penal negociada”, es decir, los mecanismos de negociación penal que llevan a una sentencia definitiva de absolución o condena.

En el Código Procesal Penal, han sido considerados como expresiones de justicia criminal negociada “tanto el procedimiento abreviado, como el procedimiento simplificado con admisión de responsabilidad, y también la no reclamación del imputado contra la resolución que acoge el requerimiento de procedimiento monitorio y la proposición allí contenida de imposición de una multa” (Oliver, 2019, pág. 453).

En cuanto a las ventajas, en primer lugar, algunos autores han señalado que la implementación de estos mecanismos de solución negociada contribuye a la *eficiencia* del sistema procesal penal, en el entendido que resulta imposible someter a juicio oral todos los casos que se conocen, coadyuvando estas herramientas a una mejor utilización de los escasos recursos humanos y materiales disponibles. Según Oliver, este argumento sí tiene aplicabilidad en el sistema chileno, ya que los tres mecanismos de justicia penal negociada antes mencionados (procedimiento abreviado, simplificado y monitorio) suman en total más del 95% de los casos

terminados con sentencia definitiva. Ahora bien, hay que distinguir la mayor o menor incidencia de cada uno. El procedimiento abreviado constituye sólo el 16% de los casos, siendo el mecanismo de menor contribución a la eficiencia del sistema. En cambio, los procedimientos monitorio y simplificado contribuyen de manera mucho más significativa: 34% y 44% de los casos, respectivamente.

En segundo lugar, otra ventaja que se ha señalado es que los mecanismos de justicia criminal negociada velarían por el respeto al derecho del imputado a ser juzgado dentro de un plazo razonable. Para el profesor, efectivamente ha habido una incidencia real de estos mecanismos en orden a aminorar el tiempo de juzgamiento de las causas, coadyuvando al respecto del derecho del imputado a ser juzgado dentro de un plazo razonable. Ello se explica porque el tiempo de duración promedio de un juicio oral es de 503 días, pero el lapso promedio de todas las salidas judiciales del sistema penal es de 310 días. Esta diferencia sólo puede explicarse por el importante papel que cumplen las causas finalizadas en procedimientos abreviados, simplificados con admisión de responsabilidad y monitorios.

En cuanto a las desventajas, en primer lugar, el argumento más destacado es que estos mecanismos tendrían un potencial carácter coercitivo. Se suele afirmar que, muchas veces, el imputado acepta la acusación o los hechos que se le imputan, y acepta por consiguiente el mecanismo respectivo, solamente por la amenaza de que en el juicio oral se le podrá imponer una pena mucho mayor, lo que puede llevar incluso a que personas inocentes admitan responsabilidad en ciertos casos. Para el profesor Oliver, este argumento adquiere mayor o menor pertinencia en el sistema chileno dependiendo del mecanismo que se trate.

En el caso de procedimiento abreviado, el académico sostiene que la exigencia legal de que el imputado acepte los hechos de la acusación constituye de por sí un riesgo de coacción. Este riesgo aumenta si se considera la ley 20.074, que prevé la posibilidad de considerar dicha aceptación como base para la atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal, y se incrementa aún más con la ley 20.931, que establece la facultad de solicitar una pena inferior en un grado al mínimo para ciertos delitos contra la propiedad (hurto, robo, abigeato y receptación). Lo anterior incrementa de manera considerable la diferencia entre la pena susceptible de imponerse

en el procedimiento abreviado y la eventualmente aplicable en el juicio oral, lo que sin duda disminuye la libertad de decisión del imputado.

Tratándose del procedimiento simplificado, se pueden esbozar, en principio, consideraciones similares al párrafo anterior. Así, Oliver señala que también hay un riesgo de coacción, en especial por la exigencia de que el imputado admita su responsabilidad; se puede rebajar la pena en un grado en el caso de los delitos de la ley 20.931, y se puede aplicar por analogía la atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal. Sin embargo, en este procedimiento la diferencia entre la pena imponible si se admite responsabilidad y la aplicable en juicio no es muy ostensible, de manera que se puede morigerar esta crítica. Por último, en el procedimiento monitorio, el hecho de que el imputado arriesgue una multa de baja cuantía, no permite afirmar que la posible rebaja del 25% en su monto (si se paga la multa dentro de los 15 días siguientes de la notificación al imputado) sirva de base para atribuirle un carácter coactivo.

En segundo lugar, se ha establecido como otra desventaja de los mecanismos de justicia penal negociada el hecho de que la resolución de estos se funda generalmente en una deficitaria verdad procesal, a diferencia del juicio oral, que está sustentado en un minucioso análisis de la prueba rendida. Para Oliver, este argumento es válido, toda vez que, en efecto, en los procedimientos abreviado, simplificado y monitorio no se contemplan audiencias probatorias, de manera que la sentencia que recae sobre ellos no se apoya en prueba alguna, sino solo en los antecedentes de la investigación. Con todo, el académico estima que esta situación es un costo tolerable en los procedimientos simplificado y monitorio, atendida la baja gravedad de los delitos que contemplan. En cambio, esta deficiencia se torna intolerable en el procedimiento abreviado, en especial cuando se trata de ciertos delitos contra la propiedad a los cuales puede imponerse una pena de hasta 10 años.

En tercer lugar, se plantea como una desventaja de estos mecanismos la merma de la eficacia preventiva de la pena, atendida la imposición de una pena menor que la necesaria para desplegar su efecto preventivo (general y especial). Oliver sostiene que esta crítica es atendible cuando la rebaja de la pena se aparta de la legalidad y se sustenta en una reducción artificiosa de los hechos o en una alteración improcedente de su calificación jurídica, lo que ha sido denominado como *undercharging* (reducción artificial de los cargos para incentivar al imputado

a renunciar al juicio). Se han observado estas prácticas inadecuadas en procedimientos abreviados y simplificados con admisión de responsabilidad, de manera que parece ser válida esta crítica para estos mecanismos. Sin embargo, hasta la fecha no se han vislumbrado situaciones semejantes en el caso del procedimiento monitorio.

Finalmente, se sostiene que los mecanismos de justicia penal negociada podrían significar una vulneración al principio de igualdad, dada la discrecionalidad que tiene el Ministerio Público para decidir negociar con un imputado y no con otro, aunque ambos estén en situaciones similares. Oliver señala que esto es efectivo en el procedimiento abreviado, toda vez que la promoción de este mecanismo queda entregada a la entera discrecionalidad del fiscal, quien no está obligado a entregar parámetros objetivos y ni siquiera debe expresar sus razones por las cuales ofrece esta vía a un imputado y no a otro. Sin embargo, la situación es diferente tratándose del procedimiento simplificado con admisión de responsabilidad, ya que es la ley la que establece, como trámite obligatorio, que el tribunal le pregunte al imputado si admite responsabilidad sobre los hechos, no dependiendo de la discrecionalidad del fiscal la posibilidad del imputado de renunciar al juicio. En el caso del procedimiento monitorio, la decisión del imputado de renunciar al juicio, no reclamando contra la resolución que acoge el requerimiento, tampoco depende de la discrecionalidad del fiscal.

CAPITULO III: ANÁLISIS CRÍTICO DEL DESARROLLO DOGMÁTICO DEL PROFESOR GUILLERMO OLIVER CALDERÓN SOBRE LA ESTRUCTURA TÍPICA DE LOS DELITOS DE HURTO Y ROBO

1. Análisis crítico sobre la estructura típica de los delitos de hurto y robo

En este capítulo se realizará un análisis crítico sobre las consideraciones de la estructura típica de los delitos de hurto y robo que el profesor Guillermo Oliver sostiene en sus obras, para lo cual se esbozaran sus principales consideraciones acerca del tema, junto con las opiniones de otros académicos penalistas respecto de los puntos más importantes. Posteriormente, tomando en consideración las posturas de Guillermo Oliver, los aportes doctrinarios de otros autores y el propio derecho positivo chileno, el autor de esta memoria realizará un análisis personal respecto del tópico tratado por el docente y mostrará su coincidencia, reparo o desacuerdo con los postulados de Oliver en los puntos discutidos.

La elección de este tema por sobre otros desarrollados en la bibliografía del profesor Oliver se debe a que la estructura típica de los delitos de hurto y robo ha sido estudiada por el académico de forma acuciosa, lo que se deja ver claramente en su libro “Delitos contra la propiedad” (2013) y, en particular, en su artículo “Estructura típica común de los delitos de hurto y robo” (2011). Por lo demás, el propio profesor Guillermo Oliver considera que este es uno de los ámbitos donde más se le podría atribuir un aporte significativo a la doctrina penal chilena en el presente siglo¹³.

2. Consideraciones del profesor Guillermo Oliver y de otros autores

Como adelantamos en el capítulo anterior de esta memoria, en el Capítulo II del libro “Delitos contra la Propiedad” (2013) y en su artículo “Estructura típica común de los delitos de hurto y robo” (2011), el académico examina minuciosamente las particularidades de la estructura común del tipo en estos ilícitos. Lo anterior, en base a la concepción de que esta estructura típica está compuesta, en cuanto a la conducta, por una *apropiación* de una cosa

¹³ Lo anterior fue declarado por el profesor Guillermo Oliver Calderón en la entrevista online concedida al redactor de esta memoria, con fecha 2 de mayo de 2020.

ejecutada *sin voluntad del dueño y con ánimo de lucro*, y en cuanto al objeto material, por una cosa *corporal, mueble, ajena, susceptible de apropiación y apreciación pecuniaria* (Oliver, 2013, pág. 67).

En cuanto al sentido y alcance del término “apropiarse”, el profesor Oliver sostiene que una interpretación sistemática de las normas relativas al hurto permite afirmar que la conducta debe verificarse a través de una *sustracción* de la cosa objeto del delito. Ello, porque el artículo 448 del Código Penal consagra el “hurto de hallazgo”, que castiga a quien no entregue a su dueño o a la autoridad las especies muebles al parecer perdidas o abandonadas que encuentre. En este caso, la cosa objeto del delito está fuera de la esfera de custodia de su titular, de manera que es dable concluir que para que exista apropiación, es necesario que la cosa aún esté bajo la esfera de resguardo de su titular, esfera desde la cual es sustraída.

En consecuencia, “la conducta consiste en la realización de cualquier forma de sustracción que implique apoderarse de la cosa. Lo más frecuente será la aprehensión manual de la misma, pero nada obsta a la utilización de otras formas” (Oliver, 2011, pág. 362). Con todo, Oliver señala que puede haber hurto incluso en casos en que no hay una verdadera sustracción; lo relevante es que se rompa la custodia anterior sobre la cosa y se constituya una nueva sobre ella. Esta concepción más normativa de la conducta de apropiarse permite diferenciarla del término “apropiarse” utilizado por el legislador en el delito de apropiación indebida, donde la cosa ajena se encuentra bajo la custodia previa del sujeto activo.

Además, para realizar el tipo es necesario que, junto a la sustracción, exista un *ánimo de señor y dueño*, consistente en la intención del actor de comportarse como dueño de la cosa sustraída. Este ánimo, junto al ánimo de lucro y el dolo, constituyen la parte subjetiva del tipo. Se sigue de lo anterior que la apropiación es un elemento típico complejo, compuesto por una parte objetiva (la sustracción) y una parte subjetiva (el ánimo de señor y dueño).

Esta composición de la expresión “apropiación” tiene bastante asidero en la doctrina nacional. Al respecto, Alfredo Etcheberry comenta:

“Para ello (la apropiación) es necesario, ante todo, tomar materialmente la cosa, apoderarse de ella, pero además es preciso el deseo o ánimo de tomarla

para ejercer sobre ella esas facultades propias del dueño, lo que suele indicarse con las expresiones "ánimo de señor y dueño" o *animus rem sibi habendi*. La acción de "apropiación" puede, en suma, ser definida como "sustraer una cosa de la esfera de resguardo de una persona, con el ánimo de comportarse de hecho como propietario de ella". Esta definición pone de relieve los dos elementos de la apropiación: 1) El elemento material (sustraer) y 2) El elemento psíquico (ánimo de señor y dueño)" (Etcheberry, 1998, pág. 296).

Por su parte, Labatut junto con Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez argumentan en el mismo sentido que las anteriores consideraciones:

“La apropiación es un concepto objetivo-subjetivo, integrado por dos elementos: uno de orden material, el apoderamiento, por el se priva a la víctima del poder de disposición de la especie, que pasa al delincuente; y otro de naturaleza psicológica, el *animus rem sibi habendi*, esto, el designio de comportarse como propietario, el ánimo de apropiación” (Labatut, 2000, pág. 196)

“Los elementos de la apropiación en el hurto, aunque de carácter normativo, deben entenderse en un sentido material, sin atención a los efectos jurídicos del derecho civil. De este modo, el mínimo objetivo de una apropiación delictiva sería la aprehensión material de una cosa ajena, acompañada del ánimo de señor y dueño (elemento subjetivo)” (Matus & Ramirez, 2019, pág. 548).

El hecho que el legislador describa la conducta en el hurto y el robo como “apropiarse” permite sostener que, en Chile, no se castiga el denominado “hurto de uso”, consistente en apoderarse de una cosa sin ánimo de señor y dueño, para usarla y luego restituirla a su propietario. En efecto, sin el ánimo de señor y dueño, mal podría hablarse de “apropiación”. Si bien una antigua doctrina, defendida fundamentalmente por Raimundo Del Río, opinaba que el hurto de uso es punible entre nosotros con la pena ordinaria del hurto, por cuanto la ley no ha hecho distinción entre las posibles formas del delito, lo cierto es que actualmente casi la unanimidad de la doctrina y la jurisprudencia consideran que el hurto de uso es atípico, toda vez que se entiende que la expresión “apropiarse” incluye el *animus rem sibi habendi*. Al respecto, Alfredo Etcheberry sostiene:

“La punibilidad del hurto de uso podría sostenerse en un sistema legislativo que construyera el delito de hurto sobre la base de un elemento

objetivo ("tomar" o "apoderarse") y uno subjetivo ("ánimo de lucro"). Pero como nuestra ley emplea la voz "apropiarse", que es compleja y comprende también un elemento psicológico (el "ánimo de señor y dueño"), no es posible sancionar a título de hurto cuando este elemento psicológico está ausente, como ocurre en el llamado 'hurto de uso' (Etcheberry, 1998, pág. 306).

Por las mismas consideraciones, tampoco parece posible sancionar el "robo de uso", sin perjuicio de los delitos a que den lugar la violencia, intimidación o fuerza que se utilice. Cierta doctrina niega que el robo de uso exista realmente, bajo el argumento de que la violencia, la intimidación o la fuerza son elementos en sí mismos reveladores del ánimo de señor y dueño. En ese sentido, Labatut comenta: "No puede haber robo de uso, porque la violencia, intimidación o fuerza son reveladoras del *animus rem sibi habendi*" (Labatut, 2000, pág. 196). Sin embargo, Guillermo Oliver sostiene que es perfectamente posible que el apoderamiento o la sustracción tengan lugar sin ánimo de señor y dueño, como ocurriría en el caso que un sujeto ingrese por la ventana a un lugar habitado para sustraer una impresora, la utilice unas horas y la devuelva más tarde. En este caso, la conducta constitutiva de robo de uso efectivamente fue desplegada, pero no es punible a título de robo, sino a título de los delitos a que la violencia, la intimidación o la fuerza puedan dar lugar.

Si bien en un inicio fueron proclives a la postura de Labatut, actualmente los profesores Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez abogan por la posición contraria:

"Las últimas modificaciones legales han venido a desmentir nuestra anterior opinión, en el sentido de que no podría existir un robo de uso, porque la fuerza, la violencia, y la intimidación serían reveladoras del *animus rem sibi habendi*. En efecto, el art. 268 sexies, introducido por la Ley 20.844, dispone la sanción como crimen de la retención, toma de control y apropiación de vehículos de transporte público de pasajeros, estimando que las dos primeras conductas no podrían configurar un robo común, por faltar, precisamente, el ánimo de apropiarse. Sólo cuando éste concurre, remite su sanción y penalidad a las figuras del robo de los arts. 433 y 436, según las circunstancias" (Matus & Ramirez, 2019, pág. 563).

Con todo, el profesor Oliver sostiene que para que no pueda sancionarse el hurto o robo de uso, es necesario que este uso sea inmediatamente posterior a la sustracción, que sea solo

temporal, que no implique la destrucción de la cosa y que tras su uso la cosa vuelva inmediatamente al dueño. Este razonamiento es esgrimido por Labatut:

“El uso debe ser inmediato a la sustracción, o sea, la cosa no debe ser guardada para usarla en una ocasión próxima; y temporal, porque al uso debe seguir la restitución [...] La restitución debe ser inmediata al uso, ya que, si la cosa es guardada para utilizarla nuevamente, hay hurto común. Es menester que el agente la devuelva a su dueño o la restituya al lugar en que se encontraba” (Labatut, 2000, pág. 196).

En efecto, por mucho que el actor reconozca dominio ajeno, si sustrae la cosa para usarla por un largo tiempo parece razonable afirmar que comete hurto o robo. Vivian Bullemore y John Mackinnon sostienen la misma idea: “si el sujeto sustrae la cosa para usarla durante un par de años o una década, por ejemplo, por mucho que no lucre y que reconozca dominio ajeno, comete un hurto” (Bullemore & Mackinnon, 2018, pág. 37). Así, cumplidas estas condiciones, no podría castigarse el hurto de uso. Sin embargo, no debe descartarse la posibilidad de imponer sanción por delito de daños, sobre todo si como consecuencia del uso no autorizado de la cosa ajena, esta pierde parte de su valor.

En cuanto a los requisitos de la apropiación, el profesor señala que según lo dispuesto en el artículo 432 del Código Penal, dos son los requisitos para que la apropiación configure el delito de hurto o robo: un requisito objetivo consistente en la *ausencia de voluntad del dueño*, y un requisito subjetivo relativo a que el hecho se ejecute con *ánimo de lucro*.

Tratándose de la *ausencia de voluntad del dueño*, el profesor se detiene en el hecho que el Código Penal chileno presente una curiosidad: mientras el artículo 432 exige que la apropiación tenga lugar “sin la voluntad del dueño”, el epígrafe del párrafo dice: “de la apropiación de las cosas muebles ajenas contra la voluntad de su dueño”. Evidentemente, no es lo mismo obrar sin la voluntad del propietario que contra su voluntad, puesto que esto último supone que el ofendido, luego de enterarse del hecho, haya manifestado su voluntad expresa en contrario. Un antiguo sector doctrinario, entre ellos Raimundo Del Río y Gustavo Labatut, sostiene que la discordancia se explicaría porque la expresión “contra” se aplica exclusivamente al robo, en tanto que la voz “sin” se aplica solo al hurto:

“Frente a esta disparidad terminológica, don Raimundo del Río opina con indudable acierto que la expresión ‘sin la voluntad’ debe emplearse en los casos de hurto, y la locución ‘contra la voluntad’ -que la idea de oposición-en los de robo” (Labatut, 2000, pág. 199).

Sin embargo, Guillermo Oliver afirma que la expresión correcta es “sin la voluntad” y no “contra la voluntad” (de manera que es indiferente si el ofendido ha tenido o no noticia del hecho), no sólo porque es inconcebible no castigar los hurtos y robos efectuados sin que la víctima tenga noticia, sino porque además esta incongruencia se debe a razones históricas de mala técnica legislativa. A este respecto, el académico se basa principalmente en los postulados de Alfredo Etcheberry:

“La conservación de los términos "contra la voluntad" en el epígrafe del párrafo obedece solamente a una omisión de la Comisión Redactora. En el proyecto inicial se empleaba la locución "contra la voluntad" tanto en el epígrafe como en el texto. Pero en la sesión 92 se acordó reemplazar la frase "contra la voluntad" por "sin la voluntad", ya que empleando la primera podrían entenderse excluidos de la definición los hurtos perpetrados sin noticia de los dueños de la cosa, y así se hizo, aunque se omitió la rectificación respectiva en el epígrafe del párrafo. De este modo, está claro que la voluntad de la ley es sancionar estos delitos cuando se cometen "sin la voluntad" del dueño, y que esta expresión no tiene un sentido restrictivo, ni siquiera alternativo, frente a los términos "contra la voluntad", sino, por el contrario, un alcance extensivo: comprende tanto los casos de ausencia de conocimiento como los casos de contravención directa a la voluntad ya expresada” (Etcheberry, 1998, págs. 306-307).

Por su parte, el profesor Mario Garrido Montt ha señalado al respecto:

“Es evidente, como lo demuestran las actas de la Comisión Redactora, que el sentido de los preceptos corresponde a un actuar sin voluntad del propietario y no contra su voluntad, que es una noción más restrictiva. Es suficiente, por lo tanto, que el dueño de la cosa no haya dado su consentimiento para la apropiación del tercero, no es exigible que tome conocimiento de la sustracción en el momento en que ésta se lleva a cabo y, menos aun, que se haya opuesto” (Garrido Montt, 2000, pág. 168)

Luego, de todo lo anterior se colige que cuando la apropiación de la cosa ajena se efectúa con la voluntad del dueño no hay delito, pero la doctrina nuevamente se divide entorno a qué elemento del delito faltaría en este caso. Según cierto sector, entre ellos Gustavo Labatut¹⁴ y Alfredo Etcheberry¹⁵, faltaría la antijuricidad de la conducta, mientras que para otros, entre ellos Mario Garrido Montt¹⁶ y Jean Pierre Matus-María Cecilia Ramírez¹⁷, lo que faltaría sería la tipicidad. A juicio de Oliver, de concurrir la voluntad del dueño, no habría delito por falta de tipicidad, dado que el legislador ha incorporado dentro del tipo penal la exigencia de que se obre sin la voluntad del dueño, de manera que el comportamiento apropiatorio que tiene lugar con su consentimiento no puede ser considerado típico. La ausencia de voluntad del dueño, como cualquier otro requisito típico, debe ser probada en juicio por la acusación, por lo que no cabe presumirla.

Por otro lado, en la doctrina se ha originado una discusión relativa al alcance que debe dársele a la expresión “dueño”. Algunos autores, como Mario Garrido Montt, sostienen que dicha expresión debe ser entendido en sentido estricto, comprensiva únicamente del propietario que tiene facultad de disposición de la cosa:

“La facultad de disposición del dueño de la especie tratándose del hurto es una noción normativa que el tribunal deberá apreciar respecto de cada individuo y en las situaciones que esté en frente. Siempre la voluntad ha de ser del dueño de la cosa objeto de la apropiación, y no de otra persona; ese dueño debe estar en condiciones de disponer del bien” (Garrido Montt, 2000, pág. 169).

Otros, en cambio, como Etcheberry, Labatut y Matus-Ramírez, afirman que debe dársele un alcance más amplio, comprensivo incluso del mero tenedor:

“Es ajena para el delincuente no sólo la cosa sobre la cual otro tiene dominio o propiedad, sino también aquella sobre que otro tiene un derecho

¹⁴ “El consentimiento del dueño, conocido o no por el agente, hace que desaparezca el delito porque el hecho deja de ser antijurídico” (Labatut, 2000, pág. 199).

¹⁵ “La presencia de esta locución indica que el consentimiento del interesado elimina la antijuricidad (...), por lo que el valor indiciario de la tipicidad no tiene plena vigencia” (Etcheberry, 1998, pág. 304).

¹⁶ “El consentimiento de la víctima en este caso pasa a ser una causal de atipicidad, pues el legislador establece como elemento del tipo objetivo que actúe sin su voluntad” (Garrido Montt, 2000, pág. 168).

¹⁷ “El consentimiento aparece en el delito de hurto como causa de atipicidad” (Matus & Ramirez, 2019, pág. 551).

amparado por el orden jurídico: la posesión, o aún la mera tenencia, caso en el cual el mero tenedor tiene la cosa en lugar y a nombre del dueño” (Etcheberry, 1998, pág. 301).

“Si la cosa no se sustrae al dueño, sino a un tercero, poseedor o mero tenedor, es la voluntad de éste la que hay que considerar, porque en el momento de la comisión del delito aparece como el dueño de ella. La palabra *dueño* debe ser interpretada extensivamente, en atención a que es la voluntad del que tiene la cosa única operante al producirse la apropiación” (Labatut, 2000, pág. 200).

“Este (el consentimiento) no sólo lo otorga el dueño de la cosa, sino el que tiene sobre ella poder de disposición frente al que la recibe, como el arrendatario, el usufructuario y el simple tenedor de ella, sin perjuicio de la posible comisión de otro delito diverso, como la apropiación indebida” (Matus & Ramirez, 2019, pág. 551).

Por su parte, el profesor Oliver sostiene que la voz “dueño” debe entenderse en un sentido amplio, relativo a la persona que se encuentra custodiando la cosa, lo que incluye al mero tenedor. En efecto, “la esencia del delito de hurto está en el rompimiento de la custodia ajena y la constitución de una nueva custodia sobre la cosa, con ánimo de señor y dueño” (Oliver, 2011, pág. 369), de lo que se sigue que para que haya hurto de una cosa, debe obrarse sin la voluntad de quien se encuentra custodiándola. Así, si no hay voluntad del dueño, pero sí la hay del mero tenedor, no habría un delito de hurto, toda vez que es precisamente el custodio de la cosa quien está consintiendo en su sustracción. A la inversa, si hay voluntad del propietario, pero no del mero tenedor, sí puede configurarse un hurto, ya que se obra sin la voluntad de quien está custodiando la cosa.

Ahora bien, para que el consentimiento del propietario pueda convertir en atípica la apropiación de ésta por un tercero, se deben cumplir ciertos requisitos. El primero es que el consentimiento debe existir antes de la apropiación. Como sostiene Alfredo Etcheberry, “la ratificación posterior del consentimiento no elimina la ilicitud inicial” (Etcheberry, 1998, pág. 304), de modo que, si el consentimiento se da posteriormente, la exigencia legal de falta de voluntad del dueño estará satisfecha igualmente. Un sector de la doctrina, entre ellos Mario Garrido Montt, afirma que la voluntad del dueño no sólo puede existir antes del apoderamiento, sino también durante éste: “el consentimiento debe reunir un mínimo de condiciones: debe

emanar de persona capaz para darlo y existir antes o en el momento del apoderamiento” (Garrido Montt, 2000, pág. 168). Frente a dicho planteamiento, Oliver señala que si después de iniciada la ejecución del delito y antes de su consumación, el dueño consiente en la apropiación de la cosa, lo cierto es que no habría un hurto o robo consumado, pero sí se alcanzaría al menos el grado de tentativa.

El segundo requisito, relativo a su validez, dice relación con que el consentimiento debe emanar de una persona capaz y estar exento de vicios. En cuanto a la capacidad de la persona, cierta doctrina se inclina por no considerar como capaces bajo ninguna circunstancia a los menores de edad y a los dementes. Así lo ha sostenido Alfredo Etcheberry:

“Algo más complejo es el caso de la cosa entregada voluntariamente por una persona cuyo consentimiento es irrelevante para el derecho, esto es, incapaz de disponer válidamente de ella, como sería el caso del demente o del infante que se desprendieran de un objeto valioso que llevaran consigo, para entregarlo a un tercero como obsequio. No cabe duda de que la voluntad (consentimiento) de tales personas es irrelevante (aun suponiendo que sean verdaderamente titulares del dominio de la especie de que se desprenden)” (Etcheberry, 1998, pág. 304).

Vivian Bullemore y John Mackinnon han sostenido una opinión similar:

“El consentimiento sería un elemento ‘negativo’ del tipo de hurto, en el sentido de que debe estar ausente. Este consentimiento debe proceder de persona capaz (se descarta el consentimiento de los dementes y los menores) y estar exento de vicios” (Bullemore & Mackinnon, 2018, pág. 31).

Por su parte, Oliver cree que el examen debe realizarse caso a caso, sin que sea imprescindible la aplicación irrestricta de las normas civiles. Existen situaciones en la vida diaria en las que sí se les reconoce capacidad a dichas personas, así como hay situaciones en las que no. El profesor ejemplifica su postura:

“Por ejemplo, no pareciera discutible que un niño pueda disponer de la suma de dinero que diariamente le dan sus padres para comprar dulces en el colegio. Pero sí lo parece el hecho que un niño disponga del computador personal portátil que sus padres le han regalado para su cumpleaños” (Oliver, 2011, pág. 371).

Este mismo razonamiento es utilizado por Mario Garrido Montt:

“No se alude a la capacidad civil de la persona, sino a aquella que se requiere en las circunstancias concretas para que se considere voluntaria. La facultad de disposición del dueño de la especie tratándose del hurto es una noción normativa que el tribunal deberá apreciar respecto de cada individuo y en las situaciones que éste enfrente (...) Un menor tiene un ámbito de disponibilidad de sus cosas, del lápiz con que escribe en la escuela, de las pequeñas sumas de dinero que se le entregan para sus gastos, pero no puede disponer de su bicicleta; su consentimiento puede ser válido en relación a esos bienes, no así respecto de la bicicleta” (Garrido Montt, 2000, pág. 169).

Luego, no pueden darse reglas absolutas en esta materia, pues de lo contrario “aún la venta de un dulce a un menor sería un hurto, puesto que el menor no pagaría, sino que sufriría la sustracción, sin su consentimiento, del dinero que entrega, lo que resulta insostenible” (Politoff, Matus, & Ramirez, 2005, pág. 420).

En cuanto a que el consentimiento deba estar exento de vicios, esto no quiere decir que si está viciado no hay delito, sino simplemente que el hecho no será sancionado a título de hurto, pudiendo perfectamente ser castigado a otro título. Por ejemplo, si el consentimiento se obtiene mediante intimidación, no habrá hurto, pero sí habrá robo; y si se obtiene mediante engaño, habrá estafa. Oliver toma estos ejemplos de Alfredo Etcheberry: "la presencia de un consentimiento, aún viciado, impide la incriminación por hurto: si ha habido fuerza, se tratará de robo o extorsión; si ha habido engaño, habrá estafa" (Etcheberry, 1998, pág. 304).

Por otro lado, no se requiere que el hurto sea necesariamente clandestino, puesto que la ley no lo exige así, sin perjuicio que en la gran mayoría de los casos se realice de manera oculta. Tampoco se requiere que la voluntad del dueño sea expresa, haciéndoselo saber en forma explícita al agente; también puede ser tácito, como cuando éste toma la cosa en presencia del dueño, quien no efectúa manifestación alguna en contra de dicha actividad.

Oliver se opone al razonamiento esgrimido por algunas sentencias del Tribunal Supremo español, según el cual no es necesario que el consentimiento del dueño de la cosa sea expreso para eliminar la tipicidad del comportamiento puesto que la falta de voluntad se presume. Para el profesor, lo anterior es inaceptable toda vez que contradice la garantía de presunción de

inocencia, al producir una alteración en la carga de la prueba -la falta de voluntad del dueño es uno de los elementos en los delitos de hurto y robo que debe ser acreditado por la parte acusadora-.

Tratándose de la presencia de *ánimo de lucro*, la doctrina está dividida respecto del alcance de esta expresión. Algunos autores sostienen que el ánimo de lucro consiste en la intención de lograr una ventaja de índole exclusivamente pecuniaria. En esa línea, Mario Garrido Montt sostiene: “debe concurrir el ánimo de lucro, que consiste en la intención de lograr una ventaja con el apoderamiento, ventaja de índole patrimonial” (Garrido Montt, 2000, pág. 170).

Otros, en cambio, piensan que se refiere al propósito de obtener un provecho o utilidad cualquiera. Al respecto, Etcheberry sostiene:

“Nos parece que en verdad no puede restringirse el concepto de "ánimo de lucro" al propósito de beneficio pecuniario, pues en tal caso sólo hurtaría quien se apropiara de la cosa para venderla, arrendada o explotarla en forma semejante. Creemos que en el concepto de "lucro" puede entrar cualquier beneficio, siempre que sea económicamente apreciable” (Etcheberry, 1998, pág. 306).

Por su parte, Oliver no cree que deba comprenderse de manera restrictiva esta frase, y no ve problema en interpretar la expresión “ánimo de lucro” como la búsqueda de cualquier ventaja. Así, “el ánimo de lucro puede interpretarse como el propósito de obtener un provecho cualquiera” (Oliver, 2013, pág. 373). Ahora, si bien no tiene que consistir necesariamente en un beneficio económico, sí debe tratarse al menos de un provecho apreciable pecuniariamente. Siguiendo esta interpretación, y citando al propio profesor Oliver, Matus-Ramírez se refieren al ánimo de lucro como “un provecho cualquiera, apreciable pecuniariamente” (Matus & Ramirez, 2019, pág. 550), a pesar de que anteriormente habían restringido el alcance del ánimo de lucro al de ventaja económica¹⁸.

¹⁸ “La apropiación contiene el ánimo de lucro al precisarla en el sentido que la intención del sujeto es obtener una ventaja de carácter económico” (Politoff, Matus, & Ramirez, 2005, pág. 306)

Existe una importante discusión doctrinaria relativa a si existe una relación lógica entre el ánimo de lucro y el ánimo de señor y dueño (*animus rem sibi habiendi*), fundamentalmente a partir de ciertos planteamientos del profesor Sergio Politoff. Guillermo Oliver se refiere en específico a este punto en el capítulo de libro “La tesis del profesor Politoff sobre el ánimo de lucro en la apropiación indebida: una proyección en la interpretación de los delitos de hurto y robo” (2019). Según Politoff, el ánimo de lucro debe entenderse comprendido en la exigencia legal de “apropiación”. A su juicio, ya que para que exista apropiación debe concurrir el ánimo de señor y dueño, siempre que hay apropiación hay también ánimo de lucro. En efecto, “entre el *animus lucrandi* y el *animus rem sibi habendi* hay, según su opinión, una relación lógica de género a especie, respectivamente” (Oliver, 2019, pág. 24). Luego, como en los delitos de hurto y robo además de la conducta de apropiarse, se exige la concurrencia de un “ánimo de lucro”, de acuerdo a Politoff la exigencia de ánimo de lucro sería superflua toda vez que el ánimo de señor y dueño estaría incluido en este.

Gustavo Labatut argumenta en favor de esta interpretación:

“Es éste (el ánimo de apropiación), una modalidad especial del elemento ‘ánimo de lucro’, consistente no en el propósito de obtener un provecho cualquiera de la cosa, sino en el de hacerla propia; ambos, por consiguiente, se encuentran en relación de género a especie” (Labatut, 2000, pág. 196).

“El ánimo de lucro, elemento subjetivo del tipo, complementa el aspecto psicológico de la apropiación y es inseparable de ella, pues se encuentra vinculados por una relación de género a especie” (Labatut, 2000, pág. 200).

Naturalmente, esta doctrina fue también sostenida en Politoff-Matus-Ramírez:

“En otras legislaciones se distingue entre delitos de apropiación y delitos de destrucción, siendo el ánimo de apropiación lo que caracteriza a delitos como el hurto y la apropiación indebida y los diferencia de los de daño, sin que sea necesario agregar a los primeros un determinado ánimo de lucro, que esta ínsito en el de apropiación (hacer propia, incorporar a la posesión propia la cosa mueble ajena). Así, el art. 350 CP holandés incluye expresamente entre las hipótesis de daños el hacer desaparecer una cosa (p. ej., sustraerla para lanzarla al mar), mientras el hurto (art. 310) es la sustracción de la cosa por el agente con el ánimo ilícito de hacerla suya. Si en el modelo español se definía el hurto como tomar una cosa mueble ajena con ánimo de lucrarse, esta exigencia subjetiva se volvió

inútil en nuestra ley, donde el hurto se define no como tomar, sino como apropiarse” (Politoff, Matus, & Ramirez, 2005, pág. 307).

Sin embargo, años más tarde Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez cambiaron su postura debido al desarrollo jurisprudencial y doctrinal en el sistema acusatorio, mucho más conforme con la literalidad del texto legal y al criterio sistemático de interpretación del artículo 22 del Código Civil. Es menester mencionar que luego de las siguientes consideraciones los profesores Matus y Ramírez hacen una referencia directa a la obra de Oliver antes mencionada, de manera que puede apreciarse una influencia de sus postulados:

“De aceptar la propuesta de S. Politoff, habría que entender que no existiría una diferencia entre hurto y daños, pues en los segundos el ejercicio del poder material de disposición (destrucción) de quien aprehende algo ajeno, no parece distinguirse del poder de disposición jurídicamente reconocido al dueño legítimo. Y como la disposición es un atributo de la propiedad, resultaría que quien daña lo ajeno en realidad estaría apropiándose para disponer de él y cometiendo, en consecuencia, un hurto. Pero esta no es la voluntad del legislador, que distingue entre delito de apropiación y de daño. Luego, sí parece posible diferenciar el ánimo de hacerse de una cosa como señor y dueño de aquél consistente en obtener un provecho cualquiera, apreciable pecuniariamente (Oliver, ‘Apropiación’, 27)” (Matus & Ramirez, 2019, pág. 550).

Para Oliver, “es perfectamente sostenible la idea de que no existe la mencionada relación lógica de género y especie, y que bien puede haber ánimo de apropiación sin ánimo de lucro” (Oliver, 2019, pág. 25). Ello ocurre, por ejemplo, si se realiza la apropiación para perjudicar al ofendido, ocultándole la cosa. A la inversa, puede haber ánimo de lucro sin apropiación, como ocurriría si se sustrae la cosa para obtener dinero dándola en arriendo y devolviéndola pocas horas después. Por lo tanto, el académico afirma que el ánimo de lucro y el ánimo de señor o dueño son elementos subjetivos diferentes, pudiendo concurrir el primero sin el segundo, y viceversa. Pero solamente habrá hurto o robo allí donde concurren ambos, de manera que, por ejemplo, no se verifica un hurto si la cosa es apropiada para alcanzar un fin distinto de la obtención de una utilidad pecuniariamente apreciable, como cuando es sólo para esconderla. Para este razonamiento, Oliver se basa fundamentalmente en las consideraciones de Alfredo Etcheberry y Mario Garrido Montt:

“No concordamos con la posición de quienes ven elementos comunes en el "ánimo de apropiación" y el "ánimo de lucro". El primero significa simplemente el propósito de adquirir de hecho las facultades inherentes al dominio (notoriamente, la de disposición de la cosa). El segundo significa el deseo de obtener de la cosa una utilidad o provecho. Se advierte el significado divergente de estos elementos. En efecto, puede intentarse adquirir la disposición de la cosa con fines muy diferentes a la obtención de una utilidad (v. gr., para perjudicar a otro, destruyendo la cosa u ocultándola sin utilizarla). Además, puede procurarse obtener un provecho de la cosa gracias a su sustracción, pero sin el ánimo de transformarse en dueño de ella, sino usándola temporalmente (como sería el caso del que toma la bicicleta ajena y, haciéndola pasar por propia, la da en arrendamiento por algunas horas a un excursionista que la restituye transcurrido el plazo, y vuelve finalmente intacta a poder de su propietario). Para que exista hurto debe haber a la vez ánimo de apropiación y ánimo de lucro” (Etcheberry, 1998, pág. 305).

“El dolo del tipo penal hurto consiste, de consiguiente, en el apoderamiento de una cosa ajena con el ánimo de hacerse dueño de ella (*animus rem sibi habendi*), de arrogarse materialmente la facultad de disponer, lo que es inherente al derecho de dominio. Junto a ese elemento subjetivo, integrándolo, debe concurrir el ánimo de lucro, que consiste en la intención de lograr una ventaja con el apoderamiento” (Garrido Montt, 2000, pág. 170).

El profesor Oliver también se refiere a la debatida cuestión de determinar si es posible la concurrencia conjunta del ánimo de lucro y del ánimo de hacerse pago con la cosa perteneciente al deudor. Un sector de la doctrina, entre ellos Garrido Montt, afirma que cuando el acreedor se apropia de una cosa perteneciente a su deudor para satisfacer su crédito, no existe en su actuar ánimo de lucro, puesto que su patrimonio no aumenta (ya que simplemente recupera lo que le pertenece) y el patrimonio del deudor tampoco disminuye:

“Sí quedaría excluida la tendencia a lucrar en la alternativa de que el agente actúe con el ánimo de hacerse pago con la cosa mueble, pues en esta hipótesis, si bien se apropia de lo ajeno, no lucra, porque su patrimonio no aumenta al recuperar algo que le pertenece y, por otra parte, tampoco el patrimonio del deudor disminuye, porque su deuda queda cancelada. En hechos como el indicado no hay hurto porque el agente no actúa con ánimo de lucro, sino de pagarse” (Garrido Montt, 2000, pág. 171).

Otro sector, entre ellos Antonio Bascuñán y Miguel Soto, sostiene que sí es compatible el ánimo de lucro con el ánimo de hacerse pago:

“Siguiendo a Bajo Fernández, Miguel Soto desestima que el ánimo de pago pueda excluir al ánimo de lucro, sosteniendo que aquél no es más que una modalidad de éste. Esta tesis, que contradice lo sostenido por la doctrina y jurisprudencia tradicionales, me parece inobjetable” (Bascuñán, 2002, pág. 95).

Por su parte, el profesor Oliver señala que “si el ánimo de lucro consiste en el propósito de obtener un provecho cualquiera de la cosa sustraída, apreciable pecuniariamente, es evidente que esta motivación puede estar presente cuando el sujeto activo busca hacerse pago con ella” (Oliver, 2013, pág. 376). Así, el ánimo de hacerse pago no es incompatible con el ánimo de lucro -como sería el caso de un acreedor que se apropia de una cosa perteneciente a su deudor para satisfacer su crédito, y además, para arrendarla. Sin embargo, esta compatibilidad entre ambos ánimos no es suficiente argumento para defender el castigo a título de hurto o robo, en especial porque la falta de realización arbitraria del propio derecho del artículo 494 N° 20 del Código Penal castiga sólo con multa al acreedor que, *con violencia*, se apropia de una cosa de su deudor para hacer pago con ella, de manera que sería ilógico castigar con una sanción mayor cuando la apropiación se realiza sin violencia (como un hurto). De esta manera, solamente si existe violencia se configura la mencionada falta; si no, la conducta es impune. Con todo, Oliver señala que esto sólo es así cuando la deuda es exigible y el objeto material de la acción sea la cosa debida. De lo contrario, si la deuda aún no es exigible, o si siéndolo, el acreedor se apropia de cosa distinta de la que es debida o incluso si toma el equivalente de lo debido en una obligación de género, el comportamiento sí da lugar al delito de hurto o robo.

En contra de esta última opinión, Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez sostienen que la pena privilegiada de la realización arbitraria del propio derecho no sólo procede cuando se sustrae la especie o cuerpo cierto, o el dinero debido, sino también otros bienes realizables que sustituyan el valor económico de la cosa:

“La ley no se refiere al apoderamiento de “la cosa que se debe”, sino de “una cosa”, sin especificar su naturaleza, para “hacerse pago”. Y el pago de la deuda puede hacerse directamente con lo que se debe o a través de bienes cuyo valor sea equivalente, en ejercicio del derecho de prenda general [...] Lo

relevante no es la naturaleza de la cosa de la que el acreedor se apodera, sino que su valor sea equivalente al de la deuda que se trate de cobrar y que ésta sea líquida, vencida y actualmente exigible” (Matus & Ramirez, 2019, pág. 561).

Otro punto del cual el académico se hace cargo en el ámbito del ánimo de lucro corresponde a la determinación de la persona que se espera sea beneficiada con el hurto o el robo. La doctrina mayoritaria y buena parte de la jurisprudencia, sostienen que es indiferente la determinación de la persona a quien se pretende beneficiar y que el provecho buscado puede ser tanto propio como ajeno. Al respecto, Alfredo Etcheberry comenta: “Tampoco se requiere que el ánimo de lucro concorra con respecto a la misma persona que realiza la apropiación: hay ánimo de lucro cuando alguien se apropia de la cosa ajena para obsequiarla a un tercero” (Etcheberry, 1998, pág. 306). Siguiendo la misma línea, Mario Garrido Montt sostiene: “el ánimo de lucro consiste en la intención de lograr una ventaja con el apoderamiento, ventaja de índole patrimonial, un beneficio para sí o para un tercero” (Garrido Montt, 2000, pág. 170). Por su parte, Politoff-Matus-Ramírez afirman que “el beneficio puede ser para sí o para otro, y no es necesario que el sujeto efectivamente logre su propósito” (Politoff, Matus, & Ramirez, 2005, pág. 306). A mayor abundamiento, Bullemore-Mackinnon señalan: “El provecho económico puede estar dirigido a un tercero, como el que, en un acto tan delictivo como romántico, hurta el anillo de compromiso que entrefa a su futura mujer” (Bullemore & Mackinnon, 2018, pág. 33).

Sin embargo, el profesor Oliver afirma que esta postura no puede aceptarse en Chile, toda vez que el artículo 432 de nuestro Código Penal señala claramente que la conducta debe realizarse “con ánimo de lucrarse”, utilizando el legislador un verbo pronominal. Luego, “la exigencia subjetiva sólo puede entenderse cumplida cuando el agente se apropia de la cosa ajena con el propósito de obtener él mismo y no otra persona, un lucro” (Oliver, 2013, pág. 92). Así, debido a los términos empleados por el legislador, el comportamiento de apropiarse de una cosa para entregarla inmediatamente a un tercero, a quien se pretende beneficiar, debe entenderse atípico. Incluir en el ánimo de lucro las apropiaciones de cosas ajenas para beneficiar a terceros supondría forzar el tenor literal de la norma y no respetar el principio de legalidad.

Luego de analizar la conducta, Oliver se encamina a desentrañar el objeto material en los delitos de hurto y robo, cosa que debe ser *corporal, mueble, ajena, susceptible de apropiación y apreciación pecuniaria* (Oliver, 2011, pág. 379).

Así, en primer lugar, la cosa sustraída debe ser *corporal* -esto es, debe tener un ser real y ser percibida por los sentidos-. Debido a que la conducta consiste en apoderarse de una cosa mediante su sustracción, con ánimo de señor y dueño, es claro que el objeto no puede ser incorporal -esto es, las cosas que consisten en meros derechos-, puesto que los derechos no pueden ser sustraídos de una esfera de custodia. El profesor destaca el hecho que la mayoría de la doctrina exige, además de que sean reales y puedan ser percibidos por lo sentidos, que la cosa sustraída debe tener cierta extensión y ocupar un lugar en el espacio. Lo anterior, puesto que existen ciertas cosas que a pesar de tener un ser real y que pueden ser percibidas por los sentidos, no son consideradas un objeto material de estos delitos, puesto que no pueden ser aprehendidas y transportadas de un lugar a otro, como el sonido, el calor, la luz y el frío.

Algunos autores sostienen que no resulta posible un hurto o robo de electricidad, debido a una supuesta falta de corporeidad, y que por ello fue necesario crear la figura especial tipificada en el art. 215 del DFL N° 4, de 2007, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, conocida como “hurto de energía eléctrica”. En este sentido argumentan Alfredo Etcheberry, Mario Garrido Montt, Politoff-Matus-Ramírez y Matus-Ramírez:

“Se excluyen, por consiguiente, las cosas que, siendo materiales, carecen de extensión, como el sonido, la luz, el calor, las energías [...] La electricidad se encuentra precisamente en la situación de las energías en general, por carecer de extensión. Por tal razón fue necesario dictar un precepto expreso (Decreto con Fuerza de Ley 244, sobre Servicios Eléctricos, hoy Decreto con Fuerza de Ley N° 4, en su Art. 168) para sancionar a título de hurto la sustracción de energía eléctrica” (Etcheberry, 1998, pág. 299).

“La electricidad tampoco es susceptible de ser hurtada, porque no puede ser objeto de apropiación, dada su naturaleza inmaterial. Pero como es posible consumirla ilícitamente, y como de hecho así sucede, el legislador procedió a establecer para la sustracción de electricidad un tipo penal, que está descrito y sancionado en el art. 137 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 13 de

septiembre del año 1982, del Ministerio de Minería” (Garrido Montt, 2000, pág. 162).

“Cabe preguntarse sobre la necesidad de haber creado una figura especial para penalizar la sustracción, con *animus rem sibi habendi*, del fluido eléctrico. El problema se plantea, ya que el art. 432 del CP emplea la expresión "cosa mueble ajena" y no está claro que la energía eléctrica revista tales características. Ciertamente es una cosa, sin embargo, su corporalidad parece dudosa” (Politoff, Matus, & Ramirez, 2005, pág. 322).

“Respecto de la apropiación de los fluidos, energías y gases suministrados a través de tales redes, dado que por su falta de corporalidad no pueden ser aprehendidos materialmente y, por tanto, resulta más que difícil encuadrarlos en el concepto de ‘cosa mueble’, el legislador ha dispuesto figuras especiales de apropiación a su respecto” (Matus & Ramirez, 2019, pág. 567).

Sin embargo, Guillermo Oliver responde que es perfectamente posible considerar como cosa corporal la energía eléctrica, y como hurto o robo, una sustracción de electricidad. Para el profesor, es evidente que dicha energía forma parte de la realidad natural y puede ser percibida por los sentidos, puesto que la electricidad es materia e incluso puede ser separada del aparato que la genera. Además, el art. 215 del DFL antes mencionado, sanciona la conducta de “sustraer energía eléctrica”, sustracción que sería imposible si la electricidad no tuviese materialidad. Estas consideraciones permiten considerar como objeto material también a cosas tales como los gases, los líquidos y los fluidos. Vivian Bullemore y John Mackinnon citan textualmente los razonamientos de Oliver a este respecto:

“Como señalan Guillermo Oliver y José Luis Guzmán, con quienes concordamos ‘es perfectamente posible considerar como cosas corporales la energía eléctrica, y como hurto o robo, una sustracción de electricidad. Es claro que dicha energía forma parte de la realidad natural y puede ser percibida por los sentidos. Basta con introducir los dedos en una toma de corriente para comprobarlo” (Bullemore & Mackinnon, 2018, pág. 36).

En segundo lugar, la cosa debe ser *mueble*. Sin embargo, para efectos del hurto y del robo, Oliver sostiene que por *cosa mueble* debe entenderse cualquier objeto corporal que pueda moverse de un lugar a otro. Lo anterior significa un concepto más amplio que el del derecho civil, ya que incluiría a inmuebles por adherencia e inmuebles por destinación, de manera que

la apropiación de una cosa adherida o permanentemente destinada a un inmueble por naturaleza sí puede constituir un hurto o un robo. En este mismo sentido opina Mario Garrido Montt:

“Para los efectos penales se consideran muebles aun las exceptuadas por el Código Civil, entre ellas las indicadas en el inciso antes transcrito y las que se mencionan en los arts. 567 y siguientes. El concepto de mueble en los delitos contra la propiedad se extiende a todo aquello que puede trasladarse de un lugar a otro, sea por sí mismo o por una fuerza externa, aunque sufra detrimento. La puerta de una casa, los ladrillos que integran un muro, los árboles de un bosque, los metales de un mineral, son bienes muebles en cuanto es posible arrancarlos del lugar donde están y trasladarlos; en consecuencia pueden ser hurtados, en igual forma que un automóvil, un pájaro o un libro. La noción de inmueble queda, en la práctica, reducida al casco terrestre, aquello que no puede trasladarse. El concepto civil de mueble e inmueble, por lo tanto, no es aplicable en su integridad al derecho penal” (Garrido Montt, 2000, pág. 164).

Con todo, existen cosas que pese a ser muebles conforme al concepto señalado, no pueden ser objeto material de hurto o robo, como es el caso de las aguas que se encuentran en cauces o depósitos naturales o artificiales, puesto que estas pueden ser objeto material de otro ilícito diverso: la usurpación.

En tercer lugar, la cosa debe ser *ajena*. Esto no sólo significa que la cosa no debe pertenecer al sujeto activo, sino que además se requiere que pertenezca a otra persona, aunque no es necesario que el actor conozca la identidad del dueño de la cosa. De esta manera, hay consenso en que ciertas cosas no pueden ser objeto material de estos ilícitos: las cosas naturales que la naturaleza ha hecho comunes a todas las personas; las cosas que no pertenecen a nadie y las cosas que han sido abandonadas por su dueño para que cualquier persona se las pueda apropiar. Sin embargo, los bienes nacionales de uso público sí son ajenos, toda vez que, si bien su uso corresponde a todos los habitantes, su dominio pertenece a la nación misma.

Un punto debatido en la doctrina respecto a la ajenidad del objetivo material, dice relación con la posibilidad de apreciar este delito cuando quien ejecuta la acción es un copropietario – típicamente, el comunero que se apodera de la cosa común que está en manos de otro comunero, situación que no se encuentra prevista en ninguna figura específica del Código Penal. Algunos autores han afirmado que en tal hipótesis no puede apreciarse un hurto o robo, toda vez que

mientras la cosa se tiene proindiviso, no puede hablarse de cosa ajena en sentido estricto. En este sentido, Politoff-Matus-Ramírez sostuvieron en su momento lo siguiente:

“Tampoco puede haber hurto en las cosas que se tienen en copropiedad mientras no haya división de la cosa que se tiene proindiviso, por cuanto no se puede hablar de cosa ajena en sentido estricto. Así, si un comunero se apodera de una parte superior a la que le corresponde se trataría de un problema de falta de legitimación para disponer de la cosa, de carácter civil” (Politoff, Matus, & Ramirez, 2005, pág. 303).

Otro sector doctrinario señala que sí puede configurarse un ilícito, puesto que se trataría de una cosa parcialmente ajena. En favor de esta tesis, Alfredo Etcheberry y Vivian Bullemore-John Mackinnon comentan:

“Cuando un comunero se apodere de cosas muebles que están en poder (custodia) de un tercero, sea comunero o no, con ánimo de señor y dueño [...] nos parece que tal conducta es perfectamente incriminable a título de hurto, ya que por una parte el comunero se apropia de algo que no le pertenece, y por la otra, adquiere un poder de hecho que legítimamente no tiene: el de disposición de la cosa” (Etcheberry, 1998, pág. 303).

“Si la apropiación de la cosa común la efectúa un comunero encontrándose ella en poder de otro comunero o de un tercero, la conducta parece perfectamente subsumible dentro del tipo de hurto. Por lo demás, el comunero en nuestra legislación no es dueño de la cosa común, sino de una cuota de ella, de modo que indudablemente existiría apropiación respecto de las cuotas restantes” (Bullemore & Mackinnon, 2018, págs. 29-30).

Por su parte, Guillermo Oliver señala que el hurto entre comuneros es admisible y puede ser sancionado. Para el profesor, el hecho de que el comunero tenga derecho sobre la cosa no impide afirmar que se esté apropiando de algo ajeno; lo ajeno corresponde a toda la parte restante del bien común a qué éste no tiene derecho y que es extraña a su patrimonio. Además, el tenor literal del artículo 432 del Código Penal, que simplemente alude a una “cosa ajena”, no excluye, además de las cosas totalmente ajenas, las que lo son parcialmente. Junto a lo anterior, el profesor Oliver entrega una explicación sistemática de ciertas reglas de los comuneros en el Código Civil para sustentar su tesis, argumentación que siguieron de cerca Jean Pierre Matus y

María Cecilia Ramírez para finalmente cambiar su postura a favor de la configuración del hurto respecto de la cosa proindiviso:

“El propio legislador civil reconoce la posibilidad del hurto entre comuneros. En efecto, conforme al artículo 1231 CC, el heredero que sustrae objetos pertenecientes a una sucesión, además de perder la facultad de repudiar la herencia y de no tener parte alguna en los efectos sustraídos, quedará sujeto ‘criminalmente a las penas por el delito que correspondan’. Como es obvio, este delito del comunero no puede ser otro que el del hurto o robo de la parte que no sea suya” (Oliver, 2011, pág. 387).

“Es discutible que las cosas que los comuneros poseen proindiviso no puedan ser objeto de hurto, dada la expresa referencia del art. 1231 CC, donde se declara que tanto el heredero como el legatario pueden ‘sustraer’ ‘efectos pertenecientes a la sucesión’, imponiéndoles las sanciones civiles que allí se expresan y aclarando que uno y otro ‘quedarán, además, sujetos criminalmente a las penas que por el delito correspondan” (Matus & Ramirez, 2019, pág. 546).

En cuarto lugar, la cosa debe ser *susceptible de apropiación*. Para la generalidad de la doctrina, sólo tienen el carácter de cosa susceptible de apropiación los objetos y los animales, no así las personas ni los cadáveres. Sin embargo, Oliver estima necesaria unas cuantas precisiones con respecto a esto último. Si bien es cierto que los cadáveres no tienen la calidad de cosas susceptibles de apropiación, bajo determinadas circunstancias sí podrían llegar a tenerla, como cuando entran al comercio (como sucede con las momias en los museos). Lo mismo ocurre con los órganos y fluidos del cuerpo cuando se encuentran en bancos de sangre o semen, y con los miembros corporales que son objeto de investigación científica. Así opina Mario Garrido Montt:

“Parte de la doctrina estima que puede un cadáver ser objeto de hurto cuando entra al tráfico mercantil en casos en que se convierte en pieza de interés, como sucede con las momias en los museos. Respecto de partes del cuerpo hay que diferenciar si se trata de prótesis, que sí serían susceptibles de apropiación (una pierna ortopédica) o de sangre (cuando ha sido envasada), porque habrían entrado al mercado o estarían en posibilidad de entrar” (Garrido Montt, 2000, págs. 165-166).

Además, aunque en general el cadáver no pueda ser objeto material de estos delitos, sí lo pueden ser las ropas, joyas u otros objetos con que se le haya revestido, ya que estas cosas pertenecen a la sucesión del difunto, aún cuando se encuentren depositados en la tumba. El hecho que estas cosas estén en un sepulcro no permite concluir que hayan sido abandonadas para que cualquiera se las pueda apropiar, sino sólo que se encuentran en una esfera de custodia en la cual se espera que permanezcan siempre. Al respecto, Alfredo Etcheberry sostiene que “sí pueden ser objeto de hurto las ropas u otras especies con que se haya revestido o alhajado al cadáver, ya que indudablemente pertenecen a la sucesión del difunto” (Etcheberry, 1998, pág. 302).

Finalmente, la cosa debe ser *susceptible de apreciación pecuniaria*. Lo anterior queda de manifiesto en el hurto, en atención al criterio de punición empleado por el legislador en los artículos 446 y 494 bis del Código Penal, los que atienden al valor de la cosa sustraída. En el caso del robo, Oliver señala que debe existir antijuricidad material en la conducta, lo que exige una afectación de bienes jurídicos, dentro de los cuales se encuentran la propiedad, la posesión y la mera tenencia, comprendidas como una relación patrimonial entre una persona y una cosa, que permite a su titular obtener un beneficio económico. De esta manera, “aunque la ley no lo diga expresamente, para poder apreciar un robo, la cosa apropiada debe tener un valor económico. Si no lo tiene, a efectos penales sólo interesará el atentado contra otros bienes jurídicos que en un robo podrían verse afectados” (Oliver, 2011, pág. 389). Por lo tanto, no basta que la cosa sustraída tenga solamente un valor de afección, como una flor marchita que se guarda entre las páginas de un libro. En este mismo sentido, Mario Garrido Montt:

“Es necesario que el bien sustraído tenga un valor apreciable en dinero para que pueda ser objeto del delito de hurto [...] Las apropiaciones de especies que carecen de un valor económico no pueden ser objeto de sanción, porque no hay pena para ellas. Esto margina de la posibilidad del hurto a aquellas cosas que tienen un interés meramente subjetivo o sentimental para una persona, pero que no son económicamente valubles en su materialidad” (Garrido Montt, 2000, pág. 167).

El profesor se detiene en un problema interesante a propósito del valor de los documentos de pago. La argumentación esgrimida aquí por Oliver es planteada en términos idénticos, aunque de manera más detallada, en el capítulo de libro “Algunos problemas de la

regulación de los delitos de hurto y robo con fuerza en las cosas” (2014), específicamente en el apartado (1) sobre la apreciación pecuniaria del objeto material de hurto, determinación de su valor y precio de venta. Dicha publicación ya fue resumida y analizada en el Capítulo II de esta memoria, por lo que no reiteraremos las consideraciones esbozadas a este respecto.

3. Análisis personal

La última sección de este trabajo de investigación tiene como objetivo efectuar un análisis crítico de la estructura típica común de los delitos de hurto y robo, en atención a las consideraciones propias del redactor de esta memoria. Este análisis personal tomará como punto de partida los diversos postulados que ha entregado la doctrina nacional, estudiados en la sección anterior. Para efectuar dicho análisis, se organizará la estructura típica común de los delitos de hurto y robo siguiendo la fórmula adoptada por los profesores Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez en su libro “Manual de Derecho Penal Chileno. Parte Especial” (2019), esto es, dividiendo la tipicidad en autores y víctimas, objeto material y conducta. Eso sí, con la salvedad de que la falta de voluntad del dueño se considera como parte de la conducta, y no como un elemento separado. Se descarta, por tanto, la fórmula empleada por Mario Garrido Montt y Bullemore-Mackinnon, consistente en dividir la tipicidad en tipo objetivo y tipo subjetivo.

3.1. Autores y víctimas

El artículo 432 del Código Penal utiliza la expresión “el que” para indicar la persona que puede ser sujeto activo de hurto o robo, de manera que es posible señalar que autor de estos delitos puede ser cualquiera. Ahora bien, el dueño de la cosa naturalmente no puede ser autor de este delito, toda vez que lo cosa no le es “ajena”, pero sí podría ser autor del hurto de posesión del artículo 471 N° 1 del Código Penal si es que se la sustrae, con perjuicio, al legítimo tenedor. Por su parte, el acreedor que toma una cosa de su deudor para hacerse pago de un crédito que este le debe, tampoco puede ser autor de hurto o robo, pero sí podrá serlo de la falta de realización arbitraria del propio derecho, del artículo 494 N° 20 del Código Punitivo, siempre que medie violencia.

Con respecto a la víctima, siguiendo a Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez, “ella es quien posee materialmente la cosa apropiada, y en general, también puede serlo cualquiera que tenga una relación jurídicamente protegida con la cosa, incluyendo el tenedor legítimo respecto de sus derechos frente a terceros” (Matus & Ramirez, 2019, pág. 543).

3.2. Objeto material

Según el artículo 432 del Código Penal, el objeto material en los delitos de hurto y robo es una “cosa *mueble ajena*”. Sin embargo, coincidimos con Guillermo Oliver en que la cosa, además, debe ser *corporal, susceptible de apropiación y avaluable económicamente*.

3.2.1. Cosa corporal

De conformidad al artículo 565 de Código Civil, las cosas corporales son “las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro”. Además, la doctrina en general complementa esta definición sosteniendo que son corporales aquellas cosas que tienen dimensión, es decir, que ocupan un lugar en el espacio -de manera que pueden ser aprehendidas materialmente-, noción que compartimos. Las cosas incorpóreas no pueden ser objeto de los delitos de hurto y robo puesto que no existen en la realidad tangible y no pueden ser sustraídas ni apropiadas materialmente.

Naturalmente, existen cosas que, a pesar de tener un ser real, no pueden ser consideradas corporales puesto que no es posible sustraerlas ni transportarlas, tales como el calor, el frío, la luz, los gases o las energías. A este respecto, es menester referirnos al caso de la corporalidad o incorporeidad de la energía eléctrica, asunto que ha suscitado opiniones dispares en la doctrina nacional, como se vio en el punto 2 de este capítulo.

A nuestro juicio, la energía eléctrica no alcanza a constituir una cosa corporal debido a los propios términos en los que el Código Penal y la doctrina describen la conducta típica en el hurto y el robo. Por una parte, el legislador penal utiliza el concepto de “cosa mueble”, referido a las cosas que pueden ser transportadas de un lugar a otro, y por otra, habla de “apropiación”, concepto que incluye la aprehensión material de un objeto. Además, la doctrina agrega que debe tener una extensión y ocupar un lugar en el espacio. Como resulta evidente, la electricidad en sí

misma no puede ser transportada como una cosa que tenga una extensión determinada en el espacio, puesto que su composición corresponde a cargas eléctricas positivas y negativas que frotan entre sí y que generan una consistencia difusa. Por lo mismo, tampoco puede ser aprehendida materialmente como sí pueden serlo los objetos tangibles. Creemos que la energía eléctrica – y las energías en general- sólo puede ser considerada cosa corporal cuando se encuentre contenida en algún soporte físico o envase, pues solo en esas condiciones adquiere materialidad y pueden ser transportadas. Como afirman Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez, con quienes coincidimos, “las energías, los gases y los fluidos no se consideran ‘cosas corporales’ para efectos del hurto, a menos que se encuentren envasadas o contenidas en recipientes que permitan su apropiación material, por medio de su aprehensión o traslado” (Matus & Ramirez, 2019, pág. 544).

Por lo tanto, no compartimos la opinión del profesor Guillermo Oliver, seguido luego por Bullemore-Mackinnon, para quien sería perfectamente posible considerar como cosa corporal la energía eléctrica, aún cuando no se encuentre envasada. El profesor Oliver aboga por una interpretación “evolutiva” que tome en cuenta el avance de las sociedades y del desarrollo científico, y en ese sentido, argumenta que para la física moderna toda materia está compuesta de electricidad. Sin embargo, coincidimos con Labatut en el sentido que:

“Aun cuando para la física moderna no hay diferencia cualitativa entre masa (materia) y energía, de modo que no puede negarse ya la entidad material de esta última, la corporeidad exigida por la ley hace que jurídicamente ambos conceptos no se asimilen” (Labatut, 2000, pág. 199).

3.2.2. Cosa mueble

En el ámbito penal, y en particular en los delitos contra la propiedad, el concepto de “cosa mueble” es más amplio que en materia civil. En efecto, se incluyen no sólo las cosas que de acuerdo al artículo 567 del Código Civil pueden transportarse de un lugar a otro sin detrimento, sino que además se deben considerar los inmuebles por adherencia del artículo 568 y también los inmuebles por destinación del artículo 570 del mismo cuerpo legal. De esta manera -y sólo a modo ejemplar-, las plantas y árboles adheridos al suelo, los animales destinados al suelo de un predio, las losas de un pavimento o los tubos de cañería, aún cuando

para el derecho civil se consideren inmuebles, son cosas muebles para el derecho penal, y por tanto pueden ser objeto material de los delitos de hurto y robo.

3.2.3. Cosa susceptible de apropiación

La mayor parte de la doctrina no contempla el requisito de la susceptibilidad en la apropiación como un elemento separado a considerar en la estructura típica del hurto y el robo. Sin embargo, vemos como un acierto que el profesor Guillermo Oliver sí lo contemple toda vez que permite un estudio más ordenado de ciertas cosas muebles que no son susceptibles de apropiación, y que vale la pena mencionar. Por regla general, sólo son susceptibles de apropiación los objetos y los animales, no existiendo esa posibilidad tratándose de personas y cadáveres. Es evidente que las personas no pueden bajo ningún punto de vista ser susceptibles de apropiación por el atentado que ello supondría para la vida, la libertad, la salud y la integridad física y psíquica. Respecto de los cadáveres, se entiende que estos están revestidos de una especial protección en torno al respeto y dignidad de los difuntos, situación que ha sido analizada por la jurisprudencia:

“Un cadáver no es una persona, pero tampoco un simple bien mueble, sino una cosa especialísima y *sui generis*, merecedora de algún nivel de protección y regulación; por un parte, por el hecho de haber sido una persona transmite algo de la propia dignidad de ésta” (Corte Suprema, Rol 2845-20, 14 de julio de 2020).

Ahora bien, compartimos las consideraciones del profesor Guillermo Oliver respecto a que, excepcionalmente, ciertos cadáveres cuando entran al comercio (como las momias en un museo) sí serían susceptibles de apropiación. Lo mismo sucede con ciertos miembros corporales que son objeto de investigación científica, o con las bancos de sangre y semen. Además, también compartimos su argumentación en torno a que a pesar de que los cadáveres no puedan ser objeto material del delito de hurto o robo, sí pueden serlo las ropas, joyas u otros objetos que lleve el difunto consigo, razonamiento aportado por Alfredo Etcheberry.

3.2.4. Cosa ajena

En los delitos de hurto y robo, para que se entienda que la cosa es ajena, esta no debe pertenecer al sujeto activo, y además, debe tener un dueño (aunque no es relevante que el autor conozca la identidad del propietario, ni tampoco si la cosa pertenece a uno o más sujetos). Naturalmente, el dueño de la cosa no puede ser autor de estos delitos, pero existe un caso en la legislación en el cual el dueño de la cosa puede ser castigado si es que sustrae la cosa de su legítima tenedor: el llamado “hurto de posesión” del artículo 471 N° del Código Penal.

Además, la exigencia de que la cosa deba pertenecer a una persona, permite excluir como objeto material de los delitos de hurto y robo a ciertas cosas corporales muebles, entre ellas: a) Las cosas comunes a todas las personas (como alta mar), en atención a lo dispuesto en el artículo 585 del Código Civil que prohíbe su dominio; b) Las cosas que carecen de dueño (*res nullius*), que pueden ser adquiridas por ocupación de acuerdo al artículo 606 y siguientes del Código Civil (como los animales bravíos y los peces); c) Las cosas abandonadas (*res derelictae*), dejadas por su dueño para que cualquier tercero se la apropie.

Respecto de los bienes nacionales de uso público, no compartimos la opinión de cierto sector doctrinal que estima que tampoco pueden ser objeto material de estos ilícitos: “No puede haber hurto [...] de los bienes nacionales de uso público. En consecuencia, el tesoro hallado en terreno propio o en un bien nacional de uso público, no puede ser objeto de hurto” (Matus & Ramirez, 2019, pág. 545). Creemos que estos bienes sí pueden ser considerados ajenos, y por tanto susceptibles de hurto o robo, siguiendo los planteamientos del profesor Alfredo Etcheberry en el sentido que: “si bien su uso corresponde a todos los habitantes de la República, su dominio pertenece a la nación misma” (Etcheberry, 1998, pág. 301).

En la doctrina ha existido una discusión relativa a si puede o no existir hurto (o robo) cuando quien realiza la conducta apropiatoria es un copropietario respecto de la cosa que se tiene proindiviso. Nos mostramos proclives a cierta tendencia, sostenida por Bajo Fernández y ampliamente seguida en España¹⁹, que distingue si el bien se mantiene indiviso entre los

¹⁹ (Garrido Montt, 2000, pág. 166).

propietarios (que sólo tendrían una cuota ideal sobre él) y si el bien ha sido dividido en partes proporcionales entre los comuneros. En el primer caso, creemos que no podría cometerse el ilícito puesto que la cosa no sería realmente ajena para ningún copropietario, aunque de todas maneras existiría un problema de falta de legitimación para disponer de la cosa en el ámbito civil (Politoff, Matus, & Ramirez, 2005, pág. 304). En el segundo caso, podría apreciarse un hurto o un robo si un comunero se apodera de una porción mayor a la cuota que le corresponde, en aquella parte que excede a su cuota. Así, coincidimos con Oliver en cuanto a que “esta parte es tan ajena como cualquier otra cosa de la que no sea comunero” (Oliver, 2011, pág. 386).

Con todo, a nuestro juicio, la doctrina anterior sólo es aplicable en el caso que la conducta apropiatoria se despliegue respecto de una cosa que se encuentra en manos de otro comunero o aun de un tercero. En el caso que quien se apropia de la cosa sea el mismo comunero que la detenta en su poder, consideramos que corresponde aplicar en esta hipótesis la figura de la apropiación indebida del artículo 470 N° 1 del Código Penal. En ese mismo sentido, Bullemore-Mackinnon: “Si la apropiación de la cosa común la efectúa un comunero que se encuentra ya en posesión de ella, cabría más bien hablar de una posible apropiación indebida” (Bullemore & Mackinnon, 2018, pág. 29).

3.2.5. Cosa avaluable económicamente

La cosa debe ser avaluable económicamente – algunos autores hablan de “avaluable en dinero” o “susceptible de apreciación pecuniaria”. En efecto, respecto del hurto, el artículo 446 del Código Penal gradúa la penalidad de este delito en atención al valor de la especie sustraída, de lo que se sigue que es indispensable que el bien posea valía monetaria. Si bien para el robo el legislador penal no ha utilizado un criterio de punición semejante, compartimos plenamente el razonamiento de Guillermo Oliver, para quien el bien debe tener valor económico debido a la relación patrimonial que existe entre el dueño y la cosa:

“Tanto en una como en otra clase de robo, debe existir antijuricidad material del comportamiento, lo que exige una afectación de bienes jurídicos dentro de los cuales se encuentran la propiedad, la posesión y la mera tenencia, entendidas como una relación patrimonial entre una persona y una cosa, que permite a su titular obtener un beneficio económico” (Oliver, 2011, pág. 389).

Luego, no es suficiente con que la cosa tenga un mero valor subjetivo o de “afección”, sino que debe considerarse su valor económico o de mercado. Generalmente en nuestro sistema económico, “la evaluación de una especie se encuentra determinada por las leyes de la oferta y la demanda, y ha de ser objeto de prueba en el proceso penal” (Matus & Ramirez, 2019, pág. 546).

3.3. Conducta

El artículo 432 del Código Penal describe la conducta típica común en los delitos de hurto y robo en los siguientes términos: “El que *sin la voluntad de su dueño* y con *ánimo de lucrarse se apropia* de cosa [...]”. Desglosamos los componentes del tipo a continuación.

3.3.1. Apropiación

La apropiación consiste en la sustracción de una cosa mueble ajena, con ánimo de señor y dueño. Tenemos entonces un elemento típico compuesto por una parte objetiva (la sustracción) y una parte subjetiva (el ánimo de señor y dueño).

La *sustracción* consiste en cualquier actividad dirigida al apoderamiento de la cosa. Por lo general, este apoderamiento se comete mediante la aprehensión material del bien por parte del mismo sujeto activo, pero nada impide a que se utilicen otros medios, tales como terceros inocentes, animales amaestrados o una máquina programada para sustraer. Para que la sustracción se consume, debe ocurrir el traspaso del bien desde la esfera de resguardo de su dueño hacia la esfera de resguardo del sujeto activo. Por “esfera de resguardo” (o de custodia) debe entenderse aquel ámbito de protección en el cual un propietario tiene la facultad de disponer, gozar y usar de una cosa, de lo que se sigue que, en el hurto y en el robo, el agente debe quebrantar la esfera de custodia del propietario y apoderarse del bien de tal forma que su dueño se vea impedido de continuar detentando su disposición (materialmente). Como sostiene Garrido Montt:

“La simple sustracción de la especie de la esfera de custodia de su dueño puede no siempre ser seguida de la incorporación de esa especie a la esfera de custodia del sujeto activo, lo que es necesario para que pueda haber delito de

hurto (o robo) consumado; de no ser así, se estará ante una mera tentativa” (Garrido Montt, 2000, pág. 159).

La jurisprudencia ha sostenido un razonamiento similar, arguyendo que la introducción de la cosa en la esfera de custodia del sujeto activo supone la desposesión subsecuente de la víctima:

“Tratándose de un delito de mera actividad, no admite frustración, a diferencia de aquellos clasificados como de resultado y esto ocurre porque el tipo penal no exige un resultado separable de la acción que describe (apropiarse), así, ‘si no se logra el efectivo desposeimiento, no se puede decir que se haya realizado toda la acción típica y que no obstante eso no se alcanzó la consumación, sino únicamente que la acción no se ha realizado completamente’” (Delitos contra la propiedad. Guillermo Oliver C. Thomson Reuters. La Ley.pag 123-124)” (Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 462/2019, 29 de marzo de 2019, C. 4°).

Que el sujeto activo se apodere materialmente de la cosa no supone que éste se convierta en propietario, con todos los derechos que ello conlleva, toda vez que los delitos no son un modo de adquirir el dominio. En la práctica, sin embargo, la sustracción implica que el delincuente puede disponer fácticamente de la cosa, puesto que ahora ésta se encuentra bajo su ámbito de protección. Así, “lo que sucede es que, de hecho, el delincuente se arroga las facultades del dueño” (Oliver, 2011, pág. 361).

Además de esta aprehensión material (y subsecuente desposesión del dueño), debe concurrir en el sujeto activo el llamado “ánimo de señor y dueño” (*animus dominis* o *animus rem sibi habendi*), consistente en la intención del agente de comportarse como propietario de la cosa. De esta manera, no existirá hurto si es que una persona toma materialmente un bien para usarlo durante unos momentos, y luego lo devuelve a su dueño (lo que en doctrina se denomina “hurto de uso”), ya que, si bien existe una aprehensión material de la cosa, está ausente el ánimo de adueñarse de ella, reconociéndose el dominio ajeno. Siguiendo al profesor Oliver, la jurisprudencia está conteste en que el *animus dominis* es un requisito de la apropiación:

“A pesar de que el legislador no ha señalado el modo en que debe tener lugar la apropiación, una interpretación sistemática de las disposiciones relativas al hurto permite concluir que ella, en principio, debe verificarse a través de una sustracción de la cosa objeto materia del delito. Agrega el profesor Guillermo

Oliver que la apropiación que exige la ley supone algo más que el simple apoderamiento mediante sustracción. En efecto, para realizar el tipo es necesario que la sustracción esté acompañada del denominado animus rem sibi habendi, animus diminió o ánimo de señor y dueño (Guillermo Oliver, Delitos contra la Propiedad, Thomson Reuters, Pág. 70)” (Corte de Apelaciones de Iquique, Rol N° 383/2018, 24 de diciembre de 2018, C. 1°).

3.3.2. Con ánimo de lucro

Abogamos, junto con el profesor Oliver, por una interpretación extensiva de “ánimo de lucro”, que lo concibe como la intención de conseguir cualquier ventaja o provecho, no necesariamente de índole económica. En efecto, si se optara por una visión restrictiva que sólo considerara como “lucro” un provecho económico, “sólo hurtaría quien se apropiara de la cosa para venderla, arrendada o explotarla en forma semejante” (Etcheberry, 1998, pág. 306). La jurisprudencia ha acogido esta concepción del ánimo de lucro: “como señala Guillermo Oliver (Oliver, Delitos contra la Propiedad, Thomson Reuters, Santiago, 2013, p.87), el ánimo de lucro consiste en el propósito de obtener un provecho cualquiera de la cosa sustraída” (Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 137/2016, 4 de marzo de 2016, C. 7°).

Siguiendo a la doctrina mayoritaria, consideramos que el ánimo de lucro no sólo concurre cuando el sujeto activo busca beneficiarse a sí mismo, sino que también está presente cuando se pretende beneficiar a un tercero. Así, “este provecho económico puede estar dirigido a un tercero, como el que, en un acto tan delictivo como romántico, hurta el anillo de compromiso que entrega a su futura mujer” (Bullemore & Mackinnon, 2018, pág. 33). Como se vio en el número 2 de este capítulo, son partidarios de esta postura también Etcheberry, Garrido Montt, Matus-Ramírez, entre otros. La jurisprudencia nacional ha razonado en igual sentido:

“Que, el ánimo de lucro constituye una disposición anímica de enriquecerse u obtener un aprovechamiento económica ya sea para sí o para otro, que debe ir inserto en el acto de apropiación” (Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N° 137-2008, 11 de julio de 2008, C. 6°).

No compartimos el parecer del profesor Guillermo Oliver, para quien “la exigencia subjetiva sólo puede entenderse cumplida cuando el agente se apropia de la cosa ajena con el

propósito de obtener él mismo y no otra persona, un lucro” (Oliver, 2011, pág. 378). El académico sostiene que debido a que el legislador penal utiliza el verbo pronominal “lucrarse”, las conductas orientadas a beneficiar a otra persona que no sea el propio agente no pueden ser consideradas típicas. Sin embargo, no nos parece que esta sea la intención del legislador. Como es ampliamente conocido, los hurtos y los robos constituyen los ilícitos más frecuentes a nivel nacional, muchos de los cuales no siempre persiguen un provecho para el propio autor. De admitirse la tesis de Oliver, se generaría una inaceptable laguna de punibilidad que permitiría la impunidad de muchas conductas apropiatorias. Desde luego, coincidimos con el profesor en que urge una modificación legal en la materia, y creemos que una redacción más genérica (“ánimo de lucro”, a secas) despejaría este problema.

En cuanto a si existe o no una relación de género a especie entre el ánimo de lucro y el ánimo de señor y dueño, nos decantamos por la opinión mayoritaria en la doctrina actual según la cual dicha relación no existe, y que por lo tanto el ánimo de lucro y el ánimo de señor y dueño son elementos subjetivos diferentes, que pueden apreciarse en forma separada, pero que deben concurrir ambos para que exista un hurto o robo. Como es evidente, tener la intención de ser dueño de una cosa no es lo mismo que tener la intención de obtener un provecho o ventaja de aquella, y ni siquiera existe una necesaria relación lógica entre ambos, pudiendo en la práctica existir un ánimo sin que concurra el otro, y viceversa. Así, siguiendo a Alfredo Etcheberry:

“Puede intentarse adquirir la disposición de la cosa con fines muy diferentes a la obtención de una utilidad (v. gr., para perjudicar a otro, destruyendo la cosa u ocultándola sin utilizarla). Además, puede procurarse obtener un provecho de la cosa gracias a su sustracción, pero sin el ánimo de transformarse en dueño de ella, sino usándola temporalmente (como sería el caso del que toma la bicicleta ajena y, haciéndola pasar por propia, la da en arrendamiento por algunas horas a un excursionista que la restituye transcurrido el plazo, y vuelve finalmente intacta a poder de su propietario)” (Etcheberry, 1998, pág. 305).

En otro orden de ideas, y siguiendo al profesor Oliver, creemos que el ánimo de lucro sí es compatible con el ánimo de hacerse pago con la cosa perteneciente al deudor, pues “por ejemplo, un acreedor podría apropiarse de una cosa perteneciente a su deudor para satisfacer así su crédito, y además, para darla en arriendo a un tercero” (Oliver, 2011, pág. 376). Pero la

conducta consistente en apropiarse un acreedor de la cosa perteneciente al deudor, para hacerse pago de su crédito, no es castigada en nuestra legislación penal a no ser que medie violencia, caso en el cual ni siquiera es un delito de hurto o robo, sino la falta de realización arbitraria del propio derecho, sancionada en el artículo 494 N° 20 del Código Penal. Si bien compartimos la opinión del profesor Oliver relativa a que esta falta sólo se aplica cuando la deuda es exigible, no coincidimos en su planteamiento de que no se configuraría esta falta, sino un auténtico hurto o robo, cuando la cosa sustraída es distinta a la debida o cuando se toma el equivalente de lo debido en una obligación de género. Al respecto, somos partidarios de la opinión de los profesores Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez, para quienes la ley no especifica la naturaleza de la cosa con la cual el acreedor busca hacerse pago, de manera que “puede hacerse directamente con lo que se debe o a través de bienes cuyo valor sea equivalente, en ejercicio del derecho de prenda general” (Matus & Ramirez, 2019, pág. 561).

3.3.3. Sin la voluntad del dueño

El dueño de la cosa no debe dar su consentimiento para que el sujeto activo se la apropie. Esta falta de consentimiento no sólo existe cuando el propietario manifiesta su voluntad en contra de que aquél sustraiga la cosa, sino que también cuando el agente se apodera del bien a escondidas y sin que el dueño tenga noticia del hecho. De hecho, lo más frecuente es que los hurtos se realicen de manera oculta: “el apoderamiento en el delito de hurto es clandestino normalmente, realizado en ausencia de propietario o en su ignorancia (el sujeto que le sacan la billetera de su bolsillo mientras camina en la vía pública)” (Garrido Montt, 2000, pág. 168).

Por lo tanto, si concurre la voluntad del dueño en la apropiación de la cosa, no hay delito. En este caso, creemos que el elemento que falta para entenderse configurado el delito es la tipicidad, aunque cierto sector doctrinario plantea que faltaría la antijuricidad. A nuestro juicio, como es la propia ley, en el artículo 432 del Código Penal, quien consagra la falta de voluntad del dueño como un elemento del tipo, dicha condición pasa a integrar el tipo penal. Así, “lo que parece indudable, es que sea cual fuere el lugar en que se ubique dentro del tipo, siempre será un elemento típico y cuya ausencia, por obvia consecuencia, determinará la atipicidad de la conducta” (Bullemore & Mackinnon, 2018, pág. 31).

Con respecto al alcance de la palabra “dueño”, somos partidarios de una interpretación extensiva, en la cual no solo se entienda comprendido el real propietario de la cosa, sino que también el poseedor e incluso el mero tenedor. Como señala acertadamente Oliver, la esencia del hurto está en el rompimiento de la custodia ajena y la constitución de una custodia nueva sobre la cosa, de manera que “para que haya hurto de una cosa debe obrarse sin la voluntad de quien se encuentra custodiándola” (Oliver, 2011, pág. 369).

Luego, quien tiene la cosa bajo su custodia no sólo es el propietario, sino que también puede ser el mero tenedor, de manera que hay hurto (o robo) cuando el agente se apropia de cosa mueble ajena sin la voluntad del mero tenedor que se encuentra custodiándola, aún cuando el propietario en paralelo sí haya dado su consentimiento.

Finalmente, el consentimiento del dueño (en sentido amplio) debe ser válido, esto es, debe emanar de una persona capaz y estar exento de vicios. Respecto a la capacidad, compartimos con Oliver la idea de que, aunque en general los menores de edad y los dementes no tienen capacidad para disponer de sus bienes, existen ciertas situaciones donde resultaría absurdo negársela: “por ejemplo, no parece discutible que un niño pueda disponer de la suma de dinero que diariamente le dan sus padres para comprar golosinas en el colegio” (Oliver, 2011, pág. 371), de manera que no parece aconsejable adoptar reglas absolutas en esta materia y lo mejor es evaluar la situación caso a caso. En cuanto a los vicios, si concurre alguno de éstos, la conducta podría ser sancionada a título de otro ilícito. Por ejemplo, si media engaño, no habría un hurto ni un robo, pero sí procedería sancionar por estafa. Y si media fuerza o intimidación, no habría hurto, pero sí un robo.

CONCLUSIONES

1. Respecto del primer capítulo de esta memoria, podemos concluir que efectivamente existe una escuela de derecho penal en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Esta escuela está conformada por cuatro de los diez profesores que componen el departamento de derecho penal y procesal penal de la facultad: Luis Rodríguez Collao, Guillermo Oliver Calderón, Laura Mayer Lux y Jaime Vera Vega.
2. Por una parte, la alta productividad dogmática y la cantidad de publicaciones permiten sostener que estos cuatro académicos concentran la mayor parte de las investigaciones criminales en su casa de estudios durante los últimos veinte años: entre todos suman a lo menos 90 publicaciones (sin contar las obras que no se consideraron para esta investigación) y más de 20 proyectos de investigación (la mayoría FONDECYT). Por otra parte, el permanente trabajo conjunto y la influencia recíproca entre los cuatro docentes hacen posible afirmar que ellos conforman un grupo de trabajo dedicado a la investigación. En efecto, Guillermo Oliver, Laura Mayer y Jaime Vera fueron todos ayudantes de Luis Rodríguez, de manera que los tres se han formado conjuntamente y han seguido líneas de investigación similares en varias ocasiones. Además, han colaborado entre sí (por ejemplo, Luis Rodríguez ha escrito artículos y trabajado en proyectos FONDECYT con todos los académicos mencionados, en tanto que Laura Mayer y Jaime Vera han coescrito seis publicaciones juntos) y se han influenciado académicamente (verbigracia, Jaime Vera decidió especializarse en derecho penal gracias al consejo de los profesores Rodríguez y Oliver, y la propia profesora Mayer fue la académica guía del doctorado del profesor Vera).
3. En general, podemos apreciar que las obras de estos académicos se concentran principalmente en el ámbito de la parte especial del derecho penal, especializándose cada uno en ciertos tipos de delitos en particular: las principales publicaciones de Rodríguez se enfocan en los delitos sexuales, delitos aduaneros, delitos contra la función pública y delitos contra la vida; las de Oliver en los delitos contra la propiedad, delitos económicos y el delito de cohecho; las de Mayer en el delito de estafa, las defraudaciones y falsedades documentales; y las de Vera en las falsedades

documentales y delitos de tráfico vehicular. Sin perjuicio de ello, es útil mencionar que el profesor Oliver se adentró un tanto más que el resto en la parte general del derecho penal, abordando tópicos como la retroactividad e irretroactividad de las leyes penales y la determinación de las penas.

4. Respecto del segundo capítulo, se decidió escoger al profesor Guillermo Oliver para realizar el análisis crítico y descriptivo de su obra. La elección se debe a que el profesor Oliver es quien presenta el mayor número de publicaciones en los últimos veinte años (40 publicaciones frente a las 31 de Luis Rodríguez, las 17 de Laura Mayer y las 6 de Jaime Vera) y es quien posee el más alto puntaje FONDECYT por sus obras en el presente siglo (12.9 puntos frente a los 9.9 de Luis Rodríguez, los 7.25 de Laura Mayer y los 1.9 de Jaime Vera). Tanto en cantidad como en puntaje, se aprecia una productividad dogmática más favorable a Guillermo Oliver.
5. Del análisis descriptivo de la obra del profesor Oliver, podemos divisar que el académico ha abarcado una amplia gama de materias penales, la mayoría tratadas con ahínco en determinados períodos de tiempo. Así, entre los años 2000 y 2005 el profesor se enfocó en la aplicación de la ley penal en el tiempo (tema del cual publicó el libro “Retroactividad e irretroactividad de la ley penal”), y también hizo lo suyo con el delito de cohecho; entre 2005 y 2008 focalizó sus estudios en la entonces recién promulgada Ley 20.084 sobre Responsabilidad Penal Adolescente; entre 2008 y 2011 trató delitos económicos como el enriquecimiento ilícito y el giro doloso de cheques; entre 2011 y 2014 trabajó arduamente los delitos contra la propiedad, en especial los hurtos y los robos (publicando el libro “Delitos contra la propiedad”); y finalmente, desde el año 2015 hasta la fecha (2021), Oliver se ha enfocado de manera preeminente al derecho procesal penal, abordando temas como las medidas cautelares, la justicia penal negociada y los recursos en materia penal.
6. Del conjunto de las publicaciones analizadas en el Capítulo II, se pueden apreciar influencias de diversos juristas en razón de las referencias bibliográficas adjuntadas por Guillermo Oliver para justificar sus planteamientos. Basándonos en el número de citas, las principales influencias para el profesor Oliver han sido, en la doctrina nacional, Jean Pierre Matus (78), Sergio Politoff (54), María Cecilia Ramírez (50), Alfredo Etcheberry (36), Mario Garrido (32), Enrique Cury (27), Luis Rodríguez

(23), Gustavo Labatut (22), Alex Van Weezel (17), Eduardo Novoa (15), Rodrigo Cerda (15), Antonio Bascuñán (13) y Tito Solari (12). En cuanto a la doctrina extranjera, sus principales influencias han sido Jesús Silva Sánchez (26), Santiago Mir Puig (24), Manuel Cobo del Rosal (18), Tomás Vives Antón (18), Enrique Casas Barquero (16), Baltazar Morales Espinoza (16), Manuel de Rivacoba y Rivacoba (14), Luis Ruiz Antón (13), Fulgencio Madrid Conesa (13) y Claus Roxin (12).

7. Respecto del tercer capítulo, se determinó analizar críticamente la estructura típica común de los delitos de hurto y robo (por ser uno de sus tópicos más relevantes en opinión del mismo Oliver), se contrastaron las opiniones del profesor con la de al menos ocho autores penales que han escrito respecto del asunto y luego se expusieron las consideraciones propias del redactor de esta memoria, con base en la doctrina y jurisprudencia nacional. Se puede apreciar que no alteramos sustancialmente los componentes generales de la estructura típica que presenta Oliver²⁰, y solo se modificó levemente el esquema para analizarla²¹. Lo anterior, puesto que consideramos que el profesor Guillermo Oliver presenta una estructura clara, precisa y útil para comprender los delitos de hurto y robo. La mayor parte de la doctrina tampoco cambia en mucho los elementos, salvo que casi ningún autor contempla el factor “susceptible de apropiación”, componente que nosotros sí creemos importante considerar.
8. Sin embargo, sí tuvimos opiniones contrarias a Oliver, ya sea siguiendo a otra doctrina o argumentando por nuestra cuenta, respecto del significado y alcance de ciertos elementos dentro de los componentes generales. Así, por ejemplo, rechazamos que la energía eléctrica pueda ser considerada “cosa corporal” cuando no se encuentra envasada, ya que no se condice con los términos empleados por la ley y la doctrina; no compartimos la opinión de que el “ánimo de lucro” solo se perfecciona cuando el agente busca beneficiarse él mismo, sino que también cuando

²⁰ En efecto, consideramos, al igual que Oliver, que la cosa debe ser corporal, mueble, ajena, susceptible de apropiación y avaluable económicamente, y que la conducta debe consistir en una apropiación con ánimo de lucro y sin la voluntad del dueño.

²¹ A diferencia de Oliver, quien sólo hace una distinción entre conducta y objeto material, nosotros dividimos la tipicidad en a) autores y víctimas, b) objeto material y c) conducta.

busca beneficiar a un tercero, ya que de lo contrario se generaría una inaceptable laguna de punibilidad; y tampoco creemos que, en el marco de la falta de realización arbitraria del propio derecho, deba considerarse como hurto o robo la sustracción de una cosa diversa a la debida o el equivalente de lo debido en una obligación de género, puesto que la ley no especifica la naturaleza de la cosa con la cual el acreedor busca hacerse pago. Además, hubo otros elementos en los cuales no contradecimos a Oliver, pero sí generamos consideraciones nuevas a sus planteamientos, como ocurrió con la posibilidad de apreciar un hurto entre comuneros respecto de la cosa proindiviso, donde nos mostramos favorables a distinguir si el bien se mantiene indiviso entre los propietarios y si el bien ha sido dividido en partes proporcionales entre los comuneros, puesto que las consecuencias jurídicas en ambos casos son diferentes.

9. La estructura típica de los delitos de hurto y robo fue analizada en base al Capítulo II del libro “Delitos contra la propiedad” (2013), el artículo de revista “Estructura típica de los delitos de hurto y robo” (2011) y el capítulo de libro “La tesis del profesor Politoff sobre el ánimo de lucro en la apropiación indebida: una proyección en la interpretación de los delitos de hurto y robo”. En estas tres obras también se divisan ciertas influencias preponderantes extraídas de las referencias bibliográficas. Basándonos en el número de citas, las principales influencias para el profesor Oliver en esta materia han sido, en la doctrina nacional, Alfredo Etcheberry (24), Sergio Politoff (23), Mario Garrido (21), Jean Pierre Matus (20), María Cecilia Ramírez (20), Enrique Schepeler (17) y Gustavo Labatut (12). En cuanto a la doctrina extranjera, las principales influencias fueron Mercedes García Arán (9), Francisco Muñoz Conde (8) y Juan José González Rus (7).
10. Finalmente, podemos concluir que, tal como lo señaló Guillermo Oliver en la entrevista online que sostuvo con el redactor de esta memoria, los planteamientos que el profesor ha esgrimido respecto de la estructura típica de los delitos de hurto y robo han sido ampliamente recogidos tanto por la doctrina como por la jurisprudencia nacional. Así, por ejemplo, vemos como los profesores Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez han citado el trabajo de Oliver para cambiar su postura respecto de si el ánimo de lucro y el ánimo de apropiación tienen una relación

lógica, o como los profesores Vivian Bullemore y John Mackinnon han actualizado sus planteamientos del hurto y el robo citando a Oliver en reiteradas ocasiones, al punto que, en lo que respecta a la corporalidad de la energía eléctrica, han expuesto casi textualmente las consideraciones del académico. En cuanto a la jurisprudencia, desde el año 2011 en adelante podemos apreciar que varios fallos de distintas Cortes de Apelaciones, e incluso de la Corte Suprema, han citado los razonamientos del profesor Oliver en sus considerandos, sobre todo en lo relativo al objeto material, los componentes de la apropiación y las características del ánimo de lucro.

BIBLIOGRAFÍA

- Bascuñán, A. (2002). "El robo como coacción". *Revista de Estudios de la Justicia*, 55-125.
- Bullemore, V., & Mackinnon, J. (2018). "*Curso de Derecho Penal IV (4ª edición)*". Santiago: LexisNexis.
- Etcheberry, A. (1998). "*Derecho Penal. Parte Especial (Tomo III)*". Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Garrido Montt, M. (2000). "*Derecho Penal. Parte Especial (Tomo IV)*". Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Labatut, G. (2000). "*Derecho Penal (7ª edición actualizada por Julio Zenteno)*". Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Matus, J., & Ramirez, M. (2019). "*Manual de Derecho Penal Chileno. Parte Especial (IVª Edición)*". Santiago: Tirant Lo Blanch.
- Oliver, G. (2003). "¿Irretroactividad de las variaciones jurisprudenciales desfavorables en material penal?". *Revista de Derecho (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso)*, 24, 355-378.
- Oliver, G. (2004). "¿Debe aplicarse la ley intermedia más favorable?". *Revista de Derecho (Pontificia Universidad de Valparaíso)*, 25, 305-323.
- Oliver, G. (2004). "Aproximación al delito de cohecho". *Revista de Estudios de la Justicia*(5).
- Oliver, G. (2007). "*Retroactividad e irretroactividad de la ley penal*". Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Oliver, G. (2008). "Inconstitucionalidad del nuevo delito de enriquecimiento ilícito". En L. Rodríguez (Ed.), "*Delito, pena y proceso. Libro homenaje a la memoria del profesor Tito Solari Peralta*". Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

- Oliver, G. (2009). "Seguridad jurídica y derecho penal". *Revista de Estudios de la Justicia*(11), 181-199.
- Oliver, G. (2009). "Modificaciones en la regulación del delito de giro fraudulento de cheque: análisis desde la teoría de la sucesión de leyes". *Política Criminal*, 4(7), 1-30.
- Oliver, G. (2011). "Estructura típica común de los delitos de hurto y robo". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 36.
- Oliver, G. (2011). "¿No puede aplicarse el artículo 68 bis del Código Penal después de una compensación racial entre atenuantes y agravantes?". *Revista de Derecho (Universidad Católica del Norte)*, 18(1), 171-182.
- Oliver, G. (2012). "Aproximación a la unificación de penas". *Política Criminal*, 7(14), 248-275.
- Oliver, G. (2012). "Vulneraciones de derechos fundamentales en la regulación de los delitos de hurto y robo". *Revista de Derechos Fundamentales*(8), 15-44.
- Oliver, G. (2013). *"Delitos contra la Propiedad"*. Santiago: Legalpublishing.
- Oliver, G. (2013). "La exasperación de la pena en el concurso material de delitos: la reiteración de delitos de la misma especie". *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, 26(2), 167-188.
- Oliver, G. (2013). "Consideraciones sobre la violencia y la intimidación en el robo". En J. P. Mañalich, *"La ciencia penal en la Universidad de Chile. Libro homenaje a los profesores del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile"* (págs. 463-479). Santiago: Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
- Oliver, G (2013). "Consideraciones sobre el hurto de hallazgo", en Van Weezel, A. (ed.), *"Humanizar y renovar el derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury"*. Santiago: Legal Publishing.

- Oliver, G. (2014). "Algunos problemas de la regulación de los delitos de hurto y robo con fuerza en las cosas". *Doctrina y jurisprudencia penal*(18), 3-30.
- Oliver, G. (2016). "Algunos problemas de aplicación de reglas de determinación legal de la pena en el Código Penal chileno". *Política Criminal*, 11(22).
- Oliver, G. (2019). "Reflexiones sobre los mecanismos de justicia penal negociada en Chile".
- Oliver, G. (2019). "La tesis del profesor Politoff sobre el ánimo de lucro en la apropiación indebida: una proyección en la interpretación de los delitos de hurto y robo". En R. (. Navarro, *"El delito de apropiación indebida"* (págs. 23-38). Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago.
- Oliver, G. (2019). "Dos proyecciones de la teoría del delito en la imposición de medidas cautelares personales en el proceso penal chileno". *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*(53), 177-197.
- Politoff, S., Matus, J., & Ramirez, M. (2005). *"Lecciones de derecho penal chileno. Parte especial (Tomo II)"*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.