

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

345.83
P769 dp
1993
2da ed
C. 4

1-0018839

SERGIO POLITOFF

*Profesor de Derecho Penal en la Universidad de Chile
Diplomado en Ciencias Penales en las Universidades de Roma y Leipzig
Profesor de la Universidad Erasmus de Rotterdam*

FRANCISCO GRISOLIA

*Profesor titular de Derecho Penal en la Universidad de Chile
Doctor en Derecho por la Universidad de Madrid*

JUAN BUSTOS

*Profesor de Derecho Penal en la Universidad de Chile
Doctor en Derecho por las Universidades de Madrid y Bonn
Profesor Universidad Autónoma de Barcelona*

DERECHO PENAL CHILENO

PARTE ESPECIAL

DELITOS CONTRA EL INDIVIDUO EN SUS CONDICIONES FISICAS

© SERGIO POLITOFF
FRANCISCO GRISOLIA
JUAN BUSTOS

© EDITORIAL JURIDICA DE CHILE
Av. Ricardo Lyon 946, Santiago

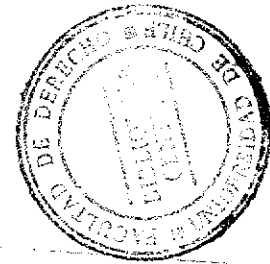
Inscripción Nº 86.309

Se terminó de imprimir esta segunda edición
de 2.000 ejemplares en el mes de agosto de 1993

IMPRESORES: Alfabet

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN 956-10-1029-1



EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

§ 1º HOMICIDIO SIMPLE

1. DEFINICION. SUJETOS. OBJETO

1. DEFINICIÓN DOGMÁTICA

La expresión homicidio *simple* no ha sido usada por la ley. La ha impuesto una práctica generalizada para designar la figura residual de homicidio que resulta del cotejo de los arts. 390, 391, Nº 1º y 394 con el art. 391, Nº 2º del C.P.; Dispone este último precepto que se castigará con la pena que señala al que *mata a otro* sin que concurre alguna de las circunstancias previstas en el Nº 1º del mismo art. 391. A su vez, este numerando exige la ausencia de los presupuestos específicos contenidos en el art. 390 del C.P., de donde se sigue que la hipótesis del art. 391, Nº 2º precisa que no se den las circunstancias que señalan los arts. 390 y 391, Nº 1º citados.

Por otra parte, si concurren los elementos especiales exigidos por el art. 394, la conducta de matar a otro queda encuadrada en el infanticidio, lo que genera un nuevo requisito negativo con respecto al homicidio simple.

De este modo se obtiene la siguiente definición: El homicidio simple consiste en matar a otro sin que concurren las condiciones especiales constitutivas del partido, infanticidio u homicidio calificado.

Lo expresado agota la definición *dogmática* del homicidio simple.

Algunas definiciones propuestas por la doctrina² incluyen menciones puras-

¹ Observe WATZEL que la sistemática de los delitos de homicidio es controvertida (HANS WATZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 280). Tal vez si buena parte de la dificultad derive del esfuerzo por construir una teoría general del homicidio, que luego es especificada en diversas modalidades. Más sencillo nos ha parecido desarrollar en el ámbito del homicidio simple los problemas generales, sin perjuicio de que ellos deben entenderse aplicables también a las figuras restantes, en todo aquello que no sea incompatible con su individual configuración.

² Así, CABRERA considera insuficiente una definición que se limite a "la muerte de un hombre cometida por otro hombre", por abarcar también el homicidio legítimo (*voluntaria leges*) y el homicidio legítimo (*involuntaria leges*) (FRANCESCO CABRERA, *Programa*, § 1086). De ahí, entonces, que proponga la fórmula "la muerte de un hombre cometida *injustamente* por otro hombre" (*Programa*, § 1087). En el mismo sentido INURRIA GONZALEZ, *El delito de homicidio* (1928), p. 6. Entre nosotros, hasta la segunda edición de su *Derecho Penal*, GUSTAVO LABARTÚ añadía la exigencia de que la destrucción de la vida fuera injusta (p. 228). Otras definiciones incluyen la exigencia de la voluntad dolosa, que LABARTÚ, en su quinta edición, considera conveniente, porque una noción escueta "podría inducir a pensar que en nuestra

mente pleonásticas, tales como agregar que la conducta sea *injusta* o que la destrucción de la vida humana debe ser *voluntaria*.

La CA de Santiago ha declarado que el elemento intención se manifiesta por el esfuerzo dirigido a suprimir o destruir una vida humana ajena, y que este elemento está incorporado de una manera tácita a su definición (GT, 1946-I, 40-251).

2. SUJETO ACTIVO

Se afirma comúnmente que el *sujeto activo* del delito de homicidio puede ser cualquier persona. Esta afirmación sólo debe reputarse válida para los delitos de acción. En los delitos de homicidio cometidos por omisión, el concepto de sujeto activo se encuentra restringido a aquellas personas que reúnen las condiciones especiales que fundamentan la llamada *posición de garante* (vid. infra Nº 8).

3. SUJETO PASIVO

De los propios términos de la ley ("el que mate a otro") se infiere que el *sujeto pasivo* de este delito debe ser otro hombre diferente del autor, por lo que el suicidio, que tampoco está previsto como figura autónoma, es impune en nuestra legislación (vid. infra Nº 70).

Este "otro hombre" debe ser un hombre vivo. Con dicha mención, aparentemente obvia, se quiere aludir a los problemas fundamentales del comienzo y el fin de la vida humana, o sea, cuándo empieza y termina la vida como objeto de protección jurídico-penal. El comienzo y el fin del hombre señalan, pues, los límites del homicidio en cuanto a que es la vida el objeto de protección de dicho delito. Sin embargo, esta afirmación no reviste caracteres del todo pacíficos: para quien admita (también entre nosotros)¹ la punibilidad del delito imposible, sería necesario extender el concepto del bien jurídico afectado al hombre aparentemente vivo.

4. DE LA VIDA INCIPIENTE A LA VIDA DE LA PERSONA EN CUANTO TAL

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

legislación el homicidio es un delito calificado por el resultado" (p. 284). El art. 479 del C.P. boliviano al definir el homicidio exige la "intención de matar". Con razón Eusebio Gómez (Tratado, II, p. 11) recuerda que "si la injusticia es atributo esencial de todo delito, huelga referirse a ella en la definición de las diferentes especies". Sobre la crítica a las menciones pleonásticas del dolo, véase SERGIO POULTOFF, *Los elementos subjetivos del tipo legal* (1963), pp. 85 ss.

¹ ENRIQUE CURY, por ejemplo, sostiene que debe renunciarse a la distinción entre tentativa idónea e inidónea: "ambas son punibles, pues son portadoras del correspondiente desvalor de acción" (*Orientación para el estudio de la teoría del delito* [1969], p. 255). No corresponde desarrollar aquí la impugnación a esta tesis. Sobre la opinión adversa en nuestro medio, confrontense intervenciones en la 5ª Reunión de Lima para un Código Penal Tipo para Latinoamérica de los profesores SERGIO POULTOFF y JUAN BUSTOS (Actas [1968], 5ª sesión). Para el bien jurídico tutelado en el homicidio (*vida humana*), vid. infra Nº 7.

Naturalmente la reflexión jurídica no puede ser separada del proceso fisiológico mediante el cual el feto es expelido del vientre materno. Como este proceso está compuesto de diversos instantes, se ha discutido en la doctrina extranjera cuál de estos instantes constituye el límite entre la vida incipiente y la de la persona propiamente tal. En otros términos, en qué momento el parto como fenómeno fisiológico alcanza la significación jurídica de dar comienzo a la vida independiente del ser humano, toda vez que para buen número de legislaciones el infanticidio no sólo se comete *después* del parto, sino *en o durante* el parto.⁴

En Chile, al igual que en las legislaciones señaladas, la cuestión se encuentra indisolublemente unida a la interpretación de la figura del *infanticidio* descrita en el art. 394 del C.P. Ello, porque el infanticidio, si bien por determinadas condiciones especiales, tales como el vínculo de parentesco y la edad de la víctima, conduce a una incriminación separada, *es siempre una forma de homicidio* y en su descripción se indica "el momento después del parto" como aquél a partir del cual se puede cometer. Luego, para la legislación chilena el límite inicial del homicidio se encuentra en un momento expresamente señalado por ella, que es posterior al proceso fisiológico de expulsión de la criatura (parto). En consecuencia, lo que pase antes o durante el parto no interesa para los fines del homicidio. Sin embargo, no es cosa sencilla decidir qué se entiende con la fórmula "después del parto". Por ello, la mayoría de las opiniones que se han ofrecido son en mayor o menor grado convencionales.

Parece inútil todo esfuerzo por diferenciar los conceptos de parto y nacimiento en el plano del léxico. Pero la ley civil ha dado un concepto de nacimiento en su art. 74, cuyo alcance ha determinado algunos debates en la doctrina nacional. El referido precepto señala que la "existencia legal de una persona comienza al nacer", y agrega: "esto es, al separarse completamente de su madre".

Una corriente de autores ha entendido, bajo la influencia de la tesis predominante en la tradición civilista nacional, que sólo es persona la criatura *nacida* en el sentido del mencionado art. 74, es decir, cuando se ha separado totalmente del cuerpo de la madre, sea por el corte del cordón umbilical, sea por la expulsión natural de la placenta y sus anexos. Por consiguiente, la criatura parida en sentido fisiológico, pero no nacida en sentido legal, no es persona y, por ende, no es sujeto pasivo de homicidio. Así, para RAMUNDO DEL RÍO,⁵ el parto representa la simple expulsión de la criatura del claustró materno, que puede permanecer unida a la madre por el cordón umbilical. Como el nacimiento, legalmente hablando, exige la separación completa de la criatura de su madre, *una criatura puede estar parida y no nacida*. El infanticidio presupone un plazo que empieza a contarse una vez producido el parto y el legislador "ha sido sabio en proceder de este modo", porque si no lo hubiera determinado, la criatura parida y no nacida habría quedado sin protección legal, "ya que los atentados en su contra

⁴ El C.P. de la R.D.A., § 113, castiga el homicidio doloso de una persona, si... Nº 2º: "una mujer mata a su hijo en o inmediatamente después del parto"; el C.P. de la R.F.A., § 217, relativo al infanticidio, sanciona a la madre que "da muerte dolosamente a su hijo ilegítimo en o inmediatamente después del parto"; el C.P. italiano, art. 578, castiga al que "causa la muerte de un recién nacido inmediatamente después del parto, o de un feto durante el parto..."; el C.P. brasileño, art. 123: "matar al propio hijo durante el parto o inmediatamente después"; el C.P. argentino, art. 81, Nº 2º: "matar a su hijo durante el nacimiento..."; etc.

⁵ RAMUNDO DEL RÍO, *Derecho Penal* (1935), III, pp. 369 ss.

no podrían ser sancionados como aborto [para Del. Río el aborto requiere necesariamente la expulsión del feto entre la concepción y el parto]... ni como homicidio por no ser persona antes de nacer".⁶ Pero el delito de infanticidio solamente puede ser cometido por los ascendientes, *de donde resulta que si quien no es ascendiente da muerte al recién nacido que aún no está nacido no comete delito alguno*. En consecuencia, el delito de infanticidio tiene el carácter de delito *sui generis* cuando tiene por sujeto pasivo a la criatura parida pero no nacida y es "un verdadero parricidio" (privilegiado) cuando tiene por sujeto pasivo a la criatura nacida. Como se advierte, de acuerdo a esta doctrina, el sabio legislador⁸ había dejado, con todo, una *solución de continuidad* en la protección de la vida humana: la muerte dada por el no ascendiente a la criatura parida y no nacida, situación que puede prestarse a verdaderos abusos,⁹ al decir de Del. Río.⁹

Por lo menos una sentencia se pronuncia por esta tesis: La CA de Valparaíso absolvió considerando que la reo no era culpable del delito de infanticidio ni de ningún otro, por cuanto la criatura sufrió la amputación del brazo que le causó la muerte, antes de separarse completamente de su madre, que es lo que constituye el nacimiento, "punto inicial de la existencia de las personas, como lo expresa el art. 74 del C.C." (GT, 1995-II, 123-414).

ETCHENBERY¹⁰ impugna la interpretación del art. 74 del C.C. en cuanto por "separación completa" de la madre hubiera que entender una "distancia espacial" entre los cuerpos de la madre y del hijo. La recta interpretación del citado art. 74 debería hacerse a la luz del art. 55 del mismo Código, el cual define a la persona por la reunión de dos requisitos: "la pertenencia a la especie humana y el tener la calidad de *individuo*", idea esta última que habría que referir a la autonomía de vida y, por ende, a la existencia de las funciones circulatoria y respiratoria independientes de la madre. Separación completa de la madre, para los efectos del art. 74 del C.C., sería equivalente a los conceptos fisiológicos de vidas separadas o de "independencia biológica, referida en lo fundamental a las funciones circulatoria y respiratoria".¹¹

⁶ RAMIRENO DEL RÍO, op. cit., p. 370.

⁷ En este mismo sentido se expresaba GUSTAVO LABATT (op. cit., p. 273) hasta la tercera edición de su obra. Posteriormente (véase op. cit., 5ª edic., pp. 302 ss.) tiende a inclinarse por una posición eclectica, que no desconoce el carácter obligatorio de los arts. 20 y 74 del C.C. para el Derecho Penal, pero que "estima que la completa separación se obtiene con la expulsión total de la criatura, sin que sea necesario el corte del cordón umbilical" (p. 303). En esta misma posición y con un análisis detallado del punto, GUILLERMO VALENZUELA MIRACADO, *El principio de existencia legal de las personas para nuestro Derecho Penal*, pp. 70 ss. Por lo demás, ya FERNANDO PUCA BONA, *Medicina Legal* (1896), pp. 193 ss., sostenía: "Si el niño no comenzara a existir sino después de practicada esta operación -el corte del cordón umbilical-, resultaría que el nacimiento no sería un acto puramente natural, sino que en muchos casos esencialmente artificial. Los padres podrían entonces decidir a voluntad la hora del principio de la existencia de la persona", y más adelante agregaba: "Hay, pues, que reconocer que la separación completa del cuerpo de la madre indicada por el Código, existe aun cuando la criatura continúe ligada por el cordón umbilical". Consciente de esta idea, sin embargo, que "según la disposición del art. 20 del C.C., cuando el legislador ha definido una palabra, se le deberá dar a ella la significación legal (alude al art. 74 C.C.) y, en consecuencia, deberemos entender por nacimiento la separación completa del feto del cuerpo de su madre, sin que se encuentre unido por el cordón umbilical" (*Manual de Medicina Legal*, 2ª ed. 1994, p. 129).

⁸ Dice Del. Río: "El legislador ha sido sabio al establecer como iniciación del plazo el parto y no el nacimiento, porque si así no lo hubiera determinado, la criatura parida y no nacida habría quedado sin protección legal..." (op. cit., p. 370).

⁹ Op. cit., p. 371.

¹⁰ ETCHEBERY, D.P., III, pp. 30 ss.

¹¹ Id., p. 32.

Sin embargo, piensa ETCHEBERY que, aunque se objetara esta interpretación, en el ámbito del Derecho Civil, ello no sería obstáculo para llegar a esa conclusión en la esfera del Derecho Penal. En efecto, el art. 74 del C.C. no contendría una regla dada "para todos los efectos legales", sino sólo para aquellos que concierne a la adquisición y goce de los derechos civiles. Esto último se probaba con el inc. 2º del art. 74, que repita no existida jamás a la criatura que muere en el vientre materno, o que perezca antes de estar completamente separada de la madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera. Observa ETCHEBERY que una estricta aplicación de esta regla en el orden penal conduciría a la impunidad del aborto, ya que la criatura a la que se da muerte en el vientre materno "se reputará no haber existido jamás". Si no se quiere llegar al absurdo, se seguirá de lo dicho que el art. 74 en comentario sólo es aplicable para los efectos civiles.

En suma, el límite entre las figuras de aborto y homicidio no debe fijarse en el momento de ruptura del cordón umbilical, sea que al art. 74 del C.C. se le dé la interpretación civilista tradicional (que no podía extenderse a los efectos penales), sea que a dicho precepto se le atribuya un alcance distinto del generalmente aceptado. En ambos casos -sostiene ETCHEBERY- el instante de tránsito entre aborto y homicidio habría que referirlo a la idea de *autonomía de vida*, en su alcance fisiológico antes explicado.

* La Corte de Apelaciones de Santiago, en causa por infanticidio, sostiene: "...Que, en efecto, la ley penal ha establecido tres figuras principales de muerte o resguardo a la vida, como bien jurídico de mayor importancia: por una parte, el aborto, que protege todo el proceso de vida intrauterina de la criatura, desde la concepción hasta el momento que deviene un ser con vida independiente y autónoma, es decir, un individuo de la especie humana (persona)... A continuación, agrega: "Que la argumentación hecha para negar la existencia del delito de infanticidio en la especie... en cuanto se pretende que la muerte de la criatura no se produjo dentro de las 48 horas siguientes al parto, sino cuando éste aún no terminaba, por encontrarse todavía unido el feto a su madre por el cordón umbilical, carece de relevancia, si se tiene presente... Que el parto, es decir, la acción de partur, consiste simplemente en expeler en tiempo oportuno, la hembra de cualquier especie vivípara, el feto que tenía concebido... Que el cordón umbilical no une al feto con la madre, sino con la placenta, órgano anexo..." (RCP, XXXII, año 1973, pág. 339).

Este criterio es similar al admitido en el pasado por tratadistas como GROIZARD¹² o, entre los modernos, por RODRÍGUEZ MUÑOZ, JASO ROLDÁN, y RODRÍGUEZ DEVE-SA,¹³ en la doctrina española, si bien el primero pone el énfasis en la idea de la respiración autónoma. QUINTANO RIVEROUS alaba la ventaja práctica de esta fórmula, aunque conviene en la realidad, posible pero problemática, de la muerte del ser vivo "en el intervalo mínimo de la expulsión y la primera respiración". Admite QUINTANO¹⁴ que todos los esfuerzos por escindir, en el plano jurídico, una realidad físico-natural son artificiosos, aunque necesarios. Y si hay que elegir entre artificios, prefiere atenerse al más claro y práctico.

¹² ALEJANDRO GROIZARD, *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, edic. 1891, IV, p. 469.

¹³ J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, T. JASO ROLDÁN y J. M. RODRÍGUEZ DEVEZA, *Derecho Penal* (1949), II, p. 226.

¹⁴ QUINTANO, *Tratado* P.E., I, pp. 66 ss.

Puesto en nuestra ley, al describir el infanticidio (que es el único precepto penal en que se hace referencia implícita al comienzo, no de la vida humana en sentido biológico, pero sí de la persona como eventual sujeto pasivo de homicidio), lo hace posible sólo después del parto, es preciso que el proceso del parto se halle completado por entero. De ahí que la fórmula de la autonomía de vida aparezca como la más coherente.¹⁵

De acuerdo con lo anterior, la muerte de la criatura que aún no ha logrado autonomía de vida, lo que acontecerá tanto mientras se encuentra en el vientre materno como durante el parto, constituye aborto. En la doctrina chilena, FUENSAUDA¹⁶ pensó que la muerte de la criatura durante el parto no constituía aborto, pero tampoco homicidio, de donde concluyó afirmando una solución de continuidad en la protección de la vida humana, si bien por razones diversas a las de RAUMUNDO DEL RÍO Y LABATUT. Para Fuenzalida tal hecho "no puede castigarse como aborto, pues se trata de un parto natural". Ni como homicidio, por no haber nacido la víctima. Al parecer, la tesis del autor chileno estaba motivada por las observaciones de CHAVEAU Y HÉLIE, quienes, al referirse al infanticidio, arguyen que su definición como "la muerte de un niño recién nacido" no debe inducir al error de que la muerte causada al que está naciendo no ha sido prevista por la ley, pues "no es posible aceptar que entre el aborto y el infanticidio la ley haya dejado sin pena una acción que, no obstante, participa de los dos crímenes".¹⁷ Pero es claro que tanto la perplejidad de estos autores franceses como de FUENSAUDA arranca de sus particulares concepciones del homicidio (muerte de persona nacida) y del aborto (expulsión provocada del feto).

Sin embargo, ya se ha dicho que la vida humana en sentido biológico es una realidad inescindible, sea en su forma dependiente, sea en su forma autónoma, y que el sistema concede protección penal tanto a una como a otra mediante las figuras básicas del aborto y del homicidio (o infanticidio). En consecuencia, el problema relevante en el Derecho positivo chileno reside en determinar el momento o criterio que fija la adecuación al tipo penal respectivo. Este criterio, a nuestro juicio, es el de la autonomía de vida en los términos expuestos: la muerte de la criatura humana dependiente es siempre aborto y en el sentido del sistema penal vigente el parto termina cuando hay vida humana independiente. A partir de dicho momento el sujeto pasivo lo será de homicidio.

Desde un punto de vista de crítica legislativa y política criminal, podría afirmarse que no hay razones que justifiquen un diverso tratamiento penal y que la vida humana dependiente no es menos "valiosa" que la autónoma. Así en el *Kommentar* de SCHWARZ-DREHER se alude a recientes tendencias para las cuales el feto, para su mejor tutela, debe ser tratado como persona en sentido penal.¹⁸ No son convincentes los fundamentos para un tratamiento distinto aducidos por MAURACH,¹⁹ en el sentido de que fuera del cuerpo materno hay "una zona de mayor peligro para el niño". Esta argumentación es una mera ficción, porque el amparo fisiológico del cuerpo de la madre no se extiende a los riesgos de exterminio físico por obra de un ánimo homicida.

¹⁵ Una amplia exposición y defensa de esta tesis hace últimamente EDUARDO NOVoa ALDUNATE, *El comienzo de la existencia humana y su protección jurídica* (1969), pp. 79 ss., pp. 88 ss. y pp. 90 ss.

¹⁶ FUENSAUDA, *Comentarios*, pp. 113 ss.

¹⁷ ADOLPHE CHAVEAU Y FAUSTIN HÉLIE, *Théorie du Code Pénal*, edic. de 1852, III, pp. 403 ss.

¹⁸ SCHWARZ-DREHER, *Kommentar*, 27ª edic. (1965), Intr. a los §§ 211 y 212, p. 639.

¹⁹ MAURACH, DStr., B.T. p. 13.

Sin embargo, la justificación del dístico parece obedecer a una consideración empírico-cultural que crece convenientemente poner mayor énfasis en la protección de la vida real del miembro de la sociedad humana, colocado como tal "en el mundo", que a una vida sólo potencial. Lo prueba el hecho de que aun los juristas que por razones sociales y hasta demográficas han propugnado la impunidad, siquiera de ciertas formas de aborto, no osan sugerir igual impunidad para el infanticidio.

5. LA VIABILIDAD

La viabilidad²⁰ del recién nacido no es presupuesto de la tutela penal de la vida. La persona que carece de la capacidad para sobrevivir, pero que todavía sobrevive, es sujeto pasivo de homicidio. Resulta suficiente, pues, que aliente la vida en la criatura al momento concreto de ejecutarse el hecho. Por otra parte, es indiferente la proximidad más o menos cierta de la muerte. Constituye igualmente homicidio dar muerte al moribundo, al enfermo de un mal incurable o al condenado a muerte.

En conexión con esta materia, se menciona generalmente el problema de los monstruos. Los ordenamientos antiguos excluyeron a menudo a los monstruos de la tutela de la vida, legitimando la muerte dada a uno de ellos. Aún se encuentran opiniones con raíces en esas viejas tendencias, que recogen el dístico entre *monstrum* —un ser de tal manera deforme que no tenía nada de la especie humana— y *monstruosum* (*ostentum*), que se definía como aquel que siendo defectuoso y saliéndose desde ese punto de vista del molde de la especie, tenía sin embargo la cara de un ser humano. Para quienes así opinan, la muerte dada al *monstrum* no constituye homicidio.²¹ La opinión predominante,²² en cambio, rechaza todo dístico y no siempre por razones teológicas. Se aducen, también, consideraciones morales y culturales sobre los riesgos de abrir la posibilidad a criterios de exterminio por motivos eugenésicos.

²⁰ No es pertinente sobre este particular el debate de los juristas italianos en torno al concepto de "ser humano vital" como objeto material del delito de homicidio. Las discrepancias derivan de que el art. 578 del C. Rocco equipara el feticidio durante el parto al hecho de dar muerte al recién nacido. Observa Vannini que esta equiparación no debe entenderse como "equiparar el hecho de dar muerte al feto no vital al acto que recae en el feto vital" (*Il delitto di omicidio* [1935], p. 7). El asunto nada tiene que hacer, como se ve, con el tema de la viabilidad por ausencia de enfermedad del recién nacido, sino con el caso del feto "que no habría podido ser hombre" (op. cit., loc. cit.). En suma, en tanto que la viabilidad consiste en las condiciones mínimas (orgánicas) que debe reunir el feto nacido para sobrevivir, la *vitalidad* es la potencialidad de vida del feto para poder nacer. Sobre el punto, cfr. ANTOLISEI, *Manua-*

²¹ Como partidarios de una tal concepción se pueden citar, entre otros, a OTTORINO VANNINI, op. cit., p. 8; REINHART FRANK, *Kommentar*, I, Intr. al § 211. Sobre el problema en general, cfr. KARL ENGELH, *Euthanasie und Vernichtung lebensunwerten Lebens*. Por lo demás, el propio CARARA se hizo eco de esta corriente de opinión y expresaba que "Por hombre se entiende [...] hasta un recién nacido, aunque sea de formas monstruosas pero humanas" (*Programa* § 1087). Y, en la actualidad, QUENTANO señala: "Pero la mínima condición de figura humana, referida sobre todo a la cabeza, como fue tradicional norma entre los juristas y aun teólogos, debe ser exigible también en lo penal" (*Tratado P.E.*, I, p. 71).

²² Cfr. MAURACH, DStr. B.T., p. 13; JOSÉ ISBERTA GOMEZ, *El delito de homicidio*, p. 11; ETCHEVERRY, D.P., III, p. 29; SOLER, DPA, III, pp. 18 ss.; R. NÚÑEZ, *Derecho Penal Argentino*, III (1961), p. 24; J. M. RODRÍGUEZ DE VESSA, *Derecho Penal Español*, Parte Especial (1966), pp. 25 ss.; etc.

6. **HASTA CUÁNDO SE PROLONGA LA TUTELA DE LA VIDA**

ha venido a cobrar especial resonancia la determinación del momento de la muerte y el debate en torno al trasplante de órganos humanos,²⁵ es un asunto que siempre ha conitado la atención del jurista atento a los variados efectos que la cesación de la vida produce en el campo del Derecho. En el homicidio, el momento de la muerte no solamente representa su momento consumativo, sino extraordinaria importancia de poder fijar, con la máxima precisión posible, cuándo se produce la muerte real del ser humano, según reglas de verificación que pertenecen al dominio de la ciencia médica.²⁶

²⁴ MeZGER-BLEI, *Str. B.T.*, 8^a edic. (1964), pp. 12 ss.

²⁵ Véase RCP, XXVII, N° 3 (1968).

De ahí que algunos autores, que se han referido a esta "realidad" "resucitando" virtuales cadáveres con la técnica de los masas cardíacos).

De ahí que algunos autores, tales como, Calaveras con la técnica de los masajes cardíacos¹, parece posible esperar una regulación legal al respecto y entidad que ser la jurisprudencia la que se ocupe del problema, considerando todos los criterios médicos decisivos para ello (cfr. R. Schröner, *Zur Festschließung des Todeszeitpunktes, en Neue juristische Wochenschriften*, 1.^o trimestre de 1968, N.º 5). En un artículo que publica en la *Revista de Derecho Judicial* (España), N.º 41, correspondiente a enero-marzo de 1970, M. Rico expone en acertada síntesis la más reciente problemática médica en torno a la determinación del momento de la muerte, recogiendo especialmente valiosos aportes del Profesor de Medicina Legal de Madrid, ROYO-VILLANUEVA, (*Respiantes de órganos en cuerpo humano*, pp. 41 ss.). Es de anotar la curiosa afirmación atribuida al inefable Dr. BARRAJO: "Un enfermo está muerto cuando su médico dice que ha muerto". Por cierto que añade, insistiendo en el criterio "convencional" de la muerte, que el médico dice que ha muerto cuando su *cerebro* ha muerto, cuando no existe respiración espontánea y su corazón se ha detenido. Pero, como veremos, se trata de criterios insuficientes e insertibles para los requerimientos que transcribe Rico en su citado trabajo: "Si la muerte es un conjunto de fenómenos abióticos, si los primeros síntomas son los negativos o positivos de vida, al primer estado de muerte corresponden, si los más que un pronóstico: anunciar un curso o proceso hacia la muerte, aún no constituida y expresada plenamente. Nace así el *tanatopraxiología*, quedando el *tanatodiagnóstico* para los verdaderos signos cadavéricos" (Pérez Del Puerto y Barroeta, en una intervención publicada en el *Boletín Informativo* de la Asociación Nacional de Médicos Forenses, N.º 75, pp. 96 ss.).

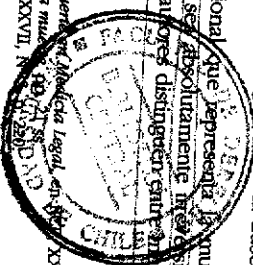
sin embargo, los signos positivos de la muerte, que dan absoluta seguridad sobre su existencia, aparecen tardíamente después de un cierto lapso en que se poder diagnosticar la abolición de las grandes funciones vitales y, dentro del cual, el provocado más de una polémica entre los especialistas. Es, por cierto, lo que más interesa al jurista que se resuelva con rigurosa precisión. Desde luego, cuando la abolición de las grandes funciones vitales va acompañada por causas eficientes de la presunta muerte muy significativas (por ejemplo, una caquexia cancerosa, encefálica, etc.), el diagnóstico tampoco es dudoso. Pero en la llamada simplemente *muerte clínica*, en que se produce la paralización de las grandes funciones vitales del organismo (sensibilidad, movilidad, respiración y circulación), sin que se produzca una alteración de las estructuras orgánicas, dicho diagnóstico es mucho más difícil y es posible cometer errores. En este punto resalta con todo su macabro dramatismo la necesidad creada por los trasplantes de obtener "un buen salto sustantivo: la muerte contra la cual lucha la medicina desde el origen de los tiempos, se la desea ahora secretamente a un sano, a fin de salvar a un enfermo".²⁸

Por otra parte, es necesario precisar que al referirnos a la muerte clínica como una etapa en el *proceso* más o menos complejo que lleva a la muerte *real*, dificultades para determinar el momento en que se produce dicha muerte, la *única* que para el jurista tiene relevancia. Tampoco se pretende ofrecer un *concepto* de muerte, tarea que no corresponde al jurista. Como muy bien advierte un COUSINO, si se ignora en qué consiste la vida, mal puede explicarse la cesación de la vida, y agrega: "Únicamente queda un hecho irrebatible en pie: la realidad misma de la muerte como negación de la vida. De aquí el que todos deben llegar a una misma definición aunque ella carezca de todo valor científico: *la muerte es la cesación de la vida*, tal como si definiéramos el color negro como la ausencia de todo color".²⁹

En consecuencia, para que la parálisis funcional que representa la muerte clínica constituya muerte real, es necesario que ella sea absolutamente irreversible. Sin embargo, es preciso puntualizar que también los animales de laboratorio

²⁷ Cf. ALFREDO VARGAS BAEZA, *Síntesis de diagnóstico de la muerte en Medicina Legal*, t. 3 (1968), pp. 223 ss. Advierte el autor que el diagnóstico de la muerte se debe basar en los datos que se obtienen de la historia clínica y de la autopsia.

25. ARMANDO ROA, *Los trasplantes de órganos y la ética*, en RCP, XXVII, N.º 213, p. 460.



cerebral y muerte biológica, entendiéndose que la primera es igualmente una muerte real. Muerto el cerebro, pueden seguir en actividad otras partes del organismo, pero se trata solamente de una vida biológica o molecular, pues la vida personal se liga a la posibilidad de que exista o de que se restablezca el contacto psíquico consigo mismo, y eso no es posible una vez fenecido el cerebro. Sobre este principio descansa la principal prueba para diagnosticar en la etapa de la muerte clínica.³⁰

A los signos que permiten diagnosticar la muerte en esa etapa se les llama "signos negativos de la vida". Los que se refieren a la pérdida de la sensibilidad, la movilidad y la respiración son estimados en Medicina Legal como de escasa significación. En cambio, la paralización de la circulación ofrece signos de positivo valor: las pruebas de la sección arterial, la puntura cardíaca y la inyección de fluoresceína se consideran concluyentes.³¹

Son los requerimientos de la cirugía de los trasplantes los que han impulsado el desarrollo del concepto de muerte cerebral y su diagnóstico. Dice Roa: "Muerto el cerebro, aun cuando persistan artificialmente la respiración y la circulación, la persona ha desaparecido y queda un cadáver con restos de vida biológica, que ya no volverá a integrarse en un todo proliamente humano. De ahí la importancia de un electroencefalograma, no sólo plano, sino isoelectrico, o sea, indicador de ausencia completa de actividad encefálica".³²

El valor del electroencefalograma isoelectrico dista mucho, sin embargo, de ser absoluto. VARGAS llega a afirmar que es un aspecto en el que se carece de experiencia y solamente se posee información contradictoria.³³ Lo cierto es que los estudios realizados en esta materia demuestran que trazados breves pueden ser incompatibles con la sobrevivencia y que trazados isoelectricos prolongados por horas y días pueden ser seguidos de una total recuperación clínica. En efecto, la ausencia de actividad cerebral puede provenir de una inhibición funcional de la corteza: caso del silencio eléctrico que sigue a una crisis convulsiva generalizada. En 1968 el Dr. SCHWAB ha señalado los siguientes criterios para la muerte cerebral: 1) presencia de anestesia e hipotermia; 2) falta de reflejos, de respiración espontánea y de movimientos; 3) electroencefalograma plano con amplificación

³⁰ Véase ARMANDO ROA, artículo cit., p. 219.

³¹ Véase ALFREDO VARGAS, artículo cit., p. 224.

³² ARMANDO ROA, artículo cit., p. 219. También por este concepto de muerte se pronuncia AVELINO LEÓN HURTADO, *El trasplante de órganos humanos ante el Derecho Civil*, RCP cit., p. 238. Pensamos que el Prof. ROA, al expresar estas ideas, está apuntando en dirección a un criterio especialmente valioso para determinar la muerte real, que unido a la abolición de las grandes funciones vitales (que podrían, sin embargo, seguir manteniéndose en forma artificial) permite una prognosis cierta y oportuna de que la vida, en el conjunto de las funciones que le son propias y que le dan las características de vida humana, ha desaparecido irreversiblemente de ese cuerpo. Parece confirmar esta interpretación la exigencia que más adelante formula a los criterios de muerte cerebral establecidos por el Dr. SCHWAB: que la causa eficiente de la presunta muerte sea muy significativa, como una caquexia cancerosa, una herida decapitante, etc.

Si, por el contrario, estas afirmaciones del Prof. ROA tuvieran validez autónoma, significaría que las personas descrebidas por una causa traumática y, en general, los llamados hombres "plantas" o "vegetales", así como ciertos monstruos, no serían seres con vida humana y no tendrían el carácter de sujetos pasivos de homicidio. No creemos que en el estado actual de nuestras valoraciones culturales esto se pueda llegar a afirmar; no obstante, se trata de una materia que merecería un atento estudio monográfico. Sobre el problema de la determinación de la muerte como objeto de indagación no sólo científica, sino también cultural, vid. supra nota 26.

En todo caso, no se debe confundir esta delicada cuestión con otra que no plantea mayores dificultades: la posible sobrevivencia independiente de ciertas partes del cuerpo humano, como glándulas, pelos, uñas, etc. (sobre esto véase RCP cit., p. 238).

³³ ALFREDO VARGAS, artículo cit., p. 225.

estándar a través de registro de treinta minutos; 4) falta de respuesta clínica y electroencefalográfica al ruido y a los pinchazos; y 5) que estas condiciones se mantengan veinticuatro a setenta y dos horas más tarde. (Véase trabajo del Dr. SERGIO FERRER presentado a las Jornadas Anuales de Neurología, Psiquiatría y Neurocirugía -Santiago, 1968-, citado por ROA, RCP cit., pág. 220).

En suma, al paso que los signos positivos de muerte ofrecen una posibilidad segura de diagnóstico, los signos negativos de vida no permiten asegurar con absoluto margen de certidumbre que en un determinado momento de la muerte clínica haya sobrevenido la muerte real, no obstante la relativa confiabilidad de las pruebas para detectar algunos de estos signos y del importante desarrollo que han cobrado en los últimos años las técnicas relacionadas con la llamada muerte cerebral (electroencefalograma isoelectrico). Estas dificultades jalonan un campo fronterizo en el que el jurista y particularmente el penalista deben moverse con gran cautela. Por encima de las consideraciones que en el orden de la culpabilidad puedan imponer ciertas situaciones extremas, en el estado actual de nuestra cultura, si se da muerte a un ser humano mientras en él alicente la vida (humana), seguirá siendo sujeto pasivo de homicidio, por más que esa muerte sea la simple aceleración de un proceso desencadenado e inevitable. Esta es la única afirmación que le corresponde hacer al jurista en este punto.

7. OBJETO MATERIAL Y OBJETO JURÍDICO

El objeto material del homicidio (hombre vivo) no plantea problemas distintos de los que suscita el sujeto pasivo, y cualquier distingo sería puro artificio.

El objeto jurídico (bien jurídico tutelado) del homicidio y, en general, de los delitos contra la vida (de lesión o de peligro), es, justamente, la vida, en los términos y dentro de los límites que hemos señalado al referirnos al sujeto pasivo. Por ello, tampoco aquí es necesario que nos ocupemos especialmente del tema. En lo que concierne a la vida humana dependiente (incipiente), véase infra § 5º, el aborto.

II. LA CONDUCTA HOMICIDA

8. FORMAS DE LA CONDUCTA HOMICIDA. EL HOMICIDIO POR OMISIÓN

A propósito de la conducta homicida cabe plantearse los siguientes problemas: formas que puede revestir la conducta y medios de comisión.

A. La comisión por omisión en el Derecho chileno. El tipo del art. 391 C.P. consistente el homicidio por omisión

De los términos de la ley fluye aparentemente sin dificultad la conducta activa.³⁴

³⁴ Sin embargo esto no es siempre tan fácil y claro, especialmente ello sucede cuando concurre una acción (por ej., abandonar a un niño) que también está tipificada por la ley. Sobre esto véase JUAN BUSTOS y SERGIO FOURRIER, *Los delitos de peligro*, en RCP, XXVII, Nº 1. (1968), p. 44.

Más complicado es, por cierto, afirmar la posibilidad de que el tipo legal de homicidio consista en la hipótesis de matar *por omisión*.

La doctrina nacional ha dedicado escasa atención al problema que, desde antiguo, inquietó a los juristas europeos, lo que no significa que entre ellos se haya llegado a fórmulas pacíficas y definitivas. Por el contrario, aun entre los tratadistas más modernos el debate permanece encendido.

La tradición jurídica francesa es adversa, en general, a admitir el homicidio por omisión. Así, luego de sostener la imposibilidad de reconocer causalidad a la omisión ("le néant ne produit rien"), GAUÇON se pronuncia en contra de toda pretensión de "permitir una incriminación general del homicidio por omisión, por la vía de la interpretación judicial".³⁵ Por su parte, ROGER MERLE³⁶ niega la posibilidad de reconocer homicidios cometidos por omisión, no tan sólo por la falta de nexo causal, sino además por la necesidad de una interpretación restrictiva de la ley penal. La extensión de la incriminación a simples abstenciones quebrantaría el principio *nullum crimen*.

Entre los autores alemanes, ARMIN KAUFMANN³⁷ adopta también la posición extrema y observa que no es posible, sin más, asimilar la *no actuación de la muerte a la producción de la muerte*.

Las opiniones anteriores son bastante significativas como para poner de relieve que no cabe, sin una demostración rigurosa, dar por admitido que el homicidio puede cometerse también por omisión.

³⁵ BAUME GAUÇON, *Code Pénal*, edic. 1901, art. 295, N.º 18 y 28; cf. también René GARAUD, *Traité de Droit Pénal*, t. I (1888), N.º 80, nota 3.

³⁶ ROGER MERLE, *Droit Pénal Général* (1957), pp. 131 ss. (133). Cf., además ROGER MERLE y ANDRÉ VITTI, *Traité de Droit Criminel* (1967), pp. 343 ss.; DONNEDIEU DE VARNES, *Traité de Droit Criminel et de Législation Pénale, Comparée* (1947), N.º 116; GEORGES VIDAL, *Cours de Droit Criminel et Science Penitentiaire*, 9.ª edic. (1949), p. 137.

³⁷ Cf. ARMIN KAUFMANN: *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte* (1959), pp. 280 ss. Este autor, que adopta una posición extrema, afirma: "El problema de determinabilidad del tipo de los delitos de omisión impropios no es posible superar, como por lo demás siempre ha pasado, a través de ninguna clase de construcción dogmática. Esta problemática, propia de un estado de derecho, ha de resolverse sólo cuando se logre desarrollar y describir detalladamente por la ley misma o por lo menos por un derecho consuetudinario admitido y precisado por ésta— la parte especial de los delitos de omisión impropia" (p. 282).

De considerable interés por la amplitud y profundidad con que se trata el tema y por dar, al mismo tiempo, una clara visión del estado actual de la ciencia alemana sobre este punto, resultan los materiales del Proyecto alemán del año 62, t. 2, pp. 267 ss. (*Pronuncia*: BERNHARD SCHMIDT, p. 150 de los anexos; FRANKEL, p. 155 de los anexos; *Discusión*: EBERHARD SCHMIDT, pp. 267, 277 y 281; FRANKEL, pp. 271 ss.; WILHELM, p. 275; JESCHKE, p. 276; BOCKELMANN, p. 277; DEHLE, p. 278; GAULS, p. 279; SKOTT, p. 280), t. I, HELMUTH MAYER, *Informes Die Gesetzliche Bestimmung der Tatbestände*, p. 279).

Además cf. HELMUTH MAYER, *Strafrecht*, p. 119; HANS WILHELM, *Das Deutsche Strafrecht*, 9.ª edic., pp. 189 ss.; GRUNWALD, *Zur gesetzliche Regelung der unechten Unterlassungsdelikte*, ZStW. 70, pp. 412 ss.; BUSCH, *Zur Gesetzlichen Begründung der Strafbarkeit unechten Unterlassens, in Festschrift HELMUTH VON WEHRA*.

Entre los autores alemanes aparece localmente explicable que algunos no se planteen el problema: ello se debe a que admiten la causalidad en la omisión, por una parte, y que, por otra, la comisión por omisión es verdadera omisión impropia, esto es, localmente asimilable a los delitos de acción y a los de omisión. Cf. MEZGER-BRIEL, *Strafrecht*, A.T., 11.ª edic. (1965), pp. 66, 77 ss., 80 ss.; R. MARBACH, *Delictes Strafrecht*, A.T., 3.ª edic. (1965), pp. 504 ss.; Y. BAUMANN, *Strafrecht*, A.T., 4.ª edic. (1967), pp. 179 ss., 220 ss. Base último, por ejemplo, expresa el segundo aserto con absoluta claridad, si bien admite la discusión: "La concepción que aquí se ha sostenido, de que los delitos de omisión impropia son por su naturaleza hechos comisivos (porque se infringe una norma prohibitiva), es, sin embargo, muy discutida" (p. 221).

A la luz de la ley chilena no es suficiente la alusión al art. 1.º del C.P., que, al definir el delito, señala que éste puede consistir en una acción o en una omisión. Ello, porque bien podría argumentarse que el alcance del referido precepto no va más allá de los casos de omisión formalmente previstos y descritos por la ley, entre los cuales no se contiene el homicidio por omisión.

Más elocuente es, en cambio, como punto de partida para la construcción dogmática del homicidio por omisión, dentro de los márgenes del tipo "matar a otro" (art. 391 C.P.), lo que se dispone en el art. 492, inc. 1.º C.P., que alude explícitamente no sólo a acciones sino también a omisiones que constituirían un crimen o simple delito *contra las personas*. Puesto que los delitos contra las personas, previstos en el Título VIII del Libro II C.P., no incluyen ninguna figura de omisión formalmente descrita, parecería inevitable concluir que el art. 492 se refiere a delitos contra las personas (dolosos o culposos en su caso) cometidos mediante omisión, esto es, a delitos de comisión por omisión contra las personas. Eventualmente, pues, a homicidio (doloso o culposo) mediante omisión.

No parece tampoco que el art. 492 en comentario pudiera suscitar dudas sobre su constitucionalidad. Ciertamente es que el art. 11 de la Ley Fundamental, al establecer el principio de reserva legal, exige que el delito sea un *hecho* ("antes del hecho sobre que recae el juicio"), pero no hay fundamentos filosóficos consistentes para excluir las abstracciones del concepto de *hecho*. "Del mismo modo como en una pieza musical tanto son hechos las notas como los silencios puestos por el compositor, en cuanto los silencios pasan a tener realidad al formar parte de un contexto significativo, así en la vida social no sólo juegan un papel las conductas activas, sino también las omisivas, y unas y otras son *hechos*, y pueden llegar a ser jurídicamente relevantes".³⁸

* La Corte de Apelaciones de Santiago se ha pronunciado expresamente sobre la procedencia dentro de nuestro ordenamiento criminal, del homicidio por omisión: "En efecto, como el delito es una figura de resultado, puede cometerse no sólo por un actuar, sino también por un omitir... El artículo 1.º del Código Penal... reconoce una realidad incuestionable: la que el hombre puede producir resultados a través de comportamientos activos y de omisiones... se obtiene de ese modo la verdad normativa donde se presenta la posibilidad que un hecho descrito como ilícito por la ley se realice por un no hacer..." (Gaceta Jurídica, N.º 101, año 1968, págs. 40 y ss.).

B. Estructura dogmática

Admitido que no hay obstáculo constitucional para reconocer homicidios mediante conducta omisiva y que la ley penal (art. 492) parece claramente aceptar su existencia, subsiste empero la pregunta de cómo fundamentar dogmáticamente los requisitos o límites dentro de los cuales es permitido asimilar la no evitación de la muerte a su producción.

Dice ANTOULSE³⁹ que, desde la perspectiva de la experiencia diaria, "el hombre de la calle realmente no hace ninguna diferencia entre la madre que deja morir de hambre a su hijo y la madre que lo arroja al río. Si esta equiparación

³⁹ JUAN BUSTOS, GAUDIO FUSHER, SERGIO POURDUF, *Omisión de socorro y homicidio por omisión*, en RCP, XXV, N.º 3, p. 166. Cf. además, infra N.º 89.

³⁸ FRANCESCO ANTOULSE, *Manuale* P. 5., p. 188.

corresponde a la común manera de pensar, es evidente que no se puede estar en presencia de una pura creación del Derecho".

Lo anterior es inobjetable y son, por cierto, infecundas las meras reflexiones lógicas, a la manera de GARÇON, de que la nada *no produce* nada, en sentido puramente causal. Esto ya se sabe, pero no significa que *normativamente* la "nada", en un determinado contexto, carezca de significado para el Derecho.

Un mecánico extrae una pieza del motor del avión que se precipita ocasionando la muerte del aviador. La ley atribuye el resultado mortal, a través —es cierto— de una mera constatación causal, al que extrajo la pieza. Un mecánico *no coloca* la pieza del motor que debía poner, por lo que el avión cae y el aviador perece. La ley atribuye el resultado *normativamente* a aquel con cuya conducta *se contaba* el que tenía la obligación jurídica de poner la pieza.

En un caso de cuasidelito atribuido a un médico, se exigió como uno de los requisitos para hacer procedente la incriminación "que esta omisión ocasione un mal a la persona del paciente y que la relación de causalidad entre aquella omisión y este mal sea de tal modo directo...", con lo que se confunde el proceso natural de la causalidad con la atribución normativa del resultado (CA de Santiago: GT, 1939-II, 125-520).

El no impedir un resultado puede ser presentado como equivalente para el derecho a causarlo *solamente* cuando para el sujeto existe la obligación de actuar, y puesto que tiene tal obligación es que se cuenta con ella.⁴⁰

Es claro que en un sentido muy amplio todos los miembros del grupo social tienen la obligación, sea jurídica, sea puramente moral, de impedir los resultados dañosos. Pero la fuente de esta obligación puede ser más o menos enérgicamente vinculante.⁴¹

Se cuenta con la niñera, con su actuar vigilante, para el cual se obligó por un contrato, que salvará a la criatura que le fuera confiada y que está en trance de caer en un pozo y ahogarse. No se cuenta con un eventual paseante. La solidaridad humana es un deber genérico para todos los individuos y su infracción puede determinar sanciones, aun penales (p. ej., el delito-falta de omisión de socorro del art. 494, N.º 13 y 14); pero la *posición de garante*, de custodia del bien jurídico, sólo la tienen determinadas personas, con una obligación *específica* de impedir el resultado.⁴²

⁴⁰ Esto no significa considerar que la no impedición del resultado sea igual a su causación, como se pretendió por algunos autores, respecto de los cuales, observa KAUFMANN, se mueven en la paradoja entre "el Scylla del problema causal y el Caribdis del dolor y de la culpa *subsequens*" (op. cit., p. 272). Especialmente agudas son las objeciones a las tentativas de KARL BINDING (*Normen*, II, pp. 553 ss.) y de HELLMUTH MAYER (*Strafrecht*, pp. 51 ss.) en el sentido de prescribir alguna forma de esfuerzo de voluntad paralela de la tendencia a actuar. Señala con toda razón VANNINI (op. cit., p. 16) que en caso alguno puede decirse que la omisión "materialmente causa el resultado", pero sí que, dadas ciertas condiciones, "el no impedir culpablemente la muerte de una persona *equivale* jurídicamente a causarla".

⁴¹ El solo uso idiomático de que una persona está *obligada* a actuar no es suficiente. Por lo mismo no es bastante el adagio "*qui petit et n'empêche, pèche*". Es muy ilustrativo el ejemplo de KAUFMANN: Si el ciudadano X, de vacaciones, que se ha enterado por el radio de la grave enfermedad de Y, en vez de subir al avión que lo llevaría a Kharum, donde se encuentra Y, para operarlo, sube al avión que lo lleva a las Baleares, nadie dirá que X ha matado a Y (op. cit., p. 281).

⁴² A la pregunta sobre el fundamento en virtud del cual el quebrantamiento del deber de impedir el resultado autoriza una equiparación al hacer positivo, no puede responderse sino por la vía de un contenido de injusto y de una medida de culpabilidad análogos. Tal equiparación sólo puede darse cuando hay un vínculo de garantía respecto del bien jurídico (véase KAUFMANN, pp. 283 ss.). También cfr. *Lehrkommentar zum Strafrechtbuch DDR* (1969), II, p. 75.

C. Las fuentes de la posición de garante

¿Cuáles son, entonces, las fuentes específicas de esta obligación de impedir la muerte que convierten al *garante*, por una atribución normativa, en autor de homicidio, supuestos el dolo o la culpa y demás exigencias positivas o negativas comunes a todo hecho punible?⁴³ bñ.

a) *Estas fuentes no están escritas en la ley penal, pero se encuentran en el ordenamiento jurídico positivo. Numerus clausus y Numerus apertus.* Estas fuentes no están escritas en la propia ley penal, no obstante lo cual es el fundamento de la atribución del resultado mortal al autor de omisión. La verdad es que tampoco la causalidad, como base de la atribución del resultado a su autor en las conductas activas, se halla escrita en la ley penal, de tal modo que la sola no escrituración, por sí misma, no debería sobresaltar al intérprete. Sin embargo, no puede negarse que la atribución fundada en la causalidad es más rotunda, menos incierta, que la pesquisa en el puro ámbito de la normatividad. De ahí la especial cautela, plenamente justificada, con que los autores restringen las fuentes de la llamada *posición de garante*, esforzándose por evitar que se diluyan los límites estrictos del tipo legal.

La posición de garante no es *inventada*, sino *descubierta* por el juez, quien no crea el derecho sino lo reconoce en el ordenamiento jurídico positivo.

* La Corte de Apelaciones de Santiago ha establecido que la exigencia normativa que establece la obligación de actuar, "puede ser ética, social o jurídica..." (Gaceta Jurídica, N.º 101, año 1988, página 40 y siguientes).

El punto es comprensiblemente más arduo en legislaciones, como la alemana, que otorgan gran importancia a la costumbre. En nuestro sistema las fuentes resultan más rígidas y por lo mismo más seguras, aunque puedan dejar en la impunidad omisiones que repugnen al sentimiento de justicia.

Hay que advertir, asimismo, que aunque la pesquisa la realizará el juez en otras partes del sistema (derecho de familia, derecho de los contratos, etc.), ello no significa que las instituciones podrán ser recogidas por él en su simple ritualidad formal. En otras palabras, la cuestión no podrá nunca centrarse en aspectos ceremoniales o de validez formal de un contrato, por ejemplo, si el contrato no condujo también en la realidad, en los hechos, a la función de garante del bien jurídico, cuyo deber de evitar el resultado no reposa en una ficción, sino en una efectiva posición de hecho.⁴³

⁴³ bñ. Como observa KAUFMANN, lo que corresponde precisamente a la Parte Especial es la problemática de la asimilación de determinadas omisiones impropias (omisión por omisión) a determinados delitos conativos. En otras palabras, todo lo que respecta a la conformación de los tipos de deberes de garante y, por ende, las lesiones de dichos deberes y sus presupuestos para merecer la incriminación por el título de un delito conativo. Así, por ejemplo, los presupuestos bajo los cuales alguien debe ser considerado garante para la impedición de la muerte, no justifica sin más que se le considere garante para impedir una lesión corporal (cfr. KAUFMANN, op. cit., p. 287). Pero todo el resto de la teoría de la comisión por omisión, en cuanto integra la Parte General, no puede ser desarrollada aquí, y así las particularidades del dolo y de la culpa, de la participación de las causas de justificación, del error del *iter criminis*, etc., deben examinarse en los tratados generales.

⁴⁴ Cfr. WELZEL, *DStR.*, 214 ss. El ejemplo que propone Welzel es bastante ilustrativo: el hecho de que la niñera, violando el contrato, no haya asumido sus funciones, no la hace responsable penalmente del accidente que por desatención sufrió el niño (p. 214).

Enfocado el problema de *lege ferenda*, sostiene GRSOLA⁴⁶ que, si no integralmente, por lo menos una parte importante del problema podría solucionarse a través de la Parte Especial del Código. En la actuación de los respectivos tipos podría describirse también la hipótesis de comisión por omisión. Conviene, sin embargo, seguirse en ello a WEITZEL⁴⁵ en que es imposible describir *todas* las omisiones que merezcan ser equiparadas a las conductas activas, por lo que "quedará abierta la posibilidad de que se puedan cometer por omisión delitos de resultado no previstos especialmente bajo forma omisiva".⁴⁶

La Comisión Redactora del Código Penal Tipo para Latinoamérica juzgó inconveniente un *numerus clausus* respecto de las fuentes de la posición de garante, cuya selección queda entregada necesariamente a la jurisprudencia y a la doctrina. El texto propuesto es el siguiente: "Cuando la ley reprime el hecho en consideración al resultado producido, responderá quien no lo impida si podía hacerlo, de acuerdo con las circunstancias, y si debía jurídicamente evitarlo".⁴⁷ La última mención concierne, como se ve, al deber de garante, mientras la alusión a la posibilidad de actuar es, por así decir, de la esencia ontológica de toda omisión, esto es, *la no actuación de una posibilidad real*.⁴⁸

Respecto de las fuentes de la posición de garante en cuya virtud la no impleción del resultado mortal, que podía impedirse, conduce a la inclinación por homicidio, toda afirmación demasiado enfática debe ser proscribida. No hay seguramente materia más enrevesada e incierta en la teoría del delito que la comisión por omisión, y muy particularmente todo lo que concierne a las fuentes del deber de actuar.

b) *La ley como fuente de la posición de garante*. Hay, sin embargo, algunos "puntos firmes", de los cuales es sensato partir para delimitar el homicidio por omisión.

Entre los autores más antiguos, se indicaban como fundamentos de esta posición de garante la ley y el contrato. La doctrina ulterior ha añadido otras fuentes, sobre cuyo sentido y alcance no hay aún un pensamiento definido. La ley como fuente incluye por cierto toda norma jurídica de jerarquía análoga o superior, pero también puede tratarse de una norma simplemente reglamentaria o similar.⁴⁹

En el homicidio por omisión, como fuente *legal* de la posición de garante adquiere especial relevancia el derecho de familia; así la que deriva de las relaciones entre hijos y padres, entre marido y mujer, etc. (cfr. C.C., arts. 102, 131, 219, 220, 222, 223, 276 y 277). La necesidad de pretér una interpretación restrictiva de los tipos, máxime si como acontece con los de comisión por omisión éstos son tipos

⁴⁶ Cf. FRANCISCO GRSOLA, *El Código Penal Tipo para Hispanoamérica* (1967), pp. 62 ss.

⁴⁵ Cf. WEITZEL, op. cit., p. 210.

⁴⁶ GRSOLA, op. cit., p. 63.

⁴⁷ No es satisfactoria la solución adoptada en el texto transcrita, pues incurre en una grave deficiencia técnica: no es suficiente aludir, de un modo general, al deber jurídico de evitar, si no se circunscriben las fuentes concretas del deber de garante. Pero aun se habrá incurrido en un grave error conceptual si no se legisla en la Parte Especial sobre tipos de omisión "impropia", como recomienda GRSOLA. *Mutatis mutandis*, este precepto viene a decir lo mismo que el art. 40 del C.P. italiano: "no impedir un resultado que se tiene el deber jurídico de impedir, equivale a causarlo", si bien lo que se pretende resolver aquí es el problema de la causalidad en la omisión.

⁴⁸ BUSTOS, FUSFUSCH, POUTROY, op. cit., p. 171. Cf. CLAUDIO FUSFUSCH, *La omisión* (1968).

⁴⁹ Cf. GILBERTO RUDOLPH VIVANCO, *El fundamento de actuar en los delitos de omisión* (1967), pp. 27 ss.

abiertos, reclama que la fuente legal sea reconocida solamente en aquellos casos en que la realidad de la vida y no la mera letra de la ley exigen un comportamiento de amparo o protección del que se halla en estado de efectivo desvalimiento. Así, la obligación de cuidar de la persona del hijo que incumbe a los padres "tiene una gran amplitud si se trata de menores de corta edad, pero es indudable que se atenta considerablemente a medida que el menor aumenta de edad".⁵⁰

c) *El contrato como fuente de la posición de garante*. En lo que concierne al contrato, se ha señalado, con razón, que la jurisprudencia alemana e italiana lo utilizan como la fuente más fecunda de la posición de garante. Se indican, particularmente, los contratos de prestación de servicios, respecto del cuidado de personas en situación de desvalimiento; los que significan un riesgo cierto para una de las partes y que la otra, por su especial habilidad, puede evitar; los que se refieren a prestación de servicios profesionales, que fundamentan un deber de evitar resultados lesivos para la vida e integridad física.⁵¹

La verdad es que el contrato interesa en la medida en que, mediante la *aceptación* del deber, se ha asumido realmente una posición de custodio de un bien jurídico. Por esto, WEITZEL exige la "asunción real del deber contractual".⁵² Un razonamiento parecido podría hacerse a propósito de un cuasicontrato (*negotium gestio*), como por ejemplo, un médico que había asumido el tratamiento de un enfermo sin el consentimiento de éste que se encontraba en estado de inconsciencia y que después no le preste la atención necesaria de modo que el enfermo muere.⁵³ Por fin, no debe perderse de vista que ciertas formas de deberes, no obstante ser de apariencia contractual, emanan, en realidad, directamente de la ley: así los deberes administrativos, en general, que pesan sobre determinados funcionarios policiales, militares, sanitarios, etc.).

El Derecho Penal no recoge las instituciones del Derecho Privado en la plenitud de todas las implicancias propias de su sistema, razón por la cual lo que realmente interesa es si se asumió un deber *con el cual se contaba*. En consecuencia, la declaración ulterior de nulidad del contrato no eliminaría retroactivamente la existencia de aquel deber.

Si, aunque con las reservas anotadas, la ley y el contrato tienden a ser reconocidos uniformemente como fuentes de la posición de garante, menos como el *hacer precedente* y las *comunidades de vida o de peligro*.

d) *El hacer precedente y las comunidades de vida o de peligro*. En lo que respecta al hacer precedente, hacer anterior o, como también se lo llama, principio de la injerencia, el punto no ha alcanzado acuerdo ni siquiera de *lege ferenda*.⁵⁴

⁵⁰ Cf. CLAUDIO FUSFUSCH, op. cit., 119.

⁵¹ Cf. CLAUDIO FUSFUSCH, op. cit., p. 120.

⁵² WEITZEL, op. cit., p. 214.

⁵³ Cf. GRSOLA, *Derecho Penal Italiano* (1952), II, p. 55.

⁵⁴ Un caso de *hacer precedente* que justificaría una tipificación en la forma de una comisión por omisión, fue propuesta por POUTROY en la Reunión de Lima del Código Penal Tipo; se trataba de hacer responder al *partícipe que se desiste*, no sólo por los actos ya practicados, sino también por el resultado, *tratando la posibilidad real de hacerlo*, no lo impide. Su hacer precedente lo convertía en garante en impedido de hacer imposible el resultado por fuerza mayor [...], ya que la omisión supone la *no actuación de una posibilidad real*. Esa posición, sin embargo, fue vencida (cfr. *Actas* cit., VI, 8).

Según esta teoría, "la acción precedente hace aparecer contrario a lo debido el no obrar".⁵⁴ El Bundesgerichtshof ha afirmado que "quien por medio de un hecho propio —aunque sin culpa— ha colocado a otro en grave peligro, está también obligado a impedir el peligro que amenaza, aunque signifique un considerable detrimento para él mismo".⁵⁵ Esta afirmación coincide, claro está, con el sentimiento de justicia, pero su precisión en los casos concretos puede llevar a soluciones desconcertantes. Así, CRISPIGNI observa sarcásticamente que "quien ocasiona un incendio por culpa, no se convierte en autor doloso si no lo apaga...".⁵⁶ Aunque entre nosotros se ha tratado de fundamentar la posibilidad dogmática de admitir esta fuente,⁵⁷ parece forzoso convenir con WELZEL⁵⁸ en que el problema de la inferencia permanece todavía sin solución. A la luz de nuestra ley parece claro que el sistema chileno no ha tenido en cuenta, siquiera implícitamente, un deber jurídico derivado del hacer precedente. Es más, el procurar con celo "impedir las ulteriores perniciosas consecuencias" de un delito es circunstancia que atenúa la responsabilidad criminal, esto es, la ley "premia" al que intenta eliminar los efectos de un hacer precedente, lo que es difícil de conciliar con un deber jurídico de impedir tales ulteriores consecuencias.

Distinto sería el caso si el autor de la acción típica o ilícita se coloca con ella de hecho en la posición de asumir los riesgos no inherentes a las consecuencias propias de dicha acción.⁵⁹

Respecto de un hacer precedente lícito, no advertimos fundamentos dogmáticos para afirmar una posición de garante, salvo, claro está, que aquel hecho lleve consigo la aceptación del deber de garantía y su asunción real, en que la

⁵⁴ VON LISZT, *Tratado*, II, p. 304.

⁵⁵ BGHSt. II, 553 (355).

⁵⁶ CRISPIGNI, *Diritto Penale Italiano*, II, p. 55.

⁵⁷ RODRÍGUEZ, op. cit., pp. 51 ss. En contra del texto CRISPIGNI, en el sentido del art. 494, N° 14 C.P., se encuentran el fundamento jurídico del hacer precedente y las comunidades de vida o de peligro (solidaridad), de modo que ante el resultado muerte la figura puede desplazarse a la de homicidio (por omisión). Por cierto que las condiciones de hecho (posibilidad real de actuar) y la posición subjetiva del agente, circunscriben notablemente lo que solamente a primera vista aparecería como excesivamente amplio.

⁵⁸ WELZEL, op. cit., pp. 216.

⁵⁹ Una dirección fecunda en posibilidades dogmáticas en este sentido la constituye la previsión legal de la segunda parte de la letra a) del N° 1° del art. 142 C.P.: "La sustracción de un menor de diez años será castigada: [...] si durante la sustracción se cometieren actos deshonestos con el menor". No creemos admisible la posición extrema en el sentido de que "el delito-tipo de esta figura será el mismo de las otras figuras contenidas en el art. 142 y no abarcará los actos deshonestos, los cuales quedarán en la pura faz objetiva, como un elemento calificante de la sustracción que se integrará a la figura, tanto si son ejecutados culpablemente por el agente de la sustracción, como si no lo son". (NORULDIN IFRAMOSILLA R., *Sustracción de menores* (1963), p. 43), ya que esto sería equivalente a transformar la figura calificada en una responsabilidad por el resultado puramente objetivo. Se piensa en el contrasentido de que el autor del plagio sea una persona que obró por motivos caritativos y que, ante la agresión sexual de un extraño, reaccionando luchando denodadamente por impedirlo aunque sin éxito. Distinto es, en cambio, admitir que la sustracción convierta al agente en garante de la seguridad del menor y, por lo mismo, que tenga el deber jurídico de impedir también los actos deshonestos provenientes de extraños, siempre que existan las condiciones ontológicas de toda omisión: posibilidad real de actuar. (La hipótesis de que los actos deshonestos provengan del propio raptor no corresponde examinarlos aquí: delito complejo.) Debe añadirse que la situación de comisión por omisión (no se impiden los actos deshonestos que podían evitarse) no consiste en una forma de complicidad a través de omisión, ya que el caso es similar al propuesto por SCHÖNBERGER. "El padre que deja morir de hambre a su hijo es tan autor de omisión como el padre que no impide a la madre matar al hijo" (cit. por ARMIN KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsschuld* (1959), p. 297).

solución en nada difiere de la que proponíamos para los cuasicontratos (caso del lazarrillo ocasional).

La comunidad de vida que en la doctrina extranjera se plantea especialmente con base en el derecho consuetudinario, no parece que puede tener cabida entre nosotros, ya que los márgenes del tipo aparecerían dilatados sin una clara precisión de sus lindes. Debe tenerse presente que en el Derecho alemán la fundamentación en la costumbre tiene una antigua tradición, la que no existe entre nosotros, en que la costumbre es sólo admisible cuando la ley se remite a ella.

9. LOS MEDIOS EN EL HOMICIDIO

El problema de los medios interesa, por cierto, sólo en el homicidio perpetrado mediante un hacer activo y no en el cometido por omisión. Como el verbo rector en el homicidio es matar, sin que la ley establezca requisitos especiales sobre cómo se ha causado la muerte, es indiferente el medio del cual el sujeto se ha servido. Más adelante se verá, sin embargo, que algunos medios, como por ejemplo el veneno, pueden conducir a una calificación del homicidio, pero ello no significa sino una especie de un género que no admite restricciones en cuanto a las formas de perpetración.

Los medios físicos (armas, violencia material, empleo de animales) no suscitan debate. En cambio, particularmente entre los autores franceses,⁶⁰ suele cuestionarse la admisión de algunos de los llamados medios morales. Bajo esta denominación se abarcan todos los medios que no son físicos, ya consistan en provocar una impresión psíquica sobre la víctima, ya valiéndose de un procedimiento puramente intelectual, como la palabra.⁶¹ En esta última hipótesis, el autor se vale de la propia víctima, a través de un engaño, para el logro de sus propósitos, de modo que ésta actúa como instrumento de su propia muerte. Más dudoso es el primer caso, cuando el hechor se sirve del miedo o la emoción súbita para desencadenar el resultado de muerte. En todo caso, no puede negarse que ciertas

⁶⁰ Dice GARBAUD: "Sin duda la ley no exige, en ninguna parte, que el homicidio haya sido el resultado de un acto material. Ella califica de muerte al homicidio cometido voluntariamente, sin ocuparse de los medios empleados para cometerlo. Pero en ausencia de actos materiales que puedan incriminarlos, la relación entre el homicidio y el medio moral empleado no será jamás bastante directa y bastante evidente para que sea posible establecer que torturas morales voluntarias han sido la causa misma y la causa eficiente de la muerte. Lo que fallará siempre en este caso es la relación de causalidad" (RENÉ GARBAUD, *Droit Pénal Français* (1891), IV, p. 211). Cfr. también CHAVEAU y HÉLIE, *Théorie du Code Pénal*, cit., III, p. 376. En el mismo sentido, GARÇON, quien niega la posibilidad de establecer una relación de causa a efecto entre los dolores morales y la muerte de la víctima (op. cit., II, p. 3).

Cabe advertir, sin embargo, que todos estos autores (puede añadirse a RAFAEL GAROFALO, que en su obra *La Criminologie* (1888), p. 23, dice que el homicidio moral "no representa sino una utopía") aluden a la muerte causada mediante las llamadas "torturas morales" (*le mari qui ferait mourir sa femme en l'accablant de chagrins et d'ennuis*) y no a otros medios de carácter intelectual, que, aunque en general no son tratados explícitamente por estos autores, tampoco se los descarta.

⁶¹ Cfr. SOUAG, DPA, III, pp. 18 ss. Dice este autor que deben distinguirse claramente los casos en que "el sujeto se sirve no ya del efecto causado sobre el organismo por una descarga emotiva, sino que actúa racional y lógicamente utilizando un medio no vulnerable como la palabra. Así el que a un ciego le indica que siga el camino que tiene adelante, por el cual ha de desparecerse, o le indica que tome el vaso que tiene al alcance de la mano y en el cual hay veneno. En estos casos no hay duda posible de que la palabra es tan criminal como una puñalada" (p. 20).

impresiones psíquicas son idóneas para causar la muerte y que esa circunstancia puede ser utilizada *calculando un resultado mortal probable*. JIMÉNEZ DE ASÍLA⁶² sostiene que en casos como éstos no se configuraría el tipo de homicidio, ya que la acción sería "aterrorizar" y no "matar", sin embargo, este reparo nos parece poco convincente: la acción desplegada por el agente puede, en efecto, ser descrita como una acción de aterrorizar, pero es que mediante esta atemorización controlada por el autor se logra el resultado típico "muerte" y, por lo tanto, se da la figura del homicidio. Cabe concluir por consiguiente, siguiendo la doctrina dominante,⁶³ que el temor y otras impresiones psíquicas análogas pueden ser medios idóneos para cometer el tipo de homicidio. Con todo, es necesario observar que en esta materia tiene particular relevancia el problema de la causalidad. También es necesario advertir que no son desdenables las reservas basadas en las evidentes dificultades de prueba a que dan lugar los medios morales en el homicidio.⁶⁴

Finalmente, en relación con los medios, cabría plantear el problema de una posible comisión por medios indirectos⁶⁵ en el caso del reo condenado en juicio como resultado de la declaración falsa de un testigo, hipótesis que los juristas del

⁶² Cfr. Jiménez de Asúa, *Tratado*, III, pp. 499 ss.

⁶³ Aunque CARBAYA omite los problemas de prueba y advierte "que es mucha la prudencia que debe tener el juez", se pronuncia resolutivamente por la posibilidad de matar o de lesionar con medios morales: "Habría dificultades al probar la intención determinada o la eficiencia causante de la muerte; pero cuando estos datos de hecho se comprueban, no acepto la conclusión del antiguo juriconsulto inglés, de que se trata de un homicidio ante Dios, pero de un acto inocente ante los hombres, pues en el encuentro todo lo necesario para la esencia de hecho de un homicidio criminalmente imputable" (*Programa*, § 1087, nota 2 y § 396, 1397 y 1398). LABAUDENI coincide con CARBAYA y propone como ejemplo de medios morales que pueden ser empleados para causar la muerte o simplemente un daño a la salud (lesiones), un grave dolor o un terror infligido "calculándose sobre la susceptibilidad del temperamento de la víctima" (*U. omicidio nel Diritto Penale* (1900), p. 6. En el mismo sentido, BARRERA GONZALEZ (op. cit., p. 22). Cfr., además, ANTOUSSE (*Manuale*, I, p. 38); este autor los llama medios psíquicos y a los ejemplos del suso o dolor azoto a un cardiópata, añade la tortura moral.

Los crímenes perpetrados durante el Tercer Reich por el aparato policial y aun estatal crearon una vasta casística, antes inimaginada, de homicidio por medios morales, tales como denuncias a la autoridad y a los órganos de terror organizados. Ahora se intenta, en forma algo bizantina, hacer distinciones entre las ejecuciones que tenían lugar sobre la base de preceptos *inconstitucionales* desde el punto de vista del propio Estado Nacional-socialista (órdenes del Führer no publicadas para asesinar en masa, etc.) y casos de abuso de la justicia dentro de la legalidad aparente (cfr. extensamente sobre el punto MAURACH, op. cit., p. 23).

⁶⁴ Al respecto, JIMÉNEZ DE ASÍLA presenta una variante de intención (op. cit., p. 499): se trata del empleo de la superestación como medio de causar la muerte. Así, el caso de quien, en un pueblo pequeño, donde existe la creencia de que el hecho de colocar un zapato en un ataud causa la muerte del dueño, efectúa esa maniobra. En tal caso, es necesario distinguir si el agente utiliza simplemente la superstición como un medio para causar una impresión psíquica de índole que pueda llevar a la muerte a una persona cretula, circunstancia con la cual el agente cuenta, de la hipótesis en que el agente realmente crea en la eficacia vultuante de ese hecho. En el primer caso, se tiene exactamente la situación analizada con anterioridad y el tipo de homicidio se da, en la segunda hipótesis, el problema se traslada al ámbito del delito imposible por indudabilidad de los medios.

Esa hipótesis no significa, como se ve, coincidir con un rechazo general de esta clase de medios, cuando están dirigidos consecuentemente por el autor. En este sentido los criterios de la causalidad adecuada son decisivos y permiten rebatir las ingenuas paradojas propuestas por JIMÉNEZ DE ASÍLA, como cuando aduce que nadie procesaría al hijo que fingió su muerte en un telegrama apócrifo, cuando la madre, en vez de sufrir el ataque al corazón con que se conaba, se limita a verter triste llanto (op. cit., p. 500).

⁶⁵ Al respecto, ANTOUSSE (op. cit., p. 38) propone algunos ejemplos especialmente sugestivos: exponer a una persona a una temperatura extremadamente rigurosa, hacerla trabajar en un lugar infecto, azuzar a un animal feroz, etc.

siglo XIX consideraron como homicidio. En nuestro Código el problema está expresamente resuelto en la figura de falso testimonio prevista en el art. 207, en que la pena aparece estrechamente vinculada a la que se impuso al reo condenado por el falso testimonio.

10. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

A. Planteamiento. La causalidad en el homicidio se trata por razones prácticas

La causalidad en el homicidio es tratada con alguna frecuencia en los textos sobre Parte Especial, principalmente por razones prácticas. Los escrúpulos formalistas en el sentido de que el tema de la causalidad es común a todos los delitos que requieren para su perfeccionamiento de un determinado resultado, sólo son atendibles para fijar las dimensiones, restringidas a lo indispensable, con que el tema debe ser abordado aquí.

QUINTANO RIVOLLES advierte que son relativamente raras las hipótesis de muerte instantánea y que lo normal es que entre la acción homicida y el resultado letal transcurra un cierto lapso "en el que la figura de homicidio permanece [...] en un estado jurídico difuso, sin encarnar en el tipo específico y oscilando entre él y el de lesionar".⁶⁶ Esta observación pone de relieve las frecuentes *interferencias* de las llamadas *concausas* entre la acción y el resultado, a veces para contribuir a la producción de la muerte, a veces para impedirlo o conducir a un distinto resultado típico.

La primera situación es la que se suele denominar *homicidio concausal*, a la que los autores y la jurisprudencia, también entre nosotros, han dedicado frecuente atención: las circunstancias extrañas colaboraron a la producción de la muerte, para la que no bastaba la sola acción del sujeto activo. La segunda situación, en cambio, no ha merecido la consideración debida, pese a que puede conducir, al menos a la luz de la ley chilena, a problemas desconcertantes. El régimen de las escalas penales en nuestro país conduce a la paradoja que una lesión de las llamadas *gravísimas* (p.ej., impedición de un miembro importante) tiene una pena mayor que el homicidio frustrado, de donde se sigue que si una *interferencia* (concausa) produjera como resultado de la acción homicida, no la muerte sino una de las determinadas lesiones descritas en el art. 397, Nº 1º del C.P., el autor de la acción podría reclamar una pena más benévola invocando para ello su *intención de matar*. De ahí que el tratamiento de las concausas a propósito del homicidio debe comprender la dilucidación de ambos asuntos: el homicidio *concausal* propiamente dicho y el homicidio *frustrado con lesiones concausales*.

B. El llamado homicidio concausal

Lo define LABATTU del siguiente modo: "Tiene lugar toda vez que, con intención de matar, el agente efectúa un hecho, que por sí solo es insuficiente para producir

⁶⁶ QUINTANO RIVOLLES, *Tratado* P.E., p. 81.

la muerte, la que sobreviene por la concurrencia de causas preexistentes concurrentes o supervinientes, ajenas a la voluntad del hecho".⁶⁷

Es claro que este problema está vinculado a la posición que se adopte en materia de causalidad. Si se admite que la pregunta de la causalidad sólo puede responderse sobre la base de la supresión mental hipotética (*conditio sine qua non*) y de la equivalencia de las condiciones, no es posible admitir, sin contradecirse, la idea misma de las concausas. No cabe, en efecto, hablar de "un hecho que por sí solo es insuficiente para producir la muerte", ya que a esta teoría causal no le interesan los "hechos por sí solos", sino el conjunto de las condiciones, todas ellas estimadas equivalentes. Desde este punto de vista, la acción del agente, por infima que sea, si suprimida *in mente* acarrea la desaparición del resultado, es causa de éste. La existencia, por ejemplo, de condiciones *sobrevinientes* no quita al carácter de causa a la condición puesta por el agente.

Lo anterior (que vale también para la omisión, si bien respecto de ella la causalidad potencial se determinará *añadiendo in mente* la acción omitida) no significa desinteresarse, para los efectos de fijar el título de la responsabilidad penal, de la discrepancia entre la *clase* de acción y la clase de resultado. Pero la solución no se obtiene negando la causalidad, sino por otras vías. La causalidad, como asunto que pertenece a la *legalidad natural* (leyes de la naturaleza), pone incluso "la existencia de la víctima como condición del suceso".⁶⁸ Pero el Derecho Penal puede seleccionar de entre las que son *condiciones* en el orden natural, las que le interesan para sus propias valoraciones.

Se ha sostenido con razón, recientemente, que "en el Derecho Penal lo que importa no son exclusivamente las relaciones de legalidad natural, sino al mismo tiempo las relaciones de carácter social, esto es, el problema de si este o aquel acontecimiento, esta o aquella condición, no sólo era condición o causa de legalidad natural para este o aquel suceso natural, sino que también era condición o causa para un determinado acontecimiento social que no debía haberse producido desde el punto de vista del Derecho Penal".⁶⁹

La doctrina dominante ha optado por introducir ciertas *limitaciones* a los criterios de causalidad natural. Desde este punto de vista sólo se considerarán *típicas* (homicidas) *ciertas acciones* y no todas las que podrían causalmente vincularse con el resultado.

Una de estas limitaciones consiste en la "prohibición de retroceso" (*Regressverbot*), es decir: no se toman en cuenta aquellas condiciones anteriores que van más allá del contexto de la situación en que se produjo el resultado. Por ejemplo, un sujeto yace lesionado por otro, y los atroces dolores de la herida lo llevan a suicidarse. El autor de las lesiones, aunque haya tenido intención de matarlo, no responde de homicidio consumado, sino solamente de homicidio frustrado. No se retrocede en la búsqueda de toda la cadena causal.

Otra limitación (cfr. nota infra) es la *exclusión* de las condiciones *sobrevinientes*, de tal manera extraordinarias que no son de las que la experiencia común señala como acompañantes normales de una acción determinada. Así, el conocido

⁶⁷ GUSTAVO LABATUT, op. cit., p. 289. Cfr. extensamente sobre la materia IRENETA GOYENA, op. cit., pp. 43 ss.; IMPALLONEN, op. cit., pp. 8 ss.; vid., asimismo, ENRICO ALTAVILLA, *Delitti contro la persona* en *Trattato di Diritto Penale coordinato da ENRICO FLORIAN* (1955), § 29.

⁶⁸ *Lehrkommentar zum Strafgesetzbuch* DDR (1969), I, p. 93.

⁶⁹ *Lehrkommentar zum Strafgesetzbuch* DDR, I, p. 93.

ejemplo del lesionado que es conducido a un hospital y muere como consecuencia de un incendio que se declara en el establecimiento asistencial.

Entre nosotros hay un buen número de sentencias que niegan la causalidad por existir concausas preexistentes, concomitantes o supervinientes, extrañas a la acción del agente. Así, la CA de Santiago estimó que si la muerte se produce no sólo por efecto de la herida, sino también de una circunstancia ajena al delito, como es una complicación derivada de una intervención quirúrgica ejecutada mucho tiempo después del hecho (la víctima sufrió una bronconeumonía en el curso de la operación), el acto punible no puede ser calificado como homicidio, sino como lesiones (RCP, VI-341 ss.); en este mismo sentido, véanse además los siguientes fallos: CA Santiago: GT, 1947-II, 69-394 y RCP, X-63 ss.; CA Santiago: GT, 1948-I, 56-310; CA Concepción: GT, 1947-I, 65-409; CA Talca: GT, 1931-II, 107-500.

Naturalmente que estas limitaciones no se considerarán si se demuestra que el agente tenía el control de los hechos, incluidas estas circunstancias extraordinarias (dominio de la acción).

Los puntos de vista aquí expuestos no difieren, en términos generales, de aquellos sustentados por partidarios de otras teorías de la causalidad distinta a la de la equivalencia de las condiciones, si bien lo que es objetable en estas últimas es la pretensión de construir teorías propias de causalidad para "andar por la casa del Derecho Penal".⁷⁰ Por lo que se ve, no es necesario, como lo sostienen algunos autores,⁷¹ buscar la solución de estos casos por medio de la culpabilidad, la que no puede ser considerada como correctivo de la causalidad.

El problema antes analizado podría también proponerse teóricamente para el homicidio *por omisión*. Tiene razón WELZEL cuando arguye que en el caso de "omitirse el intento de salvación", si el sujeto es en definitiva salvado por otro o no perece, lo que el garante hubiera emprendido "habría sido necesariamente un fracaso".⁷² A ello no obsta, según nos parece, que una nueva cadena causal superviniente condujera a la muerte. La supuesta concausa no replantea, retroactivamente, la eficacia de la acción omitida. No es autor de homicidio por omisión el salvavidas que omite salvar al niño, si éste es izado a una embarcación que luego zozobra y el niño perece.⁷³

En suma, el llamado *homicidio concausal* es, terminológicamente, una impropiedad, si se admite la equivalencia de las condiciones. Si hemos mantenido ese rótulo es por razones prácticas y tradicionales. Se trata siempre de delimitar el ámbito de la *acción típica*, de la que quedan descartados los antecedentes y consecuencias extraordinarios (extratípicos) *no dominados* por el agente y con que éste no contaba. La delimitación de lo que queda comprendido en la acción típica es, pues, una valoración jurídica hecha sobre la base de la experiencia.

⁷⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, III, p. 493.

⁷¹ LABATUT, op. cit., p. 290.

⁷² WELZEL, op. cit., p. 221.

⁷³ En verdad, tanto las cadenas causales supervinientes como preexistentes, de que se ha hablado en este párrafo, son sólo facetas de un mismo problema, esto es, del análisis de lo que está más allá de la situación concreta (sea hacia adelante o hacia atrás) que es objeto de estudio. En tal sentido, el llamado *Regressverbot* no es sino el intento de solución de las cuestiones que plantea una de las facetas del problema.

Nuestra jurisprudencia sólo contiene fallos en que se afirma la permanencia del nexo causal en razón de que la interferencia de los factores estaba dentro de la ordinaria previsibilidad, pero no hay menciones a casos extraordinarios.

Así, CS, 1952: RDJ, XLIX-314; CS, 1949: RCP, XII-187; CA Concepción: GT, 1947-I, 68-436; CA La Serena: GT, 1945-I, 42-211; CA Concepción: GT, 1939-II, 170-731; y CS, GT, 1935-I, 54-252.

C. Homicidio frustrado y lesiones concausales⁷⁴

A quiere dar muerte a B; yerra el golpe y B, aunque no fallece, queda ciego. Si A es heredero de B, podría argumentar que a él no "le servía" B simplemente lesionado, sino muerto, y ya que su dolo no cubría las lesiones, debe castigarse sólo por homicidio frustrado (con pena menor que las lesiones gravísimas causadas). Esta sería, pues, la *primera posición* para abordar el problema: se castiga hasta donde llegaba la intención y se prescinde del resultado no querido.

Una posible *segunda posición*, sobre la base de que el delito de lesiones sería *calificado por el resultado*, haría caso omiso del propósito, para estarse al resultado. En el caso propuesto, se castigaría por lesiones gravísimas y se prescindiría de la idea del homicidio frustrado.

Una *tercera posición* afirmaría la presencia de un concurso aparente de leyes penales, esto es, un solo tipo legal aplicable, el que se determinaría conforme al criterio de la consunción (absorción).

En fin, con arreglo a una *cuarta posición* posible, se sostendría la pluralidad de tipos legales (homicidio frustrado + lesiones), sea con arreglo al régimen del concurso real o material (art. 74 C.P.), sea del concurso ideal (art. 75).

a) *Se castiga únicamente como homicidio frustrado*. La primera fórmula pareciera que puede descartarse sin mayores reservas. No es solamente el sentimiento de justicia el que hace intolerable la tesis de que la mayor intensidad del dolo (dirigido a matar) favorezca al agente, sino también el hecho de que en tal caso se caería totalmente dentro de un derecho penal del ánimo, que prescindiría del *desvalor de resultado* (el daño efectivamente producido). Por otra parte, no es en absoluto persuasivo de que el dolo de lesionar estaba ausente, aun en el extremo ejemplo propuesto.

Como es bien sabido, el dolo puede ser directo o *eventual*. Nadie se satisface ya, para caracterizar el dolo eventual, con el criterio de que éste existe cuando el agente, si se hubiera representado el resultado como *cierto*, habría obrado igualmente (situación que, desde luego, no se da en el ejemplo indicado más arriba). A la luz de cualquiera de las teorías modernas sobre el dolo eventual dicha caracterización es juzgada insuficiente. En definitiva, basta para que se reconozca dolo eventual que el sujeto, aunque no aspire a la producción de ese resultado en su consciente decisión de actuar, *cuenta con que él puede realizar el hecho descrito en el tipo legal*.⁷⁵

⁷⁴ Desde un punto de vista terminológico, naturalmente, es impropio hablar de lesiones concausales, ya que se admite la teoría de la equivalencia de las condiciones, pero, al igual que en el caso del homicidio concausal, hemos mantenido este rótulo especialmente por razones prácticas.

⁷⁵ Cf. WILZEL, op. cit., pp. 68 ss.; *Lehrkommentar zum Strafgesetzbuch* DDR, cit., I, art. 6; SCHÖNE SCHEIDER, *Kommentar*, 12. edic. (1965), pp. 407 ss.; MATRACH, *Dstr. A.T.*, 3.ª edic. cit., pp. 224 ss.; LUIS COLOMBO MAC IVER, *El dolo eventual*, en RCP, XXVII, N.º 2, pp. 115 ss.

En la doctrina predominante, y también entre nosotros, se reconoce que la casuística del dolo eventual debe ser tratada ni más ni menos como todo dolo.⁷⁶ Sólo que en el caso que analizamos la situación se produce en forma inversa a la que en general se plantean los autores. En efecto, generalmente se parte de ejemplos en que lo querido por el hecho era de menor entidad que lo causado, ya sea que se contara con la producción de ese resultado o no (problema del dolo eventual). En cambio, aquí lo querido era de mayor entidad que lo que se produce, lo cual naturalmente puede provocar desconcierto a primera vista, mas en ningún caso puede llevar a negar la existencia de dolo eventual. Otra cosa, que se examinará más adelante, es decidir *el papel* que éste cumple en el caso que nos ocupa (vid. infra).

b) *Delito calificado por el resultado*. En cuanto a la *segunda posición*, ésta encontraría con aquel sector de la doctrina que ha creído reconocer diversas figuras calificadas por el resultado en nuestro Código: así, por ejemplo, las figuras de los arts. 141, inc. final, 142, N.º 1, 150, N.º 1, 474, inc. 3.º del C.P., y, desde luego, el delito de lesiones.⁷⁷ La tendencia dominante, empero, es la de procurar una interpretación dentro de nuestro Código que no signifique una franca ruptura con el principio de que no hay pena sin culpabilidad. A nuestro juicio, dentro de la legislación penal chilena no existen delitos calificados por el resultado.

Los autores han destacado que es difícil suponer un caso de supuesta calificación por el resultado en que dicho resultado no fuera previsible por el agente, dados los términos con que aparecen descritos los tipos en que se ha querido ver la concreción de una de estas figuras anómalas.⁷⁸ Pero aun así, podrían concebirse casos extremos, tanto en un caso concreto de realización de alguna de estas figuras, cuanto en situaciones en que de la letra de la ley (art. 474, inc. 3.º C.P.) pareciera fluir que el legislador deliberadamente renunció a la exigencia de previsibilidad. Para estos casos límites, ¿es posible seguir, sin más, la tradición extranjera, especialmente alemana, que reconoce casos excepcionales de calificación por el resultado o, por la inversa, habrá que mantener resueltamente, a la luz de nuestro sistema, el principio de que sólo se responde hasta donde abarca la culpabilidad?

La verdad es que los autores que han trasladado a nuestra dogmática la teoría de la calificación por el resultado han hecho un simple trasplante de las conclusiones a que habían llegado al respecto los autores alemanes por razones de texto. Según este pensamiento, en todas aquellas figuras de la Parte Especial en que la *conducta* base aparece agravada mediante un resultado lesivo unido a aquella conducta por verbos como *causar*, *producir*, *resultar*, este resultado se carga en cuenta al autor, sin necesidad de que haya habido dolo o culpa respecto de él. Conviene advertir, de paso, que en la actualidad, sin embargo,

⁷⁶ Entre nosotros, sólo LABATTU, hasta la segunda edición de su obra, sostuvo que al dolo eventual había que aplicar el art. 490 del C.P.: "Nuestro Código no ha contemplado expresamente ni la culpa consciente ni el dolo eventual. Ante el silencio de la ley, la única solución posible, técnicamente incorrecta por lo demás, es aplicar en uno y otro caso el art. 490, que castiga el custodio por imprudencia" (op. cit., p. 156).

⁷⁷ Cf. LABATTU, op. cit., p. 177 ss.; EICHENBERG, op. cit., p. 6, I, pp. 298 ss.

⁷⁸ Cf. NOVOTÁ, MONEVAL, *Derecho Penal Chileno*, I, pp. 558 ss.; ALEJANDRO URIBE, *Los delitos calificados por el resultado* (1957).

El cóctel ha dejado de ser un problema controvertido en Alemania, pues por la reforma al párrafo 56 del año 1953 se prescribió que se aplicará la pena mayor siempre que respecto del resultado más grave haya por lo menos culpa.

Ahora bien, aun cuando en nuestro Código no exista dicho precepto, hay otras razones por las cuales puede impugnarse la existencia de los delitos calificados por el resultado. Mientras el Derecho alemán es de raíz objetivista, la tradición jurídica española aparece fuertemente teñida de eticidad, sobre todo el Código español de 1822 que sirvió en buena medida para estructurar el sistema del nuestro. De ahí que el art. 2º, que está justamente en el párrafo dedicado a las clases de delitos que existen dentro de nuestro sistema, no distinga otro tipo de responsabilidad que la dolosa y la culposa. Además, es el propio Código el que nos señala a través de diferentes artículos que la medida mínima y *excepcional* de responsabilidad es la culpa; así, no se castiga siempre el delito culposo, sino sólo en casos muy contados, de modo que la gran mayoría de ellos queda impune. Para que se castigue un delito culposo es necesario que esté previsto especialmente por la ley; aún más, en general, sólo cuando hay culpa grave, y cuando hay leve únicamente si también ha habido infracción de reglamentos (de modo que la culpa levisima queda impune y, en general, también la leve). Se sigue de lo anterior que la responsabilidad en que ni siquiera exista culpa, parece reñida con el espíritu del sistema, que sería incompatible con la admisión de delitos calificados por el resultado.

Ciertamente se podría objetar, dentro de la posición que estamos analizando, que si bien se castiga *sobre la base del resultado producido*, ello se debe a que el dolo de homicidio supone la presencia de un dolo eventual de lesionar; pero en tal caso no habría justificación alguna para que impune ese dolo homicida (delito frustrado de homicidio), y si se da alguna razón, se cae en la posición que analizaremos a continuación, esto es, del concurso aparente de leyes penales. En todo caso, ya la teoría no se bastaría a sí misma y no podría presentar un orden lógico consecuente: dejaría de ser una tesis de los delitos calificados por el resultado.

Se sigue de lo dicho que una posición que, para el caso que nos ocupa, se limitara al resultado material —producción de lesiones graves— sin tomar en cuenta el ánimo del hecho, tampoco tiene cabida en nuestro sistema. Mientras la primera posición es objetable por considerar sólo el desvalor de la acción, la segunda lo sería por atender sólo al desvalor del resultado.

c) *Concurso aparente de leyes. La tercera posición*, sobre la base de que sólo existiría un concurso *aparente*, no de delitos, sino de *normas* penales, tendría que optar por la absorción de una norma en otra. Como se sabe, con arreglo a este criterio de interpretación de la ley, si un tipo legal incluye conceptualmente otra norma, sólo se aplica la más extensa (de ahí que el homicidio consumado incluye las lesiones: "camino de la muerte"). La inclusión de una norma en el *concepto* de otra no significa, claro está, exigir que siempre, en toda ocasión, un hecho acompañe al otro (así, no siempre el robo con fuerza en las cosas se realiza con escalanteo; puede serlo *sin* escalanteo; sólo que si lo ha habido, si se ha *entrado* en la morada ajena para robar, se castigará sólo el robo y no, además, la violación de domicilio). Lo indispensable es una *regularidad* (lo uno acompaña normalmente a lo otro) de acuerdo con la experiencia de la vida,

aunque pueda *pensarse* uno de los tipos sin que se den siempre todas las exigencias del otro.⁷⁹

Pero ¿por qué esta regularidad obsta a la doble incriminación? El fundamento es el principio *non bis in idem*: si el desvalor de una acción comporta normalmente otros desvalores, inseparables de su concepto, sea en abstracto, sea en la experiencia, estos últimos son integrados, consumidos, en la ilicitud de aquel. Así, la *violencia* propia del delito de violación absorbe en los márgenes de su ilicitud el desvalor de las lesiones leves o menos graves que experimenta la víctima; otro tanto acontece con el aborto causado mediante violencia. Pero ni en las unas ni en las otras consumen las lesiones *graves* que sufre la paciente del delito, porque ellas van más allá de un simple efecto ordinario de la violencia, conceptualmente unido a ella, para significar un desvalor *autónomo* de la violencia, conceptualmente independiente corporal o la salud, que transciende, en los ejemplos propuestos, el atentado contra la libertad sexual o la vida del feto.

Desde este punto de vista parece razonable que el desvalor *riesgo de la vida*, en el homicidio frustrado, absorba las lesiones leves o menos graves que ordinariamente lo acompañan y puedan ser incluidas en su concepto. No acontece lo mismo con las lesiones graves, cuyo resultado desborda el concepto de riesgo de vida, para significar un desvalor propio expresado en un daño importante a la salud o la integridad corporal. Por otra parte, este desvalor de resultado no consume el de la acción homicida que, aunque frustrada, sensibilizó un bien jurídico de jerarquía superior al afectado por las lesiones.

Debe concluirse de lo anterior que en el caso que nos ocupa no es concebible la absorción, sea del homicidio frustrado en las lesiones graves, sea de éstas en el homicidio frustrado. El asunto no puede, entonces, ser resuelto por la vía del concurso aparente de leyes penales.

d) *Concurso ideal de delitos. Esta es la solución correcta. La cuanta posición es la que afirmaría para estos casos la existencia de un concurso ideal de lesiones,³⁰ sometido al régimen de penalidad del art. 75 del C.P. Se trataría, en efecto, de dos delitos –homicidio frustrado y lesiones gravísimas– perpetrados a través de un solo hecho. Se ha explicado más arriba que el concepto de lesiones graves incluye un resultado que desborda el de riesgo de vida, para significar un desvalor autónomo: daño considerable a la salud o integridad corporal. Se dijo, asimismo, que el desvalor de resultado de las lesiones gravísimas no consume el de la acción frustrada de homicidio, que significó un riesgo para un bien jurídico de jerarquía superior al afectado por las lesiones.*

⁷⁹ WILZEL, DSt., p. 234.

regla precisamente esta figura. Sin embargo, es de notar que esta regla no debe llevarse a consecuencias absolutas cuando su aplicación concreta desconoce el sentido íntimo del precepto, que es el de establecer una regulación de la penalidad que resulte en definitiva más benigna que aquella que derivaría de la aplicación de la regla general contenida en el art. 74 (concurso material). En consecuencia, si en un caso particular las penas concurrentes en la pluralidad de delitos, por su simple adición, mayor asignada al delito más leve que la que necesariamente impone la fórmula del art. 75 (pena llamado concurso ideal. Es el caso, por ejemplo, de la violación en concurso con preferencia al mismo delito, como ejemplo más ortodoxo figura en todos los textos, podría conducir, si se aplica el art. 75, a penas muy superiores a las que puedan aplicarse con arreglo al art. 74. En tal sentido se ha pronunciado la CA de Santiago en fallo de 3 de abril de 1970 sobre violación e incesto (vid. RCP, XXIX, nº 1, p. 56, con nota de GRISSOLA-POLTOFF).

Esta pluralidad de bienes jurídicos de distinta entidad (heterogéneos) comprometidos, en que no cabe absorber el uno en el otro, configura pluralidad de delitos a través de un hecho único, que es precisamente la noción que corresponde al llamado concurso ideal (heterogéneo). Esta forma de concurso ideal llamada heterogénea propia es el esquema clásico del concurso ideal y nadie ha discutido entre nosotros que tenga cabida dentro del sistema del art. 75.⁸¹

De las cuatro posiciones antes reseñadas, es esta última la que nos parece, por lo tanto, más coherente con los presupuestos dogmáticos y con el régimen de penas de nuestro ordenamiento.

III. LOS ASPECTOS SUBJETIVOS

11. PLANTAMIENTO. LA TRIPARTICIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA SUBJETIVO EN LA DOCTRINA Y EN ALGUNAS LEGISLACIONES

La tripartición adoptada en algunos Códigos, por ejemplo el italiano, entre homicidio *doloso*, homicidio *preterintencional* y homicidio *culposo*, simplifica el tratamiento de los problemas de la subjetividad en este delito, razón por la cual ANTOLISEI sostiene que en dicho ámbito el homicidio, en general, no presenta "nada de particular",⁸² pero en el sistema chileno el asunto es más incierto.

De las tres formas señaladas, el homicidio *culposo* debe construirse, elípticamente, aplicando las normas del Título X del C.P. (cuasidelito contra las personas), a las que hacemos especial referencia más adelante. El homicidio *preterintencional* tiene en Chile una base exclusivamente doctrinaria. Por lo tanto, es el homicidio *doloso* el único que tiene cabida, en un sentido propio, en la figura del art. 391, N° 2° del Código.

12. EL HOMICIDIO DOLOSO (la intención de matar)

Se ha sostenido en nuestra doctrina⁸³ una tesis que encontró apoyo en fallos judiciales, incluidos algunos relativamente recientes. Según esta doctrina, el homicidio no requiere dolo de matar y es bastante que el acometimiento haya sido voluntario, esto es, que haya existido un *dolo genérico de dañar o maltratar* a la persona de la víctima.

La CS ha declarado que en un caso en que el reo arrojó al suelo a su cónyuge golpeándola hasta producirle la muerte, "esta acción voluntaria constituye un delito, porque el acto se efectuó con voluntad manifiesta de causar un mal" (CS: GT, 1909-I, 587-964). También ha manifestado que es dolo "la voluntad de pe-

⁸¹ Cf. sobre concurso ideal homogéneo POUTROFF, nota a sentencia CS sobre cuasidelito con pluralidad de víctimas, en RCP, XIX, N° 1, p. 68; JUAN BUSTOS, *El concurso ideal* (1962). Cabe advertir que también en el concurso ideal homogéneo la aplicación del art. 75 se halla sometida a la misma limitación a que se alude en la nota anterior.

⁸² ANTOLISEI, *Manuale* cit., p. 39.

⁸³ EDUARDO NOVOA, *El delito de homicidio y la intención de matar*, en RCP, VIII, pp. 183 ss. La reconsideración de esta doctrina se contiene en su *Curso de Derecho Penal Chileno* (1960), I, p. 555.

trar un acto injusto, la voluntad de inferir daño al ofendido" (CS, 1951: RDJ, XLVIII-218), e incluso ha utilizado la definición civil de dolo (CS, 1953: RDJ, I-119; CS, 1965: RCP, XXIV-155. Véase nota crítica S. POUTROFF, *Rev. citada*, pp. 159 ss.) En este sentido, no puede ser más elocuente la siguiente doctrina afirmada por la CS en fallo del 9-V-1956: "El Código Penal no exige el propósito específico de matar, por lo que es suficiente que la muerte de la víctima resulte de una acción dolosa para que se dé la figura del homicidio, puesto que el concepto del art. 391 del Código Penal se refiere únicamente a un elemento material y, en consecuencia, debe ser complementado por el elemento intencional de la voluntad dolosa" (CS: RDJ, LIII-51).

En cambio, otros fallos de la misma CS han reconocido que en el homicidio el dolo debe estar referido a la muerte. Así, CS, 1956: RDJ, LIII-38; CS, 1961: RDJ, LVIII-178, y CS, 1961: RDJ, LVIII-252.

Los argumentos que se dieron en favor de la tesis son principalmente históricos. Se señaló que el Código español de 1822 exigía concepto de modo explícito, en el homicidio, la *intención de matar*, que se suprimió en el Código de 1848. Se aludía, asimismo, a la supresión hecha por la Comisión Redactora (sesión octava) de la circunstancia atenuante del N° 3° del art. 9° del modelo español, "no haber tenido el delincuente intención de haber causado un mal de tanta gravedad como el que produjo". Los comisionados, para fundamentar la supresión, hicieron constar las dificultades que representaba la prueba de la intención. Con esta eliminación se ha querido ver el propósito de sancionar en el caso del homicidio, antes que nada, el resultado letal. Finalmente, se vinculó el problema con la peculiar construcción de lesiones—las figuras de lesiones corporales en nuestro Código, que emplea la expresión "si de resultas..." (art. 397), con lo cual parecería que todo el sistema concebido por el legislador en torno a esta clase de atentados pondría más énfasis en el resultado que en la intención.

El primer argumento, fundado en la supresión de la fórmula "intención de matar", que se contenía en el Código de 1822, puede desecharse sin mayor discusión. También el Código italiano de ZANARDELLI contenía en la definición del homicidio doloso la expresión "*a fine di uccidere*", que el Código vigente suprimió por superflua. Se trata en efecto, de una mención pleonástica que sólo subsiste, que separamos, en el Código boliviano (art. 479) inspirado en el español de 1822.⁸⁴

Una aplicación consecuente de esta tesis, por otra parte, debiera conducir a las siguientes conclusiones desconcertantes: un disparo que no da en el blanco puede constituir homicidio frustrado, *a menos* que hiera a la víctima, por ejemplo, en una oreja, caso en que habría que incriminar probablemente por lesión leve.⁸⁵ Se trata de los contrasentidos a que siempre lleva la calificación por el resultado y que se impugnaron antes (vid. supra).

Podría añadirse un argumento doctrinal sobre el esquema que tradicionalmente se señala para los delitos calificados por el resultado. Estas figuras suponen un tipo base y una serie de resultados que van a determinar la pena, *calificando ese tipo base*. Lo único que se exige, pues, es que el dolo cubra la figura base. Así, en Alemania, lugar de origen de esta teoría, el concepto de lesión corporal se satisface con la fórmula "maltrato corporal" (*Körperliche Misshandlung*, § 223), y en

⁸⁴ En su *Proyecto de C.P. Boliviano* (1936), JUAN SAMON supline esta referencia subjetiva, ya que "la intención criminal siempre debe presumirse en un hecho punible".

⁸⁵ Ejemplo propuesto en estrados por el abogado LEONIDAS POUTROFF, para impugnar esta tesis.

el Código italiano se distingue entre *lesiones* y las simples *vías de hecho*: dar de golpes (*percosse*: art. 581), sin huella en la salud de la víctima.

Según la opinión dominante,⁸⁶ el solo hecho de poner manos violentas, las vías de hecho de que no se sigue una huella en la integridad corporal o la salud, no queda comprendido en la figura de lesiones y, a falta de otro tipo aplicable, no habría un *delito base* sobre el cual las lesiones resultantes y la muerte podrían hacer las veces de calificante.

En suma, la imagen del delito calificado por el resultado, que en este caso habría de ser la acción *dolosa base* de maltratar corporalmente, calificada por los resultados de intensidad creciente de las lesiones hasta llegar a la muerte (a que el dolo no precisaría extenderse), no parece que pueda construirse a la luz del Derecho Penal chileno que carece de esa figura base, lo que es censurable sólo de *lege ferenda*. Desde que no son admisibles los *dolos atípicos*, no cabría tampoco aceptar un informe e impreciso dolo de maltratar corporalmente: el empleado por la teoría en comentario que prescinde, para el homicidio, del *dolo de matar*.

Es claro que cuando reconocemos la necesidad del dolo de matar, no se alude sólo al *dolo directo*. Se comprende asimismo el *dolo eventual*, que nuestra doctrina ya no discute y que la jurisprudencia nacional ha admitido implícitamente.

13. EL HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL

Por cierto la *preterintención*, también llamada *ultraintención*,⁸⁷ no es un tema que interese sólo al homicidio (puede haber hurto preterintencional, lesiones, daños y muchas otras hipótesis en que el elemento constante es que el resultado fue *más allá* de la intención del agente). Sin embargo, por su mayor interés práctico, es a propósito del homicidio que el asunto se aborda generalmente.

El homicidio *preterintencional* (o *ultraintencional*) suele confundirse en algunas sentencias con el llamado homicidio *concausal*.

Hay responsabilidad por el resultado cuando la relación de causalidad entre ese resultado y la acción no está truncada por la intervención de una *concausa*. Si está acreditado que como consecuencia de los golpes que el reo propinó a la víctima, ésta cayó al suelo y resultó muerta, y no habiéndose acreditado que dicho acontecimiento se debió a alguna particularidad o estado especial inherente al occiso, debe tenerse al reo como responsable de la muerte en calidad de autor del delito de homicidio (CA de La Serena: GT, 1944 I, 25-169). Por el contrario, se ha resuelto de acuerdo a la preterintención una clarísima situación dirimente del vínculo de causalidad: se condenó al reo que golpeó con un cucharón en la cabeza a su conviviente, que murió debido a la fragilidad de sus vasos sanguíneos, como autor del delito doloso de lesiones y del delito culposo de homicidio (CA de Santiago, 1964: RDJ, LXI-244).

⁸⁶ LABATUT, op. cit. pp. 304 ss.; POLITOFF, *Apuntes de clases* (1967), p. 19; DIA RÍO, op. cit., III, p. 374. En contra, ETCHEVERRY (reconociendo que el punto es discutible), op. cit. III, p. 110.

⁸⁷ Así la denomina IBARRETA GÓMEZ, op. cit., pp. 71 ss.

Se trata, sin embargo, de situaciones diversas. El que dispara contra un jinete, sin dar en el blanco, pero con *intención de matar*, puede ser inculinado por tentativa (en sentido lato) de homicidio, pero no por homicidio consumado, aunque la víctima haya perecido al caer del caballo encabritado por el ruido de la detonación. El resultado mortal no se carga en cuenta al agente por ser atípica la acción en su conexión con esa clase de resultado, según se explicara anteriormente (vid. supra). Pero no es la falta de intención de matar, que la hubo, lo que determina que no se castigue por homicidio (consumado). Por la inversa, en el homicidio preterintencional, está ausente el *dolo de matar*, pese a que si había *dolo de lesionar*.

Hay sistemas penales, como el italiano (art. 584), que han incluido en el Código del ramo una previsión explícita. Se precisa de actos que tiendan a la perpetración de los delitos de *percosse* (golpes, vías de hecho) o de lesiones corporales, que causen la muerte de una persona. La pena es inferior a la del homicidio propiamente tal (art. 575), pero sensiblemente mayor a la del homicidio *no intencional* (art. 589). Antes se dijo (vid. supra) que en nuestra ley no hay un precepto semejante.

Para hablar de homicidio preterintencional es necesario, en primer término, que no exista dolo de matar (los casos de divergencia entre el curso causal real que condujo a la muerte y aquel previsto por el agente, no interesa, pues, aquí, corresponde a las situaciones ya examinadas de homicidio *concausal*). Se requiere, en segundo lugar, que *se haya producido la muerte del sujeto pasivo*, en un nexo causal y típico adecuado a la clase de acción desplegada por el agente (si la muerte fue fruto de circunstancias preexistentes, concomitantes o supervinientes del todo extraordinarias a la luz de la experiencia y falta *además* el dolo de matar, no habrá siquiera homicidio tentado). Es preciso, por último, que exista una *acción dirigida a lesionar a la víctima*. No hemos visto tratado en los textos, aunque el punto puede concebirse teóricamente, si cabe admitir un homicidio preterintencional *por omisión*: el médico tratante tiene conciencia de que si no coloca la inyección periódica al enfermo a su cuidado, éste sufrirá un daño en la salud, pero confía temerariamente en que la amenaza de muerte está ausente, no obstante lo cual ella se produce. Aquí, sólo podría inculminarse la *culpa* respecto de la muerte, esto es, el cuasidelito de homicidio, que absorbería el desvalor de las lesiones menos graves, únicas que, como se verá (vid. infra Nº 62), admiten la hipótesis omisiva.

En ausencia de una solución de texto, la doctrina ha propuesto diversas fórmulas, todas ellas recogidas alternativamente por la jurisprudencia para solucionar el homicidio preterintencional.

A. Combinación de dolo y culpa

Una *primera posición*⁸⁸ ha sostenido que la acción dirigida a lesionar lleva consigo un riesgo mortal que el agente tiene el deber de prever y que, así encarado el

⁸⁸ Se prescinde de viejos criterios, hoy superados, que pretendían que se castigara por homicidio, sobre la base del precepto latino: *Qui in re illicita versatur, tenetur etiam proculcas* (el llamado principio del *versari in re illicita*), que imputaría el resultado por el solo hecho de estarse en cosa ilícita. Las investigaciones del Padre JUAN PEREDA, *El "versari in re illicita"* (1948), demostraron que ni siquiera en la antigua tradición canonista, a la que se atribuía esta formulación, se prescindía de la *culpa* en cuanto al resultado mortal.

asunto, el homicidio preterintencional aparece como una *combinación* de dolo (de lesional) y culpa (respecto de la muerte).

Una solución legislativa en tal sentido se contiene en el parágrafo 117 del C.P. de la R.D.A.: "Quien por medio de lesiones corporales *dolosas* causa *culposamente* la muerte del lesionado..." sufre una pena que es superior a la del homicidio simplemente culposo y a la de las lesiones graves dolosas (cfr. parágrafos 118 y 116, respectivamente).⁸⁹

Un importante número de autores defienden esta primera posición. Textualmente expresa CABRERA que en la preterintención "se mezclan el dolo y la culpa: dolo en cuanto al antecedente previsto, culpa en cuanto al consecuente no previsto".⁹⁰

Con todo, se ha impugnado este criterio por algunos tratadistas, especialmente en Italia, sobre la base de que el dolo y la culpa son dos estados psicológicos contradictorios, que no pueden subsistir paralelamente,⁹¹ y hasta se arguyó que no hay forma alguna de culpa (imprudencia, impericia, negligencia, etc.) que pueda ser referida con propiedad al evento mortal en esta clase de homicidio.⁹²

Si el objeto empleado como arma no es de aquellos frecuentes para producir un homicidio, pese a que el golpe provocó un hundimiento óseo y un traumatismo encefalocraneano a consecuencia del cual la víctima falleció, la sola presunción de voluntariedad no obsta al examen de las circunstancias del caso para decidir la extensión del contenido del dolo: dadas las circunstancias de este caso, debe concluirse que el reo no quiso ir más allá de la lesión y que el homicidio sobrepasó la voluntad. Pero siendo el resultado previsible, la acción debe estimarse

⁸⁹ En cuanto al § 226 del C.P. alemán de 1871, todavía vigente en la Alemania Federal, en que se prevé la figura de lesiones corporales con resultado mortal, si se lo interpreta en relación con el § 56, introducido por una reforma legal, dejó de ser un "genio del delito calificado por el resultado". (Cfr. SCHWAB-DREIER, KOMMENTAR, 27ª ed., p. 681; SCHÖNE-SCHÖNE, op. cit., p. 978.)

⁹⁰ CABRERA, *Oposición sobre el caso fortuito*, p. 7; además PROGENIA, I, § 271; III, § 1106 ss. Entre los autores posteriores se ha señalado a PERU como el que con más exactitud ha caracterizado esta posición (U delicto preterintencional (1923)). Pero es sin duda JAFFÉZ DE ASÍA quien ha tratado con más profundidad y decisión el tema: "No nos cabe duda alguna de que la *preterintención* es un caso mixto de dolo y culpa. Dolo en cuanto al hecho lesivo que se pretende realizar con intención (*animus delictum*) y culpa en orden al resultado más grave que se produce (*negligit delictum*). Imputar éste por el mero resultado sería caer en la superada fórmula de la responsabilidad objetiva" (Tratado, VI, p. 149). Para una completa bibliografía sobre el particular, vcl. *Tratado* cit., pp. 15 a 18. En Chile se pronunciaron también por la tesis de la mixtura: GARCÍA NAKANISHI, *La preterintención en la doctrina, en la legislación y en la jurisprudencia* (1951), p. 197; Luis ORTIZ, *Teoría sobre las hipótesis preterintencionales* (1959), p. 96; DINOAH CAMERATI, *El dolo en el homicidio* (1963), p. 39; LABATTI, op. cit., pp. 291 ss; EICHENBERG, D. *Penal*, pp. 43 ss.; NOVOA, D. *Penal*, p. 534. Es útil observar que, como bien advierte ARIVALLA, el dolo debe ser de *lesión*, sin el cual no podría hablarse de preterintención; así, por ejemplo, si el acontecimiento se debiese a la intención de arrebatarse un objeto al adversario (*Ubihi contra la vita e l'incolumità individuale*, cit., p. 64).

⁹¹ Cfr. NEPALOMEN, *L'homicidio*, pp. 64 ss., 79, 83, 100 ss. Este autor sostiene que "se dice impropriadamente... que en el delicto preterintencional existe un concurso de dolo y culpa, dolo en la previsión del efecto menos grave, culpa en la previsibilidad del efecto más grave que se ha verificado: es en verdad un delicto causado por un propósito doloso y que no tiene, por ello, otra causa que el dolo". Añade que la menor punibilidad del agente sólo podría fundarse "en la menor peligrosidad demostrada por el delincuente, por el ánimo dirigido a una violación menos grave de aquella que se siguió y por la manera de obrar, reveladora de un ánimo que no suele ordinariamente producir aquel resultado más grave" (p. 100).

⁹² "La conducta causal no depende de imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de disciplinas, etc.; la misma proviene de *voluntad dolosa*, esto es, intencionalmente dirigida a un delicto, aun cuando menos grave que aquél realmente ocasionado", expresa MANZANI, *Tratado*, II, p. 182 (además, 182 ss.).

respecto de éste como un acto imprudente o negligente (CA Sigo, 1965: RDJ, LXII-471; en el mismo sentido, C. Marcial, 1959: RDJ, LVI-285; CA Sigo, 1953: RDJ, L-160, etc.).

B. Culpa calificada

Una *segunda posición* reconocería en la preterintencionalidad una forma de culpa calificada. Se ha presentado a VANNINI como el autor que sostiene la teoría de que la preterintención es exclusivamente culpa.⁹³ Lo cierto es que este autor en bien poco difiere de la idea central antes expresada.⁹⁴

En Chile, pareciera pronunciarse por la idea de la culpa RAMONDO DEL RIO⁹⁵ y alguna jurisprudencia. Esta tesis miraría al resultado (la muerte) y al tipo de vinculación subjetiva con ese resultado (culpa), absorbiendo en éste el ánimo que apuntaba a un resultado que no se habría producido en la realidad.

Si aunque el resultado era perfectamente previsible, producto de una temeridad o falta de prudencia (golpeó a su conviviente, que lo reprendía, primero dándole una palmada en la cara y luego lanzándole una silla pequeña que la hirió en la cabeza y la mano), es manifiesto que el hecho careció de *animus necandi* y, por lo tanto, corresponde sancionar sólo como cuasidelito de homicidio (CA Sigo, 1963: RDJ, LX-412; en el mismo sentido, CS, 1953: RDJ, L-139; CA Valparaíso, 1949: RCP, XI-169, etc.).

C. Solamente delito doloso

Una *tercera posición*, reverso de la anterior, concibe la totalidad de la figura preterintencional como una hipótesis dolosa, "puesto que la acción respondió a la intención de causar un daño".⁹⁶

Pero, como se ha señalado, si se estima que el dolo del homicidio y el de las lesiones son uno mismo, consistente en una genérica intención de dañar, habría que estarse exclusivamente al resultado producido para calificar el delito (homicidio doloso si resultó la muerte).⁹⁷ Esto, naturalmente, nos lleva a la calificación por el resultado antes impugnada, por lo que no es del caso insistir sobre su rechazo.

⁹³ Cfr. ORTIZ, op. cit., pp. 93 ss.

⁹⁴ Aunque se ha exagerado, en general, en la presentación de la polémica, muchas veces más radicada en matices de lenguaje que en cuestiones de fondo, tal exageración es particularmente notoria en lo que respecta a VANNINI. En efecto, este autor dice: "Son dos delitos, en suma, uno doloso y el otro culposo". Sólo que en la fusión los dos delitos pierden su autonomía, para dar lugar a un delito complejo, "en que concurren subjetivamente dolo y culpa", si bien la parte prevalente que asigna al conjunto el *nomen juris* es la muerte dada involuntariamente (culpa), y en este sentido "es lógico definir al homicidio preterintencional como un homicidio culposo calificado por el particular contenido doloso del comportamiento causal del reo" (op. cit., pp. 142 ss.). Como sea, es útil advertir que las reflexiones de los autores italianos reposan en un texto legal expreso que nuestra ley no contiene y, por lo mismo, no debiera invocarse como fundamento para sostener que este "delito complejo", también en Chile, es un delito culposo.

En el C.P. argentino, la figura del art. 81, inc. letra b), corresponde claramente a un homicidio preterintencional *autónomo* y no simplemente atenuado, como lo demuestra SOLER, DPA, III, pp. 84 ss. (en contra de la autonomía, Gómez, *Tratado de Derecho Penal*, II (1939), pp. 95 ss.) En el mismo sentido de SOLER y con un penoso análisis, NÓBREGA, op. cit., III, pp. 103 ss.

⁹⁵ Gómez, *Tratado*, cit., III, p. 354.

⁹⁶ Gómez, *Tratado*, I, p. 445 (además, pp. 443 ss.).

⁹⁷ En el mismo sentido, EICHENBERG, op. cit., III, p. 44.

El dolo inicial comprende las consecuencias previsibles del acto, de manera que no puede considerarse circunscrito al acto mismo, y si este acto fue voluntario y hubo intención de herir, la previsibilidad del resultado muerte como consecuencia regular del hecho basta para imputar la totalidad de la acción como homicida (CS, 1962: RDJ, XLIX-314; en el mismo sentido, CA Valparaíso: GT, 1926-1, 53-217; CA Concepción: GT, 1911-1, 235-432; etc.).

• Fallo de la C.S. (RDJ LXXXIII, Sec. Cla., N° 3, año 1986, pág. 193) en el cual se estima que establecida la intención de dañar, la madre que causa heridas a su hija, con su propia dentadura, y además la golpea durante siete días, a lo menos, sufrimientos que en definitiva producen la muerte de la criatura, llevan a concluir que no se trata de un caso de lesiones seguidas de un homicidio culposo, sino simplemente de un parricidio...

Una variante de esta posición, que se desinteresaría del resultado, para castigar sólo por lesiones, no tiene apoyo doctrinal, pero se ha visto en algunas sentencias. (Así, CA Valdivia, 1959: RDJ, LVI-1946; en el mismo sentido, CA Santiago, 1953: RDJ, I-125; CA Talca: GT, 1930-2, 112-427; etc.).

D. Crítica. La solución correcta en Chile: concurso ideal de lesiones dolosas y homicidio culposo

Como ya advertimos, en Chile no existe un precepto expreso que resuelva este problema, por lo que, con razón, se ha reclamado su formulación por medio de un texto incorporado al Código. La ausencia de tal precepto expreso no autoriza para buscar una solución que no se encuentre dentro de límites propiamente dogmáticos. En consecuencia, aunque no dejen de ser sugestivas, carecen de aplicación en nuestro sistema las soluciones propuestas por la doctrina española, que cuenta con dos disposiciones que fueron eliminadas en la redacción del Código chileno y que tienen vinculación directa con este problema: a) la regla del art. 1° del C.P. español vigente, según la cual cuando se comete voluntariamente un delito y el mal ejecutado es distinto del que el agente se había propuesto ejecutar, debe sancionarse por el delito menos grave, pero el resultado más grave producido opera como agravante; y b) la atenuante cuarta del art. 9° del mismo Código, que tiene lugar cuando el delincuente no ha tenido intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo.⁹⁸

Parece inútil todo esfuerzo por desconocer que la naturaleza de la preterintención es efectivamente una mezcla de dolo y culpa, tal como lo propugna la primera de las posiciones reseñadas. La tesis que procura presentar la preterintención como una sola figura dolosa reposa en una ficción: o se debe acudir a un dolo *sui generis* sin subordinación a ninguna figura en concreto, como la fórmula de intención de dañar la ley u otra semejante; o bien, se ignora el nexo de culpa con el resultado mortal. Y así se peca por exceso, al hacerse responder por dolo donde sólo hubo culpa, o por defecto, si la incriminación se restringe hasta donde llegó la intención.

La tendencia a restringir la totalidad de la figura de preterintención a un hecho "intrínsecamente culposo" termina por hacer, a fin de cuentas, caso omiso del antecedente doloso, que es absorbido por el consecuente, el cual, si bien

⁹⁸ Cfr. ETCHERREY, D.P., III, p. 46.

representa un más intenso desvalor en cuanto al resultado, lo es menor en el de acción.

En abstracto, y en el plano puramente subjetivo (esto es, prescindiendo del desvalor de resultado), puede afirmarse que la culpa más intensa es menos reproachable que el dolo más tenue. Sin embargo, en una situación concreta, cuando la culpa cubre un desvalor de resultado de gran magnitud, precedido de una acción dolosa en sí misma minúscula, no es en absoluto objetable que ésta quede absorbida en la imputación a título de culpa. Esta reflexión que evita exacerbar la realidad por una sumisión algo ingenua a los esquemas doctrinarios, es la sensata actitud que demuestran los tribunales cuando prescinden de la eventual pesquisa de la equinosis o hematoma dolosos que produjo un empujón, para restringirla a la muerte que produjo la caída, imputada a título de culpa. No se castiga por lesiones leves dolosas y homicidio culposo, sino solamente por esto último.

Distinto es el caso cuando la absorción no es admisible en razón de que la acción dolosa tiene una gravedad realmente significativa, que le confiere una relevancia propia que no es posible desconocer. Así, en el caso del que buscando lesionar, pero no matar, no dirige su arma cortante contra el tórax o abdomen de la víctima, sino a la pierna y de este modo cercena la arteria femoral, no podría pretenderse que la culpa respecto de la muerte (deber de prever el riesgo que comporta una herida en tales condiciones) absorba la acción dolosa de lesionar. Se plantea con este ejemplo un caso típico de homicidio preterintencional, que no puede razonablemente resolverse sin recurrir al criterio de la mixtura de dolo y culpa.

La objeción, antes anotada, hecha por algunos autores italianos en el sentido de que el dolo y la culpa son dos estados psicológicos incompatibles, parte de la premisa errada de que se trata de nexos psicológicos que mirarían a *un solo y mismo* resultado. La verdad es que existe una mira a un resultado sólo en la *acción dolosa*, en tanto que la culpa, por esencia, no comporta un objetivo, sino que está referida a la modalidad de la acción, con la cual se produce un evento que no estaba en la meta de la acción querida y que, por tanto, es un resultado *distinto* al comprendido por el ámbito del dolo (acción querida).

Sobre la observación de MANZINI en cuanto a que el nexo con el resultado no podría ser inscrito en ninguna de las formas de la culpa (imprudencia, impericia, negligencia, etc.), no advertimos razones semánticas o técnicas para negar que un hecho inicialmente doloso pueda constituir imprudencia o negligencia respecto del resultado no querido.

Admitido que se trata de dos figuras que no se excluyen entre sí (*lesiones dolosas y homicidio culposo*), estamos en presencia de un concurso ideal de delitos, regido en la ley chilena por el art. 75 del C.P.

Así lo ha resuelto un conjunto de sentencias, algunas de ellas a propósito de otras figuras preterintencionales (por ejemplo, aborto y homicidio). En lo que ahora nos interesa pueden destacarse las siguientes (lesiones dolosas y homicidio culposo en concurso ideal): CA Santiago, 1953: RDJ, I-160; C. Marcial, 1959: RDJ, LVI-285; CA Talca: GT, 1935-1, 93-457; etc.

E. El tiempo que media entre las lesiones y la muerte no tiene relevancia especial

Pero aun dentro de los márgenes de esta solución para el problema, la única que nos parece persuasiva, a la luz de un sistema que no le concedió un tratamiento específico, resta todavía un leve matiz por abordar.

ETCHEBERRY hace un distinguo según que a las lesiones haya seguido la muerte "algún tiempo más tarde" o que la víctima "fallezca en el acto".

"En este caso —dice, aludiendo a la primera hipótesis— deben pensarse las lesiones dolosas efectivamente causadas, y el homicidio resultante debe considerarse culposo (cuasidelito de homicidio)."⁹⁹ Se trataría, entonces, de un concurso de delitos, si bien el autor no explica el régimen del concurso aplicable a su juicio (concurso real o concurso ideal).

Más complicada es la fórmula que ofrece para la otra hipótesis, que ilustra con el ejemplo del que asesta un bofetón a otro, que cae y fallece en el acto al fracturarse el cráneo por el golpe contra el suelo. Observa ETCHEBERRY que "en tal caso la solución anterior es inaplicable, por cuanto no habría una base objetiva para determinar qué delito de lesiones se cometió". Como no resultaron lesiones, sino "únicamente la muerte", habría que concluir que el homicidio es culposo, y las lesiones dolosas, frustradas. Pero ya que el delito frustrado debe ser referido a la respectiva hipótesis consumada, esto es, las previsibles ordinariamente en cada caso concreto. En suma, existía un concurso de delitos: lesiones frustradas (menos graves, etc., etc.), según lo ordinariamente previsible) y cuasidelito de homicidio.¹⁰⁰

Esta fórmula no nos parece convincente. La distinción arranca según se ha visto, del lapso que medie entre la acción y la muerte.

Si se prescinde, empero, de los cursos causales extraordinarios e imprevisibles (las llamadas concausas), situación en la cual el resultado definitivo queda fuera de los márgenes del tipo y por lo mismo no sería tomado en cuenta (falta de adecuación entre la acción y el resultado), en las demás situaciones no se ve el por qué escindir el resultado *lesiones* y el resultado *muerte* por una solución de continuidad *temporal*.

Según la tesis de ETCHEBERRY puede haber lesiones *menos graves* perfectas, aunque el paciente falleció de resultas de las mismas, solamente porque medió un lapso entre la acción y la muerte. En cambio, si a las lesiones sucede *en el acto* la muerte, las lesiones no estarían perfectas y sí solamente frustradas.¹⁰¹ Lo cierto es que en un sentido naturalístico no hay diferencia alguna entre una y otra situación. La distancia temporal nada añade a la dilucidación del asunto: si las lesiones se frustran por la verificación de la muerte, tanto están frustradas en uno como en otro caso. Por otra parte, si nos estamos al hecho de la muerte, las lesiones nunca fueron *menos graves*.

La verdad es que las lesiones no se frustran ni en uno ni en otro caso, medie o no una distancia temporal. Lo que acontece es que se agrega un *plus* que exagera, pero no borra, el pleno logro de la acción dolosa.

En síntesis, salvo las lesiones infamantes, que pueden quedar absorbidas en el homicidio culposo, la regla general será, para toda hipótesis de homicidio preintencional, un concurso ideal de lesiones dolosas consumadas y cuasidelito de homicidio. La índole de las lesiones y su gravedad se determinará en cada caso, según sus propias características concretas, en relación con sus efectos ordinarios.

⁹⁹ ETCHEBERRY, op. cit., p. 47.

¹⁰⁰ ETCHEBERRY, op. cit., loc. cit.

¹⁰¹ Es el caso del que asesta un bofetón a otro, que cae y se fractura el cráneo al golpear contra el suelo, falleciendo en el acto". (ETCHEBERRY, op. cit.) En contra de esta interpretación, POUTOFF, *Aportes de clases*, cit., p. 20.

¹⁰² Esto es, que son *infamantes en sentido médico*, ya que la distinción entre lesiones leves y menos graves, según la regla del art. 494, N° 9°, no es aplicable para este criterio.

IV. OTROS PROBLEMAS

14. REMISIÓN

La literatura sobre el homicidio suele incluir algunos temas concernientes a la abundancia en este delito y otros tópicos especiales de significación criminológica o de política criminal. Así, el homicidio resultante del tratamiento médico-quirúrgico, el homicidio deportivo, el consentimiento de la víctima, etc.

Por razones metodológicas, hemos preferido tratar de estas materias en el párrafo relativo a las lesiones corporales, donde esta clase de asuntos tiene una significación práctica mayor.

§ 2º PARRICIDIO

I. ELEMENTOS OBJETIVOS

15. DEFINICIÓN Y NATURALEZA

El párrafo 1º, *Del homicidio*, con que se inicia el Título VIII del Código Penal, empieza con la descripción del parricidio en el art. 390: "El que, conociendo las relaciones que los ligan, mate a su padre, madre o hijo, sean legítimos o ilegítimos, a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes legítimos o a su cónyuge, será castigado, como parricida, con la pena de presidio mayor en su grado máximo a muerte".

Para muchos autores el parricidio es el primer delito que registra la etnología e incluso sostienen que es el *crimen antiguo* por antonomasia.¹

¹ Hasta la reforma (art. 1º de la Ley 17/266), el parricidio era uno de los casos en que la pena de muerte estaba prevista como pena única. En el esfuerzo por zafarse de semejante abominación es que nuestra jurisprudencia realizó, a propósito de este delito, una innegable labor creativa, particularmente en temas tales como la participación y la eventual divisibilidad del título o la fuerza (moral) irresistible como causal de exculpación en casos de motivación anormal. Esto no solamente para evitar la pena de muerte, sino también la regla del art. 65, que llevaba, aun en presencia de múltiples atenuantes, a una pena no inferior a la de presidio perpetuo.

² Para una muy completa información sobre el parricidio en la historia, véase QUINTANO, *Tratado P.E.*, I, pp. 107 ss. Dice este autor:

"Es el parricidio, dentro del título de los delitos contra las personas, el que ya por su mero nombre conmueve más profundamente las fibras de la humana conciencia, y quizás por ello se le tiene, en común opinión de los etnólogos (SUMNER MAINE, THOMSEN, MANZINI), como el crimen más antiguo y aun como el *crimen antiguo* por antonomasia. En cierto modo, lo que es también en una sistemática lógica, pudiendo servir de punto de partida al Derecho Penal, por cuanto la muerte del *pater* deshace el primer núcleo social de la familia, rudimento de sociedad, pleónico de sentido político y aun sacral. De ahí el sumo interés que ofrecen los estudios históricos en torno al parricidio, incluso en los períodos más arcaicos, mostrando bien marcados ciclos de evolución, en los que se registra la paralela transformación de las instituciones familiares y paterno-filiales, no siempre rigurosamente cronológicas, sino respondiendo a imperativos e imponderables de todo orden, sumamente complejos a veces".

Lo cierto es que el parricidio, sea en su sentido más restringido y etimológico de la muerte del padre por el hijo (ley de las XII Tablas), sea en los más extendidos, que generalmente han recogido las legislaciones modernas, como, por ejemplo, los que señalaron las leyes *Cornelia de Sicariis et veneficiis* y la ley *Pompeya de Parricidiis*, mereció siempre la pena de muerte acompañada de los más atroces suplicios (así, es muy citada la forma en que se ejecutaba la pena de muerte impuesta al parricida según la ley 12, del t. 8 de la Partida Séptima: "que lo metan en un saco de cuero, y que encierren con él un can, e un galo, e una culebra, e un ximio; e después que fuera en el saco con estas cuatro bestias, cosan

Si bien se mira, el parricidio es un homicidio en el que hay un especial vínculo entre el autor y la víctima. La relación entre ambos puede consistir en que uno u otro sean: a) padre, madre o hijo legítimo o ilegítimo; b) ascendientes o descendientes legítimos, y c) cónyuge.

La relación conyugal en el extremadamente severo régimen del parricidio ha sido impugnada entre nosotros.³ Se ha sostenido, sin embargo, en apoyo de la inclusión del cónyuge entre los eventuales pacientes del delito, que el legislador presume entre marido y mujer "una honda relación afectiva", lo que agravaría el hecho.⁴

La figura resultaría calificada por una culpabilidad más intensa. Esto mismo podría decirse respecto de todos los demás vínculos previstos en el tipo legal. Se presumiría esta "honda relación afectiva" respecto de todas las personas abarcadas por la descripción y de ahí el mayor reproche de culpabilidad cuando se da muerte a una persona vinculada con el hecho por ese nexo de parentesco o matrimonio.

Esta argumentación es inadmisibles, porque el mayor reproche no puede descansar en ficciones, por bien intencionadas que sean. Una unión matrimonial puede ser menos significativa en el plano afectivo que numerosas uniones de hecho que se prolongan a través de toda una vida, del mismo modo como entre un nieto y el abuelo a quien ni siquiera conozca, la relación afectiva puede faltar del todo.

Si el fundamento de la mayor penalidad se le quisiera referir a una característica propia del injusto, esto es, a la conveniencia social de dispensar a la familia y a la institución matrimonial una más enérgica tutela, el parricidio pasaría a ser, no un homicidio más reprochable, sino un delito *parvolesivo*. Pero "no parece que el segundo mal, que se añade al atentado contra la vida, autorice una tan elevada penalidad. Todo a lo más, podría sostenerse de *lege ferenda* una eventual agravación común del tipo de homicidio".⁵

16. LA CONDUCTA. ¿PARRICIDIO POR OMISIÓN?

No presenta la acción, en este tipo, ninguna diferencia con el homicidio. Sin embargo, se suscita el problema de si puede cometerse parricidio por omisión. Al ocuparnos del homicidio por omisión, dijimos que para atribuir el resultado mortal al sujeto que tenía la posibilidad real de impedirlo, era necesario que el hecho estuviera en una determinada posición de garante con respecto al bien jurídico tutelado. Una de las fuentes de tal posición de garante es, precisamente, la

³ Cf. POUTROFF, nota a sentencia en RCP, XXIV, N° 3 (1963), p. 236.
⁴ Cf. MENANTZAU, *Los sujetos de los delitos contra la vida* (1962), p. 29.
⁵ Cf. POUTROFF, nota cit., loc. cit.

la relación de parentesco. Pero, "si el parentesco es la fuente de la posición garante y, por ende, la fuente de la atribución del resultado, no puede operar a la vez como fuente de agravación, puesto que ello quebrantaría el principio *non bis in idem*".⁶ En suma, parricidio por omisión no existe; sólo existe *homicidio por omisión*.

17. EL SUJETO ACTIVO. LA RELACIÓN DE PARENTESCO O DE MATRIMONIO

El art. 390 ha previsto entre el autor y la víctima, sea una relación de parentesco, sea una relación de matrimonio.

A. Los vínculos de parentesco

El art. 390 no distingue entre parentesco por consanguinidad y por afinidad. Con todo, como bien observa la doctrina, hay que concluir que esta norma se ha circunscrito al parentesco por consanguinidad. En apoyo de este criterio se observa que la Comisión Redactora dejó expresa constancia de que el parricidio no era un atentado contra los derechos y obligaciones jurídicas entre padres e hijos, sino contra los vínculos derivados del hecho de la paternidad. Además, se añade que cuando la ley ha querido comprender al parentesco por afinidad lo ha señalado expresamente, como en los casos de los arts. 13, 17, 250 y 364.

La CA de Concepción decidió en un caso en que el reo dio muerte a su madrastra que a éste debe considerarse autor de homicidio y no de parricidio, pues su parentesco con la víctima era de afinidad (GT, 1881, 1026-634).

En el caso de los padres e hijos, el parentesco puede ser tanto *legítimo* como *illegítimo*, comprendiéndose en este último la filiación simplemente ilegítima y la

⁶ Cf. BUSTOS, POUTROFF, FIATSI, *Omisión*, cit. p. 179, nota 25. De acuerdo con esta tesis, CURY, *Omisión para el estudio de la teoría del delito* (1960), p. 305. "Evidentemente, BUSTOS, POUTROFF y FIATSI han demostrado que la concepción de un parricidio por omisión es, en el mejor de los casos, extremadamente discutible". En contra, GISSOLLA: aquí no se trata de un problema de agravación sino de la naturaleza del delito, luego, si el vínculo de parentesco es apoyo para fundamentar la posición de garante, éste tiene fuerza suficiente no sólo para vincular el deber jurídico de actuar, sino para calificar el hecho de acuerdo con el delito de que se trata según la relación de parentesco existente y conocida, sin que sea cuestión el principio del *non bis in idem*, que nada tiene que hacer en este caso; el parentesco (cuando es vinculante) es inescindible en su necesario doble efecto: crea el deber de garantía y llena el extremo objetivo del tipo de parricidio. Se ofrece como paradigma de delito de comisión por omisión el de la madre que deja morir de hambre al niño y se entalla que no hay diferencia alguna con el caso de afirmación si en el primer caso solamente se trata de un homicidio.

⁷ La hipótesis de pluralidad de fuentes de la posición de garante, en cuanto todas conduzcan a un mismo deber de actuar, no cambia esa solución. Basta que se dé una de las disyuntivamente previstas conductas disyuntivas). En otros términos, si a la fuente del deber que arranca del parentesco con añadida, en un caso supuesto, también otra fuente (por ejemplo, un contrato), habría *homicidio* con agravante de parentesco. La tendencia recomendada de *lege ferenda* por KAHNHAHN en el sentido de posular una expresa posibilidad de disminución de pena para el homicidio por omisión refuerza la tesis del texto. El ejemplo que propone este autor es penoso: "Si el guía de montaña contratado deja planado en peligro de muerte a su cliente o si lo mata a golpes, no es igual la medida del contenido de injusto y culpabilidad" (op. cit., p. 301).

natural. Por el contrario, en el caso de otros ascendientes o descendientes, el parentesco debe ser *legítimo* y el concepto de parentesco legítimo, así como su prueba, se rigen por la ley civil.

No se puede, en efecto, desconocer el sentido inequívoco que en esta parte adquiere el art. 173 C.O.T. y son comprensibles las razones que harían inconveniente la posibilidad de impugnar la filiación legítima por vías no consentidas por la ley civil, aunque sólo fuera porque las relaciones de familia tienen una resonancia social más allá del caso individual (hijo legítimo para efectos sucesorios e ilegítimo para efectos penales, etc.). Otra cosa es que se condene por parricidio si de parte del agente hubo *error sobre la filiación*, ya que si los antecedentes demuestran (y la hipótesis tuvo que afrontar nuestra jurisprudencia más de una vez) que el hijo no creía dar muerte a su padre y sólo creía dar muerte a un hombre, su dolo, homicida y no parricida, debiera conducir a la incriminación por el primer título (error de tipo). Diverso es el caso si el agente creía dar muerte a un ascendiente simplemente ilegítimo y la víctima era el abuelo legítimo: el error de subsumción sólo podría invocarse, según nos parece, si los antecedentes del caso demostraran que el vínculo de alguna manera influyó en la motivación, para una eventual disminución de la intensidad del reproche de culpabilidad. Un error sobre un extremo puramente técnico del tipo legal, en orden a la calificación, no afecta al contenido del dolo (que es siempre matar al abuelo) y no debiera afectar tampoco al título de la incriminación.

Si bien por la vía del dolo específico, resuelve acertadamente este complicado problema un fallo de la CA de Santiago que calificó como homicidio simple un caso en que el reo dio muerte a su padre legítimo, convencido de que era un simple hijo adoptivo (1959, en RDJ, LVI-91).

Distinto es el problema respecto del parentesco *ilegítimo* entre padres e hijos. La duda concierne a saber si el citado art. 173 C.O.T. hace aplicable en la materia los arts. 305 y 280 del C.C. Sin embargo, cabe observar que el art. 280 del C.C., que persigue la finalidad específica de regular el derecho de alimentos, está construido sobre la base de presunciones, y en Derecho Penal como principio, no se pueden fundar los elementos de los tipos penales sobre bases ficticias, a lo que habría que agregar que en delitos de tanta gravedad el criterio restrictivo en su interpretación debe cobrar el máximo rigor. Por otra parte, ya se ha dicho que en la discusión de la Comisión Redactora el criterio que imperó fue el de que el parricidio "no es un atentado contra las relaciones de los padres e hijos, sino contra los vínculos que la naturaleza ha criado entre ellos por el hecho de la paternidad; de modo que debe castigarse este delito en todo caso que aparezca comprobado el parentesco, aun por otros medios que los que la ley civil establece".⁸

Una sentencia discutida (vid. nota 8), sobre la base del art. 173 C.O.T., concluye que "no puede aceptarse que para probar la calidad de hijo ilegítimo sea suficiente cualquier prueba que se produzca con mérito suficiente para ello,

⁸ Actas sesión 78. Se refiere extensamente al punto EDUARDO NOVOA, en nota crítica a fallo en sentido adverso (vid. infra). A los argumentos de carácter histórico añade NOVOA otros sobre el fundamento (puramente alimentario) del art. 280 C.C., ya que "la ley civil no ha determinado (...) medios para acreditar en general la paternidad ilegítima" y sobre las paradojas a que conduciría un criterio diverso. Cfr. RCP, IX (1946), p. 357.

aunque no se trate de los medios señalados por la ley civil". El voto de minoría, en cambio, arguye: "En el Código Civil no hay ningún precepto que diga relación con la prueba de la calidad de hijo ilegítimo, porque el artículo 280 de dicho Código mira únicamente al derecho del hijo ilegítimo para pedir alimentos" (CS, 1946, en RCP, IX, p. 352).

Aunque aparentemente la doctrina de mayoría pareciera restrictiva, esto es, limitativa a los solos medios de prueba que consienta el C.C., la verdad es que la prueba del hecho a la luz del rigor del proceso penal, aunque abierta en las fuentes de cognición, está controlada por las leyes reguladoras y por la propia convicción del juez, mientras los numerandos 2, 3, 4 y 5 del art. 280 citados darían entrada a indicios concebidos en forma abstracta, lo que puede ser en el caso concreto (y lo es como principio) incompatible con las garantías del procesado en el juicio penal, que deben ser inevitablemente más enérgicas, por el mayor riesgo que entraña a su respecto el error judicial.

* La Corte de Apelaciones de Santiago resolvió en su oportunidad que "Hay dolo eventual si el reo disparó hacia el interior de la pieza a través del hueco dejado al quebrar previamente el vidrio... Aunque no haya de una manera directa y segura (querido) la muerte de ella, decidió actuar... Su disposición anímica fue la de asentar a ese resultado posible... En consecuencia, el hecho no debe ser calificado de cuasidolito, sino como delito de parricidio cometido con dolo eventual..." (RCP XXXII Sda. Parte año 1973, pág. 321).

* La Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo de un caso por parricidio, modifica la sentencia de primera instancia, reconociendo efectos absolutivos al error en la persona en esta figura, y declara que tal error trae como consecuencia la inexistencia de la intención parricida, por lo que el delito quedará calificado como homicidio y no parricidio... (Gaceta Jurídica N° 11, año 1977, pág. 9).

B. El vínculo matrimonial

Se concluye de lo dicho que predomina en lo que concierne a la relación de parentesco la idea de los lazos naturales.⁹ En lo que respecta al matrimonio, y puesto que éste es una relación que no es natural sino jurídica, se han suscitado muchos problemas, aun en la jurisprudencia, sobre una eventual impugnación del matrimonio entre el parricida y su víctima.

Véase sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que aborda en profundidad el arduo asunto, pronunciada por los ministros EDUARDO GONZÁLEZ GINOVIES y RUBÉN GALEGO GÓMEZ y por el abogado integrante ARMANDO ALVAREZ GONZÁLEZ, con redacción del ministro GALEGO (en RCP, XXIV, pp. 231 ss.).

La impugnación puede ser hecha, sea respecto a la existencia, sea respecto a la validez del matrimonio. Como se ha hecho notar,¹⁰ la impugnación de la existencia del matrimonio tendría lugar cuando se da una simple apariencia de matrimonio, como cuando falta la diferencia de sexos o el consentimiento específico de celebrar el matrimonio (*affectio maritalis*). En este caso basta una mera

⁹ La Comisión Redactora (sesión 78) hizo constar expresamente que no quedaba comprendido en el art. 377 (actual art. 390) la institución de la adopción, que sí se contenía en el C.P. español. Aunque al promulgarse el C.P. no existía en nuestro Derecho la calidad de padre o de hijo adoptivo, el asunto no fue alterado por las leyes 5343 y 7613, que sólo reglaron materias de carácter civil. Sobre el punto, cfr. FRANKLIN QUEZADA, *Consideraciones acerca del parricidio en nuestro Código Penal*, en RCP, IX, pp. 129 ss.

¹⁰ Cfr. POLIVOFF, nota a sentencia cit., pp. 236 ss.

declaración de certeza, no ya una declaración "propia de fondo",¹¹ de tal suerte que en una situación semejante, que difícilmente se presentará en la práctica, el juez del crimen no hallaría obstáculo para condenar por homicidio y no por parricidio, si uno de los supuestos cónyuges diere muerte al otro.

Mucho más complicado se hace el asunto si el matrimonio adolece de vicios en su constitución que puedan acarrear su *nulidad* y se trata de incriminar por parricidio. Claro es que la cuestión no se plantea si el matrimonio había sido declarado nulo *antes* de la perpetración del delito, ya que en tal evento el vínculo que es objeto de la tutela especial se hallaría extinguido.¹² El debate debe centrarse, entonces, en aquellas situaciones en que el matrimonio no había sido precedentemente anulado a la época de cometerse el hecho punible, aunque sí exista el vicio en que podría fundarse su invalidación.¹³

Una respuesta demasiado drástica, como la que se provoca por algunos tratadistas, también entre nosotros,¹⁴ es apenas satisfactoria en un plano puramente formalista.

Es efectivo que el matrimonio del bigamo, como cualquier otro vínculo anulable pero no anulado, es *útil* tanto para el Derecho Civil cuanto para el Derecho Penal. Pero la indagación no se agota con él: la doble tutela que representa el parricidio, en lo que concierne a la institución matrimonial, abarca a *todo* matrimonio válido? Porque si la respuesta es negativa, sería preciso reconocer algunos casos en que la interpretación teleológica de la ley penal excluya del ámbito de este segundo objeto jurídico determinados matrimonios que, aunque válidos, no comprometen el interés público, que es el fin de la tutela.¹⁵ *La ley penal, en efecto no reproduce a través de sus incriminaciones los hechos de la vida civil sino en la medida en que el acto contenga un daño social de gran entidad, un especial desvalor social.*¹⁶

¹¹ Cf. FERNANDO FUERO, *Derecho Civil*, 1959, VI, p. 94.

¹² La circunstancia de que el matrimonio disuelto por nulidad sea putativo o no, carece de importancia para los efectos penales (Cf. POLINOFF, nota a sentencia cit., p. 238, y FICHBERGER, op. cit., III, p. 70). A la luz del Derecho argentino, sostiene HERNÁNDEZ BLANCO que el art. 87 de la Ley de Matrimonio Civil de ese país, relativo al matrimonio nulo contraído de buena fe, debe ser considerado también para los efectos penales (*El delito de parricidio* (1954), p. 45). Véase también SOLER, DPA, III, p. 25, y NÚÑEZ, DPA, III, p. 32.

¹³ POLINOFF, nota cit., p. 237.

¹⁴ Cf. FICHBERGER, D.P. III, p. 69; en el mismo sentido, SANTIAGO HUERTA ALVARO, *El delito de parricidio* (1969), p. 53; también LABATTIN, D.P. P.E., p. 294.

¹⁵ POLINOFF, nota citada, en RCP, pp. 240-241.

¹⁶ El fallo sobre el particular, citado en el texto (vid. supra Nº 17, B), expresa: "que uno de los objetos jurídicos del delito de parricidio (uxoricidio), aquello que daña y que es causa de la tutela penal, es la relación o vínculo de matrimonio; pero el Derecho Penal no protege esa relación cuando se contrate existiendo con anterioridad otro vínculo no disuelto, por el contrario, tal conducta es castigada como delito (art. 382). No hay, pues, en ese evento un valor jurídico que acopa, sino un desvalor que proscribire de la tutela".

¹⁷ Esa argumentación -acusa el comentarista del fallo-, modelo de responsabilidad y de conte intelectual y moral, que honra la función de juez, es convincente y se nos impone como la única posible, ya que, en efecto, si alguna justificación tiene la existencia de un tipo autónomo de parricidio, ella no puede ser otra que el interés social en amparar el matrimonio, pero no el solo vínculo formal, sino la unión monogámica, que es la sola que reconoce nuestro ordenamiento. La contradicción lógica del sistema consigo mismo que apareciera de manifiesto si el polígamo que mata a sus sucesivas mujeres fuera condenado por parricidios plurales, hipótesis que no por lo rebalsada y sinestras es menos elocente, conduce a concurir con los sentenciadores en que el solo encuadramiento posible para el caso era el de homicidio.

Las fórmulas que se limitan a la cuestión de si se ha pronunciado o no sentencia de nulidad de matrimonio no son suficientes, además porque la anulabilidad del matrimonio promueve una multitud de dificultades, para alguna de las cuales se han propuesto soluciones de *lege ferenda*. Desde luego, una primera dificultad la promueve el plazo de prescripción, que en la causal de vínculo matrimonial no disuelto es de un año contado desde el fallecimiento del cónyuge, plazo que bien puede haber vencido al iniciarse el juicio. Por otra parte, se presentan los problemas relativos al procedimiento. La cuestión prejudicial sobre validez del matrimonio, que los arts. 173 del C.O.T. y 4º del C.P.P. entregan al juez civil, impediría llegar al plenario sin la previa dilucidación de la nulidad. Ello entraña la paralización del proceso penal, pues aunque es cierto que hay un delito subyacente (homicidio), lo que se trata es de decidir si se castiga o no por parricidio. No está claro, por lo demás, quién tendría que accionar en el juicio civil e instar por "su pronta terminación", al tenor del citado art. 4º C.P.P.¹⁷

Todavía subsiste el problema de la individualización de la contraparte (en el juicio de nulidad), que puede llegar a ser muy difícil.

Otra posible solución, sobre la base de que la verificación por el juez del crimen de que el matrimonio en cuya virtud se ha de calificar el hecho de parricidio constituye un matrimonio-delito (p. ej., bigamia), podría llevar a una nulidad absoluta de pleno derecho público de dicho matrimonio, no es convincente y ha sido rechazada por nuestra jurisprudencia.

La Corte Suprema, en fallo de casación de fondo, resolvió que "el hecho de que, en el caso de doble matrimonio, la justicia criminal condene al bigamo como autor de matrimonio ilegal, no puede producir automáticamente la nulidad del segundo matrimonio, siendo indispensable una sentencia que declare esa nulidad".

"Con todo, no compartimos la generalización ulterior que el mismo fallo hace de esa tesis en el considerando 7º, cuando aserena que igual criterio habrá de seguirse en toda relación matrimonial castigada por el Derecho Penal. Baste pensar en la figura del art. 383 del C.P. que sanciona al que contrajere matrimonio a sabiendas de que lo afecta un impedimento dirimente, situación en la que el castigo del cónyuge transgresor a la sola pena de homicidio no resiste el menor análisis.

"Podrán presentarse situaciones no poco inquietantes, como la de la rapada que ultimara al rapto, legítima. En tal caso, y en otros semejantes, la solución solo podría hallarse en el plano de la culpabilidad, ya que seguramente en ellos habrá seguida un error de subsunción sobre el alcance de la protección dispensada al cónyuge por la ley penal" (Polinoff, nota a sentencia cit., pp. 240 ss.).

En este mismo orden de ideas, es interesante la solución que en un plano estrictamente subjetivo y tal a SOLER (DPA, III, p. 25): "Una vez desaparecida la buena fe por el conocimiento del impedimento (C.C. art. 90), el esposo que en esas condiciones mata al otro, sabe que realmente no mata a su cónyuge, aunque pueda estar informado de que mientras no se declare su nulidad, el acto produce los efectos civiles del matrimonio válido. Por el defecto inicial de ese elemento subjetivo, no puede ser parricidio en ningún momento el cónyuge que de mala fe contrae un matrimonio de nulidad absoluta".

¹⁷ Proyecto de modificaciones al Código de Procedimiento Penal, Explicaciones de su autor, RUBÉN GARCÍA (1968), p. 7.

El problema, como se sabe, está vinculado a la supresión del Ministerio Público en primera instancia. Es sintomático que BARRUTOS incluyera la siguiente nota al pie del art. 18 del Proyecto (Ioy art. 4º del C.P.P.): "La ley española concede al interesado el plazo de dos meses para justificar que la acción civil ha sido deducida ante el juez correspondiente. Creemos más eficaz para el interés social la intervención del Ministerio Público en el juicio civil con el objeto de evitar que la probación indebidamente de ese haga ilusoria la acción penal. Si la acción civil no se deduce, el Ministerio Público establecerá gestiones para ello" (Proyecto de Código de Procedimiento Penal para la República de Chile, 1891, p. 22).

Voto de minoría: "todo delito entraña o inexistencia o nulidad absoluta de pleno derecho público del acto, la una o la otra según la naturaleza del mismo" (CS, 1947, en RDJ, XLV-1, 107).

Es verdad que el Derecho impone coactivamente determinados efectos a aquellas manifestaciones de voluntad que tengan valor *jurídico* y pareciera un contrasentido que tales efectos pueda producirlos un acto que el mismo ordenamiento prohíbe, pero es también verdad que por una razón de garantía, y sobre todo certeza, la propia ley dispone las fórmulas y los órganos conforme a los cuales se ha de declarar lo que es válido y lo que es nulo. Esto pertenece exclusivamente a la jurisdicción civil y es por ello que *afecta a terceros que no han intervenido en el juicio criminal*. De ahí que en el Proyecto de reforma aludido, aunque se da competencia en estas materias al juez civil, como un modo de simplificar la cuestión, los efectos de la decisión sólo se producen en el juicio criminal.

Si el matrimonio ha sido declarado disuelto por la muerte presunta de alguno de los cónyuges, debe condenarse por homicidio si, con posterioridad, éste aparece y su ex cónyuge le da muerte.

En cuanto a matrimonio celebrado en país extranjero, para determinar su existencia y validez se deberá estar, por cierto, a las disposiciones del Derecho Internacional Privado.

II. ASPECTOS SUBJETIVOS

18. ALCANCE DE LA FÓRMULA "CONOCIMIENTO DE LAS RELACIONES QUE LOS LIGAN"

A diferencia del Código español, y seguramente por influencia de PACHECO, se incorporó a la descripción de la figura de parricidio la frase "conociendo las relaciones que los ligan".¹⁹

Sobre el alcance de esta fórmula explícita se pueden señalar diversas posiciones.

a) *Corresponde a un dolo específico*. Una primera posición es la que, tanto en este caso como en otros en que la descripción reclama el conocimiento de determinadas circunstancias (conocimiento del parentesco en el incesto o de que la mujer es casada en el adulterio), sostiene que se trataría de un *dolo específico*.

¹⁹ A petición de REYES se expresó que para imponer la pena al parricida, debe éste conocer las relaciones que lo ligan con el occiso (sesión 78). Escribía PACHECO: "Se verifica realmente este crimen, cuando era desconocida la relación de paternidad, de filiación, de matrimonio, que unía a las personas; ¿es parricida el que mató a su padre, sin saber que era tal? Podrían aplicarse a los Edipos de nuestro tiempo las disposiciones del artículo que examinamos? Evidentemente, no. Cuando no hay un conocimiento de la cosa, no puede haber la responsabilidad de la acción que se comete. El que no supo sino que mataba a un hombre cualquiera, el que no tuvo sino esta intención, no ha cometido otro crimen que el de metro homicidio. Lo demás debe considerarse como una desgraciada circunstancia que puede rodear el horror, pero que no puede aumentar su culpa. Edipo podía ser un parricida para el ciego e inflexible destino de la poesía, pero; mas no lo puede ser para la razón ilustrada de la moral del cristianismo" (Código Penal concordado y comentado, 5ª edic. [1881], III, p. 13).

Como se sabe, ésta es una doctrina de origen italiano que tiende a ser superada. Bien dice JIMÉNEZ DE ASÚA que mientras los jueces no abandonen "la falsa noción del dolo específico, no sólo no habrá medio de que logren saber en qué consiste esta pretendida clase dolosa, sino que se levantaría contra ello el absurdo fantasma del dolo genérico".²⁰

Entre nosotros hay una jurisprudencia que ha estimado que la expresión "conociendo las relaciones que lo ligan", en el parricidio, significa la exigencia de un dolo específico: "No pudo existir el dolo específico de parricidio si ha quedado establecido que existió siempre la fundada duda de que el occiso no era padre del reo" (CA Sigo., 1959, en RDJ, LVI-91).

b) *Deroga la presunción del art. 1º C.P.* Una segunda posición que estaría representada entre nosotros por AMUNÁTEGUI,²¹ se pronuncia en el sentido de que cuando la ley se sirve de esta clase de expresiones de carácter cognoscitivo, se estaría derogando para estos efectos la presunción de dolo del art. 1º. Esta solución nos parece tan poco satisfactoria como la anterior. En efecto, en toda situación en la que obviamente existe el dolo no se requerirá una indagación especial sobre él (y en este sentido limitado y figurativo se puede hablar de "presunción" de dolo); pero en toda situación dudosa, nuestro sistema procesal (arts. 109, 456, etc.) impide formarse la convicción de la existencia de cualquier extremo del

¹⁹ Es así como BATTAGLIN expresaba: "Los así llamados elementos subjetivos de la ilicitud, de que se habla en la doctrina alemana, por ejemplo el fin de sacar provecho en el hurto, para nosotros pertenece a la culpabilidad", y agregaba: "Se dice genérico el dolo entendido como simple voluntad de producir el evento dañoso o peligroso; cuando, al contrario, viene también en causa un fin particular de parte del agente, se habla de dolo específico", y termina diciendo que "la especificidad del dolo suele servir para diferenciar un delito de otro" (Derecho Penal, 1949), p. 163. En el mismo sentido, cfr. SCIPIONE PACENZA, *Profili pratici ed attuali della dottrina sugli elementi soggettivi della fattispecie legale*, (1952), MARCELO FINA, *Il cosiddetto dolo specifico*, en *studi in Memoria di Arturo Rocco* (1952); MANZINI, *Tratado*, vol. I, Nº 253, etc. Pero también ha habido autores italianos que han manifestado abiertamente su disconformidad con este criterio. MUSOTTO, por ejemplo, ha sido en ello muy categórico: "El fin, el propósito, constituyen propiamente elementos subjetivos que caracterizan una determinada figura de delito y no ya elementos subjetivos que inciden sobre el concepto del dolo [...] son, por lo tanto, elementos subjetivos requeridos para la perfección jurídica del tipo y no son ajenos a la culpabilidad" (Derecho Penal, 1953, p. 148). En el mismo sentido, cfr. VANNINI, *Quid iuris* (1954).

Entre nosotros, POLTOROFF, *Los elementos subjetivos del tipo legal* (1965), ha expresado sobre esta tendencia de la doctrina italiana: "Es sorprendente, en verdad, que sean los juristas italianos los más seducidos por la idea del dolo específico, no obstante que el referido artículo 43 parece un obstáculo dogmático difícilmente superable para semejante concepción. En efecto, puesto que los escritores que afirman la existencia del dolo específico no pueden proponer una noción de dolo genérico que equivaiga a un simple *animus nocendi*, porque estaría en contraste con dicho artículo, que atribuye al dolo un carácter concretamente referido a las respectivas hipótesis de conducta, se ven obligados, como hace MANZINI, a definir tal dolo genérico precisamente sobre la base de ese artículo y, por consiguiente, el plus del así llamado dolo específico, ¿dónde encontraría su fuente dogmática en cuanto ingrediente del dolo?" (p. 72).

²⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, V, p. 543.

En Chile, la idea del dolo específico es manjada con alguna frecuencia a propósito del parricidio (así, por ejemplo, SANTIAGO HUERTA, op. cit., p. 59), aunque a veces no se emplee esa nomenclatura: para FRANKLIN QUEZADA (trabajo cit., p. 130) se trata de "un elemento subjetivo especial, fuera del ordinario requerido por la ley para que nazca la responsabilidad delictual".

²¹ FELIPE AMUNÁTEGUI, "Malticisamente" y "a sabiendas" en el Código Penal Chileno (1961), pp. 63 ss; en el mismo sentido, ECHENBERRY, op. cit., III, pp. 70 ss.

delito, incluido el dolo. Para este efecto, es exactamente lo mismo que se use o no por la ley una fórmula como la que nos ocupa.²²

c) *Es un elemento subjetivo del tipo.* Todavía una corriente de autores ha creído ver en estas menciones ("a sabiendas", "con conocimiento", "sabiendo que lo son", etc.) un elemento subjetivo del tipo.²³ Esta opinión, como regla general, tampoco puede ser admitida (a lo menos no en el caso del parricidio) si se conviene en que los elementos subjetivos del tipo (del injusto) son componentes especiales que contribuyen a fundar el carácter injusto de la conducta y que, desde luego, no puede asimilarse al dolo, ya que no tienen una correspondencia con algo objetivamente exigido. En casos como el que nos ocupa, el conocimiento del parentesco, exigido en forma explícita, corresponde exactamente al elemento intelectual del dolo, recae sobre uno de los extremos objetivos de la figura (el parentesco) y no consiste en un ánimo o disposición especial del hecho, como sería el caso del ánimo de lucro, el ánimo lascivo u otros elementos subjetivos del tipo.²⁴

d) *La fórmula en examen mira al alcance y contenido del dolo (directo, exclusión de la culpa y del dolo eventual).* La interpretación más convincente nos parece aquella que estima que la mención explícita del art. 390 ("conocimiento de las relaciones que los ligan") se traduce, por de pronto, en la exclusión del tipo culposo de parricidio.²⁵

El sujeto que no sabía, pero que debía saber, que la víctima era su padre, comete homicidio culposo. Si el sujeto activo sabe que la víctima es su padre, pero actúa imprudentemente (así, en el ejemplo de la jurisprudencia española, la madre que se asoma a la ventana con su hijo a ver pasar a los militares y se le cae el niño de los brazos), la solución no cambia, será siempre culposo, ello porque el énfasis puesto en este elemento cognoscitivo revela claramente el propósito del legislador de establecer un tratamiento especial para el que quiere realizar la muerte del unido a él por parentesco o matrimonio. Por otra parte, en toda conducta culposa, por su propia índole, no hay un *destinamiento* determinado. La nula persecución por el agente no es nunca la realización del tipo y en este sentido la individualidad de la víctima es indiferente. Otra cosa es que ella influya para apreciar el grado de culpa, que es mayor si el deber de evitar el riesgo concierne al paciente o a determinadas personas calificadas.

El punto aparece muy controvertido en nuestra jurisprudencia. Así, la Corte Suprema admitió la existencia del cuasidelito de parricidio en fallo de 31 de agosto de 1953 (RDJ, I-139); en el mismo sentido CA de Santiago, en RDJ, 1953, I-160;

²² Cf. POUTOUX, op. cit., pp. 77 ss.

²³ Cf. Luis OIRAZ, *Algunas consideraciones sobre la acción finalista* en RCP, XXIV (1965), p. 114, especialmente a propósito de los arts. 168, 176, 183, 212 (con énfasis en la fórmula "a sabiendas"). En el mismo sentido, Novoa DPCH, I, p. 319.

²⁴ POUTOUX, op. cit., pp. 95 ss.

²⁵ En España, que, como se ha visto, el tipo no incluye la exigencia explícita del conocimiento de las relaciones, el problema interpretativo es más arduo. Sin embargo, concluyen correctamente Dña ROSAL, COBO, MOURUTTO que "no tiene sentido hablar de parricidio cuando el agente no conoce la relación de parentesco que le liga con la víctima, ni tampoco cuando, aun siendo consciente de esa relación, no causa intencionalmente la muerte. Desde este punto de vista, resulta absolutamente absurdo hablar de un parricidio culposo" (op. cit., p. 173). Entre nosotros se estima predominantemente, que no es admisible el delito de parricidio culposo. Cf. ENCARNACIÓN, D.P., III, pp. 71 ss.; LABATUR, D.P., p. 295; JUAN BUSTOS, *Concurso ideal de delitos* (1962), p. 91, N.º 2.

CA de Valparaíso, 1949, en RCP, XI, pp. 169 ss. En contra, en cambio, CS, 1953, en RDJ, I-125, y CA de Santiago, 1953, en RDJ, I-137.

* La Corte Suprema, sin embargo, en un caso en que la madre maltrató a su hija de un año y seis meses de edad, estima que no se trata de un delito de lesiones seguras de un homicidio culposo, sino que, establecido el propósito de dañar a la víctima, "su muerte consecuente corresponde a un parricidio..." (RDJ LXXXIII, N.º 3, Secc. Civ., año 1986, pág. 193).

Cierto es que, para los efectos prácticos, la restricción del parricidio a las solas hipótesis dolosas (el parricidio culposo es homicidio culposo) no es significativa, ya que la ley determina la pena de los cuasidelitos según que la conducta homónima dolosa sea crimen o simple delito (y es crimen tanto el parricidio como el homicidio). De donde habría que concluir que la mención subjetiva en comentario no interesa sino para fines teóricos, que no son desdenables ya que miran, como acontece en este caso, a la *racionalidad* del sistema, para el que la idea de un parricidio culposo resulta intolerable.

Sin embargo, es posible todavía profundizar la indagación para preguntarse si, del mismo modo como debe excluirse el parricidio culposo, hubiera que descartar el parricidio con *dolo eventual*.²⁶

Es oportuno recordar²⁷ lo expuesto con acierto por LEKSCHAS y MURBE, a propósito del dolo eventual, en cuanto a que "entre los fines deseados por el autor y las consecuencias producidas no existe claramente, una conexión de necesidad absoluta comprenda el resultado, pero no está dirigido a él, no apunta a su realización. Se satisface con ello un tipo legal de la gravedad del parricidio, para el que estaba prevista hasta hace poco la muerte como pena única y que en la actualidad es el límite superior de su marco penal".²⁸ Es bastante contar con la muerte posible del sujeto unido por lazo familiar o debe quererse precisamente ese fin?

Debe haber una conexión de *necesidad* entre aquello que se aspira y aquello que se realiza o basta la aceptación de una *posibilidad*?

Esta pregunta conduce a QUINTANO RIPOLLÉS, pese a que la ley española ni siquiera incluye un énfasis explícito sobre el dolo, a la conclusión de que en el parricidio existe "imposibilidad de operar el dolo eventual".²⁹

²⁶ Es frecuente, entre los autores modernos, que se tienda a preconizar la exclusión del dolo eventual en los casos en que se usan por el legislador exigencias explícitas de carácter cognoscitivo, como la que nos ocupa. Algunos, es cierto, lo proponen de *lege ferenda* o a la luz de los tipos legales de más reciente creación, que se han inspirado en criterios científicos definidos en esta materia.

El propio WIEZNER (Distr. B.T., p. 65), partiendo de esa tesis, admite que el asunto es dudoso y que en las disposiciones antiguas generalmente se comprende tanto el dolo eventual como el directo. contienen tales expresiones, considera excluido el dolo eventual (Distr. B.T., p. 226).

La idea, subyacente en esas tendencias es similar a las que argumentan para excluir el supuesto intención puesta por la ley revela que se quiso poner énfasis en la dirección intencional del atentado contra el familiar, con lo que aquella es incompatible, algo muy similar puede aseverarse en relación con el dolo eventual.

²⁷ En el sentido apuntado en la nota precedente.

²⁸ En *Streiflicht über DDR, Lehrkommentar*, p. 74, en el mismo sentido, cf. LEKSCHAS, LOOSE, KENNEBERG, *Vermögenswert und Schuld*.

²⁹ QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado P.E.*, I, pp. 157 ss. En cambio, Dña ROSAL, COBO, MOURUTTO estiman posible el parricidio con dolo eventual. Por ejemplo: cuando el agente dispara contra una muchedumbre

La inclusión de un tipo de parricidio y, más aún, con pena desmesurada es ya cuestionable desde un punto de vista de política criminal. Una razonable restricción en el plano de la subjetividad, al solo caso del dolo directo, va más allá de un escrúpulo técnico-formal. Mira a la tradición del precepto y a nuestra realidad criminológica en que la muerte del padre es con frecuencia el resultado no buscado de un arrebatado o de una lucha desordenada.

En suma, sin desconocer que el punto dista de haber alcanzado una admisión pacífica, nos parece que la mención explícita del conocimiento en el tipo legal de parricidio, al solo interés teórico de la exclusión de la hipótesis culposa, añade el teórico y práctico de la restricción de su ámbito al cometido con dolo directo. Parricidio con dolo eventual es homicidio agravado por el parentesco (art. 13 C.P.).

III. COMUNICABILIDAD Y PARRICIDIO

19. EL CONCURSO DE PERSONAS EN EL PARRICIDIO. PLANTEAMIENTO. EL AUTOR MATERIAL ES UN INTRANEUS

Es posible que se den en el parricidio concursos eventuales de personas; estos concursos presentan la particularidad, derivada de la estructura misma de la figura, de que pueden concurrir en ellos parientes (*intraneus*) y extraños (*extraneus*). El intraneus puede concurrir, ya como autor material, ya como partícipe (en sentido amplio, incluyendo a los coejecutores); a su vez, el extraneus puede encontrarse en idénticas situaciones. El problema reside en determinar a qué título responde el extraneus que actúa como partícipe (en sentido amplio) siendo autor material un intraneus, e inversamente, a qué título responde el partícipe intraneus siendo autor material un extraneus.

Para los fines del análisis distinguiremos dos hipótesis: a) el autor material es un intraneus y concurre un extraneus como partícipe; b) el autor material es un extraneus y concurre un intraneus como partícipe.

Cuando el autor material es un intraneus como se señaló, el problema reside en determinar el título para castigar al extraneus. Con diversas variantes y matices que luego se detallan, los criterios son fundamentalmente dos: la comunicabilidad o la incommunicabilidad del vínculo.

A. La comunicabilidad del vínculo

El extraneus responde por parricidio si el autor material lo es de parricidio. Es la tesis que sostienen la doctrina predominante y la jurisprudencia francesa³⁰ y un

con la intención de matar a cualquiera persona, pero se representa como probable la presencia de un pariente y, por consiguiente, también su muerte y, pese a ello, dispara" (DPE, P.E., p. 176).

En Chile admiten la hipótesis de parricidio con dolo eventual, entre otros, ETCHEBERRY, D.P. III, p. 71; LABATUT, D.P. P.E., II, p. 295.

³⁰ Así, GARBAUD, *Traité* cit., Nº 244 (pp. 251 ss.); D. de VABRES, *Traité de Droit Criminel et de Législation Pénale Comparée* (1947), Nº 449 (p. 260) y la jurisprudencia que se indica por esos autores en locs. cit.

sector de la doctrina nacional: en términos absolutos, DANIEL SCHWEITZER,³¹ en forma más restringida, como se verá, ENRIQUE SCHEPELIER.³²

Aunque los argumentos aducidos en favor de este criterio no son siempre uniformemente empleados por los partidarios de la comunicabilidad, es preferible, por una razón metódica, presentarlos en conjunto.

Los argumentos teóricos coinciden en esta materia con los datos históricos, incluidas las más antiguas fuentes legislativas, tradicionales y doctrinales.³³

a) *Indivisibilidad del título.* El delito —se dice— es uno solo y no puede ser parcelado con denominaciones distintas para unos y otros de los que en él intervienen.

No hay contradicción, sin embargo, en que algunos juristas que se declaran partidarios del principio de la indivisibilidad del título (o unidad del delito), preconicen, en el parricidio, un tratamiento penal distinto para el pariente y el extraño, como acontece entre nosotros con las opiniones de FONTELLA,³⁴ VARAS³⁵ y LABATUT.³⁶ Ello, porque estos autores niegan la *sustantividad* propia del parricidio, que es estimado un simple homicidio agravado y la agravación sólo la recibiría el *intraneus*. Distinta sería, en cambio, la situación, por ejemplo, en la malversación de caudales públicos (que no es una apropiación indebida agravada), en la cual autores y cómplices lo son de malversación, aunque sólo el autor sea funcionario público.

La idea de unidad del delito no es sólo un argumento de nombre del delito o, como dice CARRARA con mucha gracia, de "nombre escrito sobre la cubierta de un proceso",³⁷ sino que se relaciona con el principio de la accesoriidad de la participación. De ahí que SCHEPELIER,³⁸ basado fundamentalmente en los arts. 51 y siguientes del C.P., que regulan la pena de los cómplices y encubridores según las señaladas por la ley para el crimen o simple delito, esto es, para los autores de éste, concluye que "no es posible dudar de la accesoriidad de la complicidad y del encubrimiento, y de ello se sigue que la calificación dada al crimen o simple delito por el autor les afecta, aunque la calificación dependa de circunstancias o condiciones inherentes a la persona del autor". Añade que sancionar al cómplice de un parricidio como si lo fuera de un homicidio, además de contrariar la realidad física (no ha existido homicidio, sino parricidio), vulnera las reglas de la ley positiva sobre la rebaja de la pena de los cómplices en relación con la señalada al autor. Consecuente con este punto de vista, SCHEPELIER concluye que el cómplice y el encubridor del intraneus lo son de parricidio y no de homicidio. A pesar de ello, piensa que la situación no es la misma si se trata de coautores y no

³¹ DANIEL SCHWEITZER, nota a una sentencia en RCP, XII (1948), p. 198.

³² ENRIQUE SCHEPELIER, *Comunicabilidad y parricidio*, RCP, XIII (1953), pp. 49 ss.

³³ La ley Pompeya de Parricidii hacía extensiva a cómplices y coautores la pena establecida para el parricidio, asimismo son invocadas la autoridad de Ulpiano, la ciencia y *praxis* medioevales y el texto de *Las Partidas*, donde se lee: "todos aquellos que dieren ayuda o consejo... quier sea pariente o extraño, debe haber la misma pena" (Part. VII, t. 8, ley 12).

³⁴ RAFAEL FONTELLA, *Concursos de delinquentes, de delitos y de leyes penales y sus principales problemas jurídicos* (1950), p. 43.

³⁵ EDUARDO VARAS, *Comunicabilidad a los co-delinquentes de los elementos constitutivos de un delito*, RCP, V (1941), pp. 49 ss.

³⁶ LABATUT, D.P. P.E. I, p. 400.

³⁷ Cf. CARRARA, *Programa*, § 509, nota 1.

³⁸ Trabajo citado, pp. 60 ss.

de cómplices, incluyendo al parecer, por las características de nuestra ley, a los instigadores. En efecto, el hecho es que un autor no puede ser estimado accesorio del otro, tanto porque no existe el argumento fundado en el régimen de penalidad cuanto porque no hay ninguna razón que impida una valoración legal distinta para los diferentes autores, "toda vez que es más grave para el hijo que para el extraño el resultado producido". Agrega, todavía, un argumento de texto: de acuerdo con el art. 391, N° 2º del C.P., se sanciona como autor de homicidio simple al que mate a otro "en cualquier otro caso", que no sea alguno de los que califica el homicidio con arreglo del art. 390 (particido) o 391, N° 1º (homicidio calificado). "Aunque en este evento colabore con el hijo, cónyuge, etc., siempre cometerá homicidio simple, porque la ley alude a 'cualquier otro caso', sin excluir aquel en que es coautor con el hijo o el cónyuge."

En suma, para SCHEPFLER, frente a un delito de particido, los extraños cómplices y encubridores lo son de particido, mientras los coautores extraños lo son de homicidio.

b) *Argumento de la solidaridad psicológica.* Se sostiene que el extraneus es moral y psicológicamente solidario con la actuación del intraneus. Sabedor de la existencia del vínculo, el extraño no se sustrae a intervenir, no le repugna intervenir y hasta puede determinar la intervención del intraneus. QUINTANO RÍPOLLS afirma que no es lo mismo inducir o auxiliar a un hombre cualquiera para que mate a su enemigo que realiza tales actos a sabiendas de que su víctima ha de ser su padre o su madre, por mucho que no lo sean del copartícipe. Añade que el aumento de lo que CARRERA llama la "cantidad política del delito" se produce no sólo en el orden moral, sino también en el plano de la peligrosidad y de la reprochabilidad.³⁹

c) *Argumento fundado en el art. 17 del C.P.* Al igual que en el Código Español, la regulación penal del encubrimiento incluye una mención expresa al particido que, según algunos tratadistas, constituiría una razón terminante para fundar la comunicabilidad. En efecto, la circunstancia segunda del N° 3º del art. 17, al restringir los casos en que la forma de encubrimiento llamada por la doctrina favorecimiento personal es punible, señala como uno de estos casos el de ser autor del delito *revo de particido*.⁴⁰ Al tenor de este precepto, habría un reconocimiento explícito de que el extraño es encubridor de particido y no de homicidio, lo que estaría confirmando el carácter accesorio de la participación.

d) *Argumento fundado en los arts. 62 y 64 del C.P.* Como se sabe, el art. 64 señala la incommunicabilidad de determinadas circunstancias atenuantes o agravantes, incluidas las que consistan en las relaciones particulares con el ofendido u otra causa personal. Pero el art. 62 preceptúa, por su parte, que éste y los siguientes regulan la influencia de las *circunstancias atenuantes o agravantes* en la determinación de la pena, sin referencia a lo que acontece con los *elementos del tipo legal*. En consecuencia, si el legislador estableció una regla de incommunicabilidad para las meras circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal y nada dijo sobre la incommunicabilidad de los elementos que integran el tipo legal

³⁹ QUINTANO, *Tratado*, P.E., p. 154.

⁴⁰ Cf. QUINTANO, *Tratado* P.E., p. 156, y SCHEPFLER, *trabajo cit.*, p. 61.

respectivo, es forzoso concluir que dichos elementos (en el caso particular, la relación de parentesco o matrimonio que forma parte del tipo de particido) sí se comunican.

Según puede apreciarse, todos los argumentos anteriores conducen a reclamar para el partícipe extraño el mismo tratamiento agravado que para el intraneus, con la salvedad, en lo que concierne a la posición de SCHEPFLER, de que esta equiparación, fundada en el principio de accesoriedad, se extendería sólo a cómplices y encubridores, pero no a los coautores.

B. *La incommunicabilidad del vínculo*

Con el objeto de evitar que la enorme pena del particido se aplicara a los coautores extraños y, en general, a los partícipes no vinculados (a éstos corresponde una pena siempre muy alta, ya que la rebaja se hacía a partir de la pena de muerte), los especialistas y la jurisprudencia se han esforzado por justificar la incommunicabilidad del título.⁴¹ Los argumentos son a veces técnicos y otros se fundan en el solo sentimiento de justicia.

Nuestra jurisprudencia se ha inclinado, en general, por la divisibilidad del título cuando el autor es intraneus y el partícipe, extraneus. Así, por ejemplo, CS, 1880, GT, 1635-152; CA de Santiago: GT, 1945-I, 51-242. El último fallo es bastante ilustrativo al respecto: "La condición del parentesco, propiamente, no es, en este caso, un elemento constitutivo del homicidio, en este concepto rector, a que se ha hecho referencia, sino un requisito especial, personalísimo, independiente y, por así la figura delictiva del particido", y más adelante agrega: "en consecuencia, el hecho del extraño, que participa en el particido cometido por el autor principal, no puede quedar comprendido en esta figura delictiva, sino en la de homicidio, figura presunta, como se ha dicho, por el mismo concepto abstracto: matar a otro". Pero es de advertir que nuestra jurisprudencia se ha atendido en forma con la expresión "*se considerarán autores*" (no se dice que sean autores), y a todos los comprendidos en el art. 15 (también a los autores instigadores y coaplicar, entonces, los principios de la accesoriedad cuando se trata de autor instigador o cooperador. Así la CA de Santiago, en fallo de 5 de junio de 1942, condena por homicidio al autor ejecutor extraño y por particido al autor cooperador intraneus (GT-I, 51-257), y la CA de Concepción condenó por homicidio al autor ejecutor extraño y por particido al autor instigador intraneus (RDJ, 1953, I-24).

Para mayor claridad en la exposición, seguiremos esta línea de pensamiento, afirmando, sucesivamente, cada uno de los principales argumentos invocados por los partidarios de la tesis contraria y que se han resumido más arriba.

a) *Respuesta al argumento de la indivisibilidad del título.* Frente a este problema, siempre en el sector de la doctrina que rechaza la aplicación del régimen

⁴¹ La reforma a la penalidad recientemente producida (vid. supra nota 1) ha reducido considerablemente la repercusión de este tema, que hoy, seguramente, perdiendo popularidad con el tiempo. Sin embargo, aunque menos desmesurada, la pena para el coautor y partícipe no vinculado, supuesta la comunicabilidad del título, es siempre apreciable.

del parricidio al *extraneus*, podían dibujarse tres posibles vías para desprenderse del título único.

1. Un camino, el más rotundo, consiste en *no negar* el obstáculo dogmático, pero cortar lisa y llanamente el intrincado nudo sobre la base de consideraciones de justicia material: "Por nuestra parte, en el probable conflicto entre la técnica —cifrada aquí por la unidad de calificación jurídica— y la justicia —resultado práctico— nos decidimos ahora, como siempre, a favor de esta última, a la que, en fin de cuentas, debe rendir culto la técnica penal".⁴² Con arreglo a este criterio y según se verá, se opta por aplicar la regla que en el Código español, como en el nuestro (art. 64), consagra la incommunicabilidad de las *circunstancias* (atenuantes o agravantes) de carácter personal, mediante la analogía *in bonum partem*.

2. Un segundo camino consiste en alzarse en contra del dogma de la indivisibilidad del título, lo que ya había propuesto CARRARA en un plano de reflexión jurista y que, recientemente, se ha procurado fundamentar con razones dogmáticas.⁴³ Esta tesis última conduce resueltamente al *injusto personal*, rompe la *función del tipo legal* y se encuentra muy cerca del derecho penal de autor. Un parricide es, por así decir, autor de su conducta de complicidad y no asume el injusto de otro. Se derrumba de esta manera el sistema mismo de la *accesoriedad* de la participación.

3. El último camino, con variantes que no alteran la idea esencial, atribuye al *titulo (nomen iuris)* un carácter indivisible, pero se arguye que el título único inescindible es el *homicidio*, del que el parricidio no sería sino una forma agravada.

De la fórmula de ruptura de la *accesoriedad* (y del injusto) puede prescindirse de partida. No son sólo las razones de política criminal que miran con sospecha el derecho penal de autor como un riesgo para la libertad y reclaman en todo caso mantener el principio de garantía de la tipicidad del delito, sino también todo el régimen de la participación y su penalidad, que en Chile está claramente construido sobre el principio de la *accesoriedad*.

En cuanto a las consideraciones fundadas en razones de justicia material y aplicación analógica de preceptos, cabe observar que éste sería el último recurso al que habría que acudir si no hubiere razones estrictamente dogmáticas que permitan, según veremos, resolver dentro de los cánones de una estricta justicia el problema planteado.

El tercer criterio (homicidio como delito base), que es el que nos permite llegar a la conclusión que nos parece dogmáticamente más correcta, será desarrollado al fundamentar, más adelante, nuestra posición.

b) *Respuesta al argumento de la solidaridad psicológica.* Negar que el extraño participe en el parricidio deba ser castigado por este delito no significa desconocer que su reprochabilidad es ciertamente mayor. En este sentido, tiene razón CIMBERNAT cuando observa que no es equitativo que sea tratado igual que el "extraño que colabora con un extraño (autor, en sentido estricto) en la muerte de un extraño".⁴⁴ Empero, esto significa que deba ser juzgado de acuerdo al parricidio.

⁴² DEL ROSAL, COBO, MOURILLO, DPE., p. 186; en el mismo sentido, CIMBERNAT ORDEG, *Autor y cómplice en Derecho Penal* (1966), p. 273.

⁴³ CARRARA, *Programa*, loc. cit. cit. KLAUS LUDERSEN, *Zum Strafgrund der Teilnahme* (1967).

⁴⁴ CIMBERNAT, op. cit., p. 286.

dio y su penalidad, porque dentro de los márgenes de pena que la ley señala al homicidio, el juez dispone de una escala suficientemente amplia para adecuar la pena a esta mayor reprochabilidad.

c) *Respuesta al argumento fundado en el art. 17 C.P.* La doctrina dominante entre nosotros considera que la mención expresa que se hace en el art. 17, para castigar como una de las formas de encubrimiento, a que el autor lo sea de parricidio, "no significa necesariamente que el encubridor deba ser de ese mismo delito, sino que la calidad del delito para el autor es un requisito de punibilidad para el encubridor, pero el título del delito y la medida de la pena para éste conservan su autonomía".⁴⁵ La jurisprudencia ha admitido expresamente este criterio al castigar al partícipe extraño como encubridor de homicidio (CA Sigo.: GT, 1945-1, 51-24).

A las razones de que se trata de una simple condición de punibilidad para la especial forma de encubrimiento prevista en la circunstancia segunda del N° 3º del art. 17 y de que semejante criterio de accesoriedad podría llevar, no obstante la última reforma, a soluciones desarmónicas en cuanto a la penalidad, cabe todavía añadir que el carácter del encubrimiento como figura en su esencia autónoma distancia aún más la pretendida imbricación que se pretende entre el delito del autor y el del encubridor (favorecedor personal). Por otra parte, el carácter de mera circunstancia injerida en el tipo, que reviste el vínculo de parentesco en el parricidio, asunto que luego se abordará, tiene como una lógica consecuencia el que tal nexa sólo debe apreciarse con respecto al *intranseus*.

d) *Respuesta al argumento fundado en los arts. 62 y 64 C.P.* Esta argumentación descansa en la forma en que se interpretan estos preceptos en relación con la naturaleza del parentesco en el parricidio y, especialmente, el significado de la voz "circunstancia" empleada por el art. 64. Como el enfoque de este asunto forma parte esencial de la argumentación que se desarrolla enseguida para explicar nuestra posición contraria al criterio de comunicabilidad y, en consecuencia, están íntimamente ligados ambos aspectos, para la impugnación de este argumento nos remitimos al siguiente párrafo.

C. Nuestra posición

El problema se ha suscitado porque —según se sostiene— nuestra ley positiva sólo habría regulado la incommunicabilidad de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal. Con arreglo al art. 74, no cabe discutir que las circunstancias agravantes o atenuantes de carácter personal no producen efecto sino respecto de aquél en quien concurren. Pero, para los elementos del delito, tal regla no existiría y las polémicas tendrían en ello su base.

Sin embargo, es claro que el legislador pensó también en el vínculo de parentesco en el parricidio cuando empleó, por ejemplo, la voz circunstancia en el art. 1º, que regula el error en persona y, según algunos, también la llamada *aberratio ictus*. En la sesión 116 de la Comisión Redactora se hizo constar

⁴⁵ ETCHERRY, D.P., III, p. 72.

expresamente que, al hablarse de "circunstancias no conocidas del delincuente" se tenían en vista situaciones como la de "alguien [que] creyendo matar a un extraño mata a su padre". Se sigue de lo dicho que cuando la ley usa la expresión "circunstancias" no alude necesariamente a aquellas enumeradas en los arts. 11, 12 y 13 del C.P., sino también a algunas que pueden estar injeridas en la descripción típica. Esto se advierte con mayor claridad si se observa lo preceptuado por el art. 63, que niega el efecto de aumentar la pena a las "circunstancias agravantes" que la ley haya expresado al describir y penar el delito.

En consecuencia, de la letra de la ley y de su historia fidedigna aparece que, además de las circunstancias independientes de una determinada figura, existen otras que el legislador ha incluido en la descripción y que todo hace pensar, según resulta de la lectura de las Actas, que entre estas últimas se contiene el vínculo de parentesco o matrimonio en el parricidio.

Es muy sugestivo el argumento puramente formal de que el art. 390 no compone un capítulo especial, sino que ha sido puesto dentro del párrafo del homicidio, ostensiblemente, como una forma o calificación de éste.

Pero al argumento meramente formal que por sí solo podría estimarse insuficiente, cabe añadir razones materiales para demostrar que el vínculo de parentesco constituye una verdadera circunstancia injerida en el tipo de homicidio. Para responder a esta pregunta es preciso dilucidar qué se debe entender en nuestra dogmática por circunstancia y cómo se la reconoce y diferencia de los demás componentes de la descripción típica.

Si bien con frecuencia las circunstancias constituyen un problema de mayor culpabilidad del hecho y no de mayor injusto, en caso alguno ésta es la regla general. Un ejemplo notorio es la circunstancia atenuante del inciso final del art. 142, relativo al raptor que devuelva sin daño al menor sustraído; es evidente que a la ley sólo le interesa secundariamente la posible eticidad del arrepentimiento y la razón de política criminal para atenuar la pena es favorecer el menor daño posible a la víctima. Ello aunque el hecho sólo persiga obtener una circunstancia atenuante y no esté en absoluto arrepentido. Lo mismo puede decirse de la circunstancia atenuante del Nº 7º del art. 11 C.P.

Antes hemos dicho que el vínculo de parentesco o matrimonio en el parricidio es también un factor de mayor injusto y no necesariamente un problema de reprochabilidad (vid. supra). Pero, por lo que se acaba de explicar, ello no obsta a que se trate siempre de una circunstancia. ¿En qué casos podría afirmarse que determinadas características del injusto son meras circunstancias que califican un tipo y en qué casos son *algo más* y en qué consistiría este algo más?

Un análisis de los tipos que comprende nuestro Código nos llevaría a presentar una vasta gama de casos, que, en realidad, no se pueden concebir si se prescinde de un componente de carácter personal. En esos casos, si falta el elemento personal, el tipo no se perfecciona y la conducta se hace atípica. Así, por ejemplo, el ánimo de lucro es un elemento del tipo de carácter subjetivo y, por consiguiente, yace en el espíritu del agente. Pero bien puede suceder que otra persona induzca al agente a que sustraiga la cosa ajena o colabore en las sustracción sin que él esté movido por ánimo de lucro. Aunque su personal finalidad pueda ser vengarse de la víctima u otra cualquiera no lucrativa, será siempre responsable como instigador o auxiliar de hurto: basta que su propio dolo comprenda el *conocimiento* del ánimo de lucro que mueve al autor. He aquí, entonces, un elemento puramente personal (un ánimo), que en el partícipe

no está presente y que, sin embargo, se le comunica. Pueden proponerse otros ejemplos de la misma índole.⁴⁶

Por semejantes razones el extraño es castigado como instigador o cómplice de incesto, pese a que el vínculo se da sólo en el *intrafamiliares*. Son todos estos casos situaciones en que el componente de carácter personal contribuye a fundar el injusto y no es nunca, por ende, una mera circunstancia.⁴⁷

Pero hay figuras en que se incluyen determinadas características que *no son fundantes constitutivas del injusto y que sólo aumentan la intensidad de su carácter antisocial*. La ausencia de este elemento torna al tipo menos grave, pero el tipo delictivo siempre subsiste.

Tal acontece con el parricidio, ya que si falta el parentesco se mantiene el tipo de homicidio. Ello no sucede, en cambio, en los casos en que el elemento personal es fundante del injusto: por ejemplo en el caso del art. 189, en que bien se puede hacer desaparecer de las estampillas de correo la marca que indica que ya han servido y el hecho no es injusto penal si no se ha realizado "con el fin de utilizarlas". En estas situaciones el elemento de carácter personal es efectivamente portador del injusto.

En los casos de delitos (*imperfectos*) de dos actos (vid. nota 47), como el antes propuesto de sustracción de menores para cobrar rescate, el tipo es en rigor complejo: *hay dos actos*, uno materialmente realizado y el otro que se expresa en la meta por alcanzar, cuya efectiva producción, al igual que en la tentativa de delito, no es requerida por la ley, aunque siempre es un *atentado* contra un bien jurídico. De ahí que si el sustractor cobra el rescate no se le castiga *además* por la extorsión.

En el parricidio no sucede nada de esto. El parentesco no convierte al tipo en un delito de dos actos ni es fundante de su injusto penal. Es, entonces, claramente una *mera circunstancia*.

Antes se ha visto que las circunstancias pueden ser injeridas en los tipos (art. 63), transformándolos en tipos calificados (que agravan su pena si se da la calificante) o en tipos privilegiados (que atenúan la pena si concurre la circunstancia prevista en la descripción). Al decir de Novoa, los tipos calificados son aquellos que "a las características del tipo fundamental agregan otras que conducen a la agravación de la pena (por ejemplo, el parricidio), y tipos privilegiados son aquellos que a las características del tipo fundamental agregan otras que conducen a una minoración de la pena (por ejemplo, el infanticidio)".⁴⁸ En suma, *el parricidio es un tipo calificado por una circunstancia* (el parentesco) *injerida en el tipo*. Un sector de la doctrina llama a estas figuras *tipos especiales impropios*.⁴⁹

⁴⁶ POLTOROFF, op. cit., p. 115.

⁴⁷ Una variante de la constituyen aquellos casos en que a la conducta material se añade una característica personal subjetiva que, en la forma de una meta por alcanzar, transforma al delito en un atentado (dos bienes jurídicos atacados). Así, en la sustracción de menores para cobrar rescate (tipo legal descrito en la letra a) del Nº 1º del art. 142 C.P.), hay en rigor dos atentados: uno mira a la libertad del menor (seguridad), el otro, a la propiedad. Se trata de lo que la doctrina llama delito imperfecto de dos actos. Basta para que haya coparticipación, la intervención en lo objetivamente exigido por la figura. En estos casos el partícipe lo es, no de sustracción simple, sino de *sustracción para cobrar el rescate*, aunque en él no exista tal propósito. Aquí también la circunstancia de carácter personal es fundante del injusto y no una mera circunstancia; por lo tanto, se comunica en el mismo sentido del caso anterior.

⁴⁸ NOVOA, DPCIL, I, p. 324.

⁴⁹ Cf. GIMBERNAT ORDIG, op. cit., p. 252.

Admitido, entonces, que el vínculo de parentesco o matrimonio es una *circunstancia* (que queda incluida en el art. 13 del C.P.), pero que no sirve, en cuanto tal, para agravar la pena, ya que está incorporada al tipo calificado que por eso mismo tiene una pena más grave), *nada impide aplicar a esa circunstancia la regla de incommunicabilidad del art. 64 C.P.*

En consecuencia, el nexo de matrimonio o parentesco previsto para el *intraneus* en el art. 390 servirá para "agrar la responsabilidad de sólo aquellos autores, cómplices o encubridores en quienes concurrirán" (art. 64). El extraño será castigado, pues, como coautor, cómplice o encubridor de homicidio.

20. EL CONCURSO DE PERSONAS EN EL PARRICIDIO. EL AUTOR MATERIAL ES UN EXTRANEUS

El problema reside aquí en determinar si el *intraneus* es partícipe de parricidio o de homicidio y se dan las mismas alternativas del caso anterior: a) el *intraneus* es partícipe de parricidio; b) el *intraneus* es partícipe de homicidio.

Cuando se emplea la voz *partícipe* no se incluye, por cierto, la casuística especial que se produce cuando el *intraneus* no es un verdadero instigador, sino autor (mediato) de la conducta. Como se sabe, hay *autoría mediata* si el agente se sirve de un *instrumento* para realizar el hecho típico: el ejecutor material. El marido que engaña a la enfermera deformando las instrucciones del médico comete *parricidio* si ésta, como instrumento o agente inocente, inyecta a la mujer sometida a tratamiento una dosis excesiva y tóxica que le produce la muerte.

Pero ¿qué acontece si la enfermera no actúa por error, ni por miedo insuperable, ni es inimputable ni ha sido forzada; si ha realizado, en fin, una acción libre y dolosa de homicidio? ¿Es el marido siempre instigador de *parricidio* (no ya autor mediato) o lo es sólo de homicidio?⁵⁰

La doctrina española dominante y la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁵¹ se inclinan por castigar al extraño como inductor o cooperador de *parricidio*. Hay, con todo, un sector minoritario, inspirado en el criterio de la accesoriad, que sostiene que "hacer responsable al pariente (inductor) por parricidio cuando lo que se ha realizado es un homicidio, es hacerle responsable de un delito que no se ha cometido".⁵²

En nuestra opinión, no hay argumentos dogmáticos ni de "justicia material" para romper la accesoriad y hacer responder al *intraneus* como auxiliador, instigador o encubridor de un delito que no se ha perpetrado. En otros términos, se ha de estar al tipo legal *realizado* que no puede ser otro que homicidio, ya que

⁵⁰ Sobre la posibilidad de una autoría mediata con instrumento doloso, que sería admisible en los tipos con elementos subjetivos (del injusto). Cf. POLITOFF, op. cit., pp. 116 ss.; según un sector de la doctrina, esta fórmula también sería admisible en los llamados delitos especiales propios (Cf. WEIZEL, DStR. B.T., p. 99; Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts*, A.T. [1969], pp. 446/447; MEYER-BIE, Str., A. I., p. 242; CLAUS ROXIN, *Taterrschaft und Tatherrschaft* [1963], pp. 352 ss.), pero, en todo caso, no tiene cabida aquí, ya que según se ha visto— el parricidio es un homicidio calificado o, si se quiere, un delito especial *improprio*. Recientemente, en España, RODRÍGUEZ MORALES ha criticado, con buenas razones, la teoría del autor mediato con "instrumento doloso" (*El autor mediato en Derecho Penal español*, en *Anuario de Derecho Penal y C.P.*, XXII, [1969], pp. 467 ss.)

⁵¹ Cf. GIMBERNAT, op. cit., pag. 267.

⁵² ANTON OÑICA, RODRÍGUEZ MUÑOZ, op. cit., II, p. 239.

la conducta del extraño que mata a un extraño debe encuadrarse necesariamente en esa figura delictiva.

"Matar" no es, por cierto, impedir que se evite la muerte, ni facilitar los medios, ni presenciar el hecho ni instigar al ejecutor. La accesoriad es respecto del hecho de ejecución. Son conductas accesorias no sólo las de los cómplices *sensu stricto* o de los encubridores, sino también las de los que, aunque considerados autores para los efectos de la pena por disposición del art. 15 en sus diversos numerandos, no son en realidad autores.

En el caso que nos ocupa, el autor (en sentido propio o estricto), en cuanto extraño, sólo ha cometido un homicidio. Todo el problema se centra, pues, en el tipo realizado por el autor en sentido propio. Los demás partícipes, sea que se consideren autores en el sentido del art. 15, sean cómplices, sean encubridores, tendrán una participación *accesoria* con respecto a la conducta del hecho, y dicha accesoriad lo será en función del tipo realizado por éste, es decir, acceden a una conducta de homicidio.

En forma limitada se ha aceptado la tesis propuesta en el texto, tanto por alguna jurisprudencia nacional cuanto por un sector de la doctrina.⁵³

Nuestra jurisprudencia cuando el autor es extraneus castiga también a los partícipes, cómplices y encubridores (véase supra jurisprudencia en el caso de autor intraneus), por homicidio. Así, CS, en GT, 1919-2, 104-531 (CA Sigo., 1948: RCP, X-195; CA Sigo., 1952; RDJ, XLIX-85).

La solución fundada en la accesoriad estricta, que propugnamos,⁵⁴ no contera el sentimiento de justicia, porque el intraneus será castigado por homicidio

⁵³ Cf. SCHNEIDER, *Comunicabilidad* cit., p. 57; DANIEL SCHWEITZER, nota cit., pp. 198 ss. Expresa DANIEL SCHWEITZER: "Sobre la base de considerar acción principal la del varón extraño que mató a un hombre, habiendo recibido ayuda y cooperación de la mujer de éste, a quien sabía tal, y sin previo concierto para el hecho, no cabe duda que la mujer actuó como cómplice del hecho del autor principal. Y si el homicidio fue el de éste, complicidad de homicidio será el de ella, agravado por su parentesco, mas no complicidad de parricidio, que no ocurrió y no podría sancionarse" (p. 199). Como se advierte, SCHWEITZER es rigurosamente consecuente, en todas sus alanzas, con su doctrina de la accesoriad estricta, lo que lo lleva a una solución equivocada en lo que respecta a las hipótesis en que el *intraneus* es el autor material (vid. nota 3). Pero, naturalmente, aquí sí que compartimos este punto de vista, aunque nos preguntamos por qué la solución debería ser distinta en el caso de que si hubiese ocurrido el concierto. La existencia del concierto no altera en nada la naturaleza accesoria de la participación, no obstante que la ley disponga una asimilación al autor y, por consiguiente, es necesario concluir que la solución es la misma: el parricidio tampoco ocurrió y al autor (en sentido impropio) no se le podrá sancionar por parricidio, sino por homicidio.

⁵⁴ No se nos escapa que hay una zona incierta en que la doctrina de la participación permanece dubitativa y que también trasciende al tema que nos ocupa. Entre los dos extremos definidos (autor mediato e instigador) hay un ámbito sobre el cual una decisión demasiado drástica puede llevar a conclusiones desconcertantes. La dogmática no ha resuelto aún toda la gama de casos que pueden presentarse. Lo prueba el extraño hecho de que conoció la Corte de Apelaciones de Santiago (véase RCP, XXI [1962], pp. 222 ss.), en que los *inductores* de parricidio fueron en definitiva condenados como instigadores de lesiones menos graves, que fue lo que quiso hacer e hizo por su cuenta el inductor. En penitente crítica a dicha sentencia, ALVARO BUNSTER (pp. 230 ss.) concluye que "la discordancia entre lo abarcado por el dolo del instigador y lo realmente efectuado por el autor" debe resolverse, en este completo caso, por la impunidad de los inductores. Una solución fundada en el dolo eventual como base para el castigo de los inductores a título de lesiones no parece satisfactoria cuando hay una verdadera desviación esencial del curso causal previsible en el contenido del dolo (no se podía contar con una caprichosa decisión del ejecutor material). Sin embargo, la tesis de la impunidad no logra convencernos, aunque es claro que no se trata de autoría mediata (ni con instrumento inocente ni con instrumento

agravado por la circunstancia del art. 13 C.P., que permitirá al juez, dentro del marco penal amplio que señala el art. 391 C.P., aplicar la sanción adecuada a la mayor gravedad del hecho. Tampoco contraría la dogmática legal y particularmente los arts. 62, 63 y 64 del mismo Código. Esos preceptos permiten prescindir, según antes se ha explicado, de una circunstancia (el parentesco) que integra el tipo especial *impropio* de parricidio, pero que no es cofundante de su ilicitud. Permiten extraer o segregarse esa circunstancia para no aplicarla a aquel en quien no concurre, mas no permite yuxtaponerla al tipo de homicidio a fin de componer para el partícipe accesorio un tipo especial que vendría a ser la creación de un tipo de injusto personal. En suma, *si su conducta es accesoria, será partícipe de homicidio con la agravante del parentesco citado*.

do, por las razones ya explicadas). Es posible, sin romper el principio de la tipicidad y sin caer en el injusto personal, reconocer determinados casos en que, tras la apariencia de una instigación, se encuentra, en verdad, en la *inducción*, un caso de coacción. El punto se dará con especial relieve en todos los casos en que medie una convención, por la cual el inductor sigue de algún modo vinculado al hecho que habrá de perpetrar el inducido (así cuando éste espera recibir la recompensa como fruto de su acción). Si el inductor le basta con comunicar al inducido que retira la oferta de remuneración, es notorio que mantiene algún dominio del hecho. Pero, por exasperante que parezca, en el caso de que conoció la independencia citada, el pago ya había tenido lugar y la conducta de sólo *lesionar*, a la cual el ejecutor limitó cuidadosamente su acción, estuvo movida por el propósito de "engañar de sus inductores con el objeto de justificar el dinero ya recibido, engaño que mantuvo aun después de cometido el delito con propósitos interesados".

Es posible, si se razona análogamente a la luz del Nº 1º, circunstancia segunda del art. 391, que delicta *admitire*, subyacente en la propia voluntad de la ley, un tratamiento independiente y no una relación de accesoria en los casos de *homicidio por premio*. Ese precepto, en efecto, sólo castiga como asesino con una pena más elevada que la del homicidio simple al que mata "por premio", esto es, el inducido. Es manifiesto que la agravación se motiva en el hecho atípico de colocarse voluntariamente en el papel de sicario (instrumento). El inductor, en cambio, lo será de homicidio simple. Con otras palabras, nuestra propia ley está reconociendo la existencia de un ámbito en que el inductor no es un instigador simplemente, pero tampoco es un autor mediato. Pareciera, entonces, que más bien, como ya se anunció, es el concepto de *coacción* el que puede resolver este tipo de situaciones extremas. En suma, los inductores, en el caso citado, son *autores de tentativa* (en sentido amplio) con relación a la muerte del padre, en tanto que el inducido es autor de lesiones consumadas.

⁵⁵ Accesoria *estrica*, según el texto. No debe perturbar la situación especialísima del *intraeus partícipe* del *intraeus* (hermano que induce a su hermano a matar al padre común). En este caso opera una verdadera negación de la negación: si se mira el asunto desde el punto de vista del autor principal, la comunicabilidad se niega sólo para el que no es parte y, a la inversa, si se mira desde el punto de vista del partícipe, el título de partícipe se niega sólo si el autor-ejecutor es extraño. Luego, en ninguno de los dos casos se da la condición negativa (eliminada por la condición de partícipe del *intraeus*) que impone la comunicabilidad. Tampoco nada varía si, además, hay un coautor extraño (abstracción).

§ 3º INFANTICIDIO

I. DEFINICION LEGAL. ANTECEDENTES. FUNDAMENTOS

21. DEFINICIÓN LEGAL

La figura de infanticidio está descrita en el art. 394 C.P.: "Cometen infanticidio el padre, la madre o los demás ascendientes legítimos o ilegítimos que dentro de las cuarenta y ocho horas después del parto, matan al hijo o descendiente". En la mayoría de las legislaciones existe un régimen penal más benigno para la madre que en ciertas circunstancias especiales (estado puerperal o motivo de honor) da muerte a su hijo recién nacido.

La extravagante previsión de nuestro Código no refleja el sentido de esta tendencia legislativa, lo que hace difícil encontrar un fundamento racional para la figura. En efecto, el motivo de honor no es uno de sus elementos y el hecho de abarcar al padre y otros parientes excluye la influencia del estado puerperal como su razón de ser. La única manera de explicarse tan curiosa figura es atender a las vicisitudes de la historia de su establecimiento.

22. ANTECEDENTES

Según se dijo, en todas las legislaciones en que la hipótesis de infanticidio aparece prevista se incluyen exigencias subjetivas que explican la mayor benignidad. A veces la exigencia está explícita, como en el art. 578 del C.P. italiano ("*per salvare l'onore proprio o di un prossimo congiunto*"), o en forma implícita, como en las leyes alemanas.¹

La tradición jurídica a través de los tiempos muestra algunas paradojas. Si bien en el Derecho romano el infanticidio no aparece claramente individualizado, el homicidio agravado merecedor de penas atroces.²

¹ En el § 113 del C.P. de la R.D.A., aparece claramente implícita la razón de la alteración psicofisiológica de la madre, si bien no podía descartarse el motivo de honor, a la inversa, en el § 217 del C.P. de la R.F.A. lo que ostensiblemente se tuvo en vista es el motivo de honor, aunque tampoco habría motivo para excluir la perturbación derivada del estado psicofisiológico.

² Cf. QUINTANO RIVERO, *Tratado P.E. I*, pp. 411 ss.; FRANCISCO ANTOLISE, *Manuale P.S.*, I, p. 47.

Por influencia del iluminismo comienza a abrirse paso la tesis inversa.³ Así, para BECCARIA el tratamiento penal del infanticidio debe ser más benévolo atendidos el penoso estado en que se encuentra la mujer durante el parto y el móvil de honor que generalmente motiva la conducta.⁴

La legislación española recogió como fundamento de la figura las dos exigencias subjetivas referidas: a) la perturbación física y psíquica connatural al parto, y b) una motivación excepcional (la vergüenza, el deshonra, etc.). De ahí que el tratamiento benigno se restringiera a la madre y siempre que en ella concurriera el móvil del honor. Por esto, el Código de 1822 castigaba con pena más benévola a las mujeres solteras o viudas que, "habiéndolo tenido un hijo ilegítimo y no pudiendo dar a la luz en una casa de socorro o refugio por no poder exponerlo sin reserva, le dan muerte dentro de las primeras veinticuatro horas a contar del parto, con el objeto de encubrir su caída". El Código de 1848 innovó respecto de esa figura ampliando el plazo de veinticuatro horas a tres días y extendiendo el privilegio, siempre que concurriera en ellos el móvil de honor, a la madre soltera, viuda o casada y a los abuelos maternos, aunque con variantes en la penalidad.

Los Códigos de 1850 y 1870 mantuvieron la figura en los mismos términos, si bien en este último se precisó la referencia al *homicidio* (sustituyéndola por el parricidio o el asesinato en su caso) y se modificó la pena. En 1932 se introdujeron reformas más sustanciales, aunque se mantuvieron el nombre y el apartado "penda de la sustantividad del tipo desde el Código de 1848", al decir de QUINTANO. Se prescindió de una determinada edad para la víctima, utilizándose la expresión "recién nacido", y se equipararon las responsabilidades de la madre y de los abuelos maternos. Con leves modificaciones, el texto de 1932 se mantiene vigente en la actualidad.⁵

En Chile, el precepto sobre infanticidio del Código español 1848-1850 fue discutido en las sesiones 79 y 163 de la Comisión Redactora, la que le introdujo las siguientes modificaciones:

a) Redujo el plazo de tres días a cuarenta y ocho horas, por notoria influencia de las críticas de PACHECO, quien condena energicamente este precepto. Especialmente reprochable le parece el plazo señalado en la ley: "aun nosotros habríamos

³ Cfr. LOTHAR FREDE, *Kindesmord und Kirchenbuss bei Göthe*, en ZStW, 78, pp. 420 ss.

⁴ "El infanticidio es [...] el efecto de una inevitable contradicción en que es puesta una persona que por debilidad y violencia haya cedido. Quien se encuentra entre la infamia y la muerte de un ser incapaz de sentir los males, cómo no preferirá ésta a la miseria ineluctable a que estarían expuestos ella y el infeliz fruto?" (*Del delito e della pena*, § XXXI). Muy discutida, en cambio, la actitud de GOETHE y su famosa frase "auch ich" (también yo) con que el poeta adhirió al voto de sus compañeros de Consejo en el caso de la desventurada Ana Catharina Röhm, quien fuera muerta por la mano del verdugo como autora de infanticidio. Más espirituales razones que la simple inconsecuencia de su carácter se le atribuyen, en cambio, en la muerte de Margarita en su inmoral tragedia: en la obra literaria la protagonista debía expiar su culpa de amor (cfr. LOTHAR FREDE, op. cit., pp. 424/427).

⁵ Artículo 410: "La madre que, para ocultar su deshonra, matare al hijo recién nacido, será castigada con la pena de prisión menor."

"En la misma pena incurrierán los abuelos maternos que, para ocultar la deshonra de la madre, cometieren este delito."

GAETANO FOSCHINI, a propósito del infanticidio por causa de honor, que también está previsto en la ley italiana, se ha esforzado por extender esa motivación más allá de la casuística romántica tradicional, para lo cual propone que el honor sea considerado "como un juicio de valor integral de la persona refrendado al orden social". De ello concluye que existe ese delito en la muerte del recién nacido déforme (*Uccisione di neonato deforme e infanticidio a causa di onore*, en *Rivista Italiana di Diritto e P. Penale*, 1958, pp. 328 ss.).

extrañado menos que esta lenidad se emplease con las que cometieran el crimen en el acto de dar a luz; pero después de un día, pero después de dos, pero dentro de los tres, es una cosa que mientras más la consideramos, menos podemos concebirla. Así, la diferencia de penas por un mismo hecho, en el espacio de una hora se elevará de prisión menor a muerte, cuando en ese tiempo no ha ocurrido ningún suceso crítico, ninguna diferencia esencial, en las respectivas situaciones del matador y de su víctima. Esta consideración sola condena al precepto de la ley".⁶

b) Los comisionados eliminaron del tipo la referencia al móvil de honor, estimando que esta circunstancia sólo podía valer como *atenuante*, de modo semejante a lo que acontece en el aborto (de este modo el infanticidio por móvil de honor pasaba a ser una figura doblemente privilegiada). A indicación de Reyes, a la atenuante se añadió la frase "atendida la posición social de la madre". La idea era no confundir "el motivo de verdadera honra que puede en algo disculparlo con un mero pretexto ideado después para aminorar la falta".⁷

c) Estableció la Comisión una penalidad idéntica para todos los sujetos activos, que en el modelo español, según antes se ha visto, variaba según la índole del parentesco. Pero lo más sorprendente es que la órbita de los sujetos activos fue ampliada, extendiéndose a *todos* los ascendientes, esto es, también a la línea paterna.

Con estas sucesivas transformaciones el precepto iba adquiriendo una fisonomía de tal manera rebuscada y arbitraria, que su fundamento original quedaba enteramente abandonado.

Por si esto no fuera bastante, en la sesión 163 se acordó describir una suerte de infanticidio especial, que se cometería por parientes más lejanos y hasta por extraños.

De acuerdo con esto, el único fundamento del tratamiento penal más benigno sería el que una persona hasta las cuarenta y ocho horas desde el parto *vale menos* que otra cualquiera. Y este disparate fue así defendido y admitido por los comisionados: "La tierna edad del ofendido, que si hace el crimen más inhumano, produce menos alarma que cuando se mata a un hombre que es una gloria para su patria [sic] o uno de aquellos de cuya vida pende la subsistencia de una familia o el porvenir de una o más generaciones".⁸

El debate en el Congreso determinó nuevas alteraciones: se suprimió el infanticidio cometido por extraños y otros parientes no comprendidos en la descripción vigente. Con razón, entonces, advierte FUENSALIDA las absurdas inconsecuencias a que lleva la supresión al producir irracionales discriminaciones de penalidad entre los parientes.⁹

A ello cabe agregar que de este modo el precepto no conserva siquiera el sentido lógico que, aunque inadmisibles, le confería la inclusión de otros parien-

⁶ PACHECO, C.P. *Compendio*, III, p. 35.

⁷ *Actas de la Comisión Redactora*, sesión 79.

⁸ Discurso del comisionado REYES ante el Senado, 1874, *Boletín de Sesiones*, p. 107.

⁹ FUENSALIDA, *Comentarios*, I, p. 129. Así, por ejemplo, si el hermano mata al infante con ensañamiento será castigado por asesinato (presidio mayor en su grado medio a muerte); en cambio, el ascendiente, en las mismas condiciones, sólo por infanticidio (presidio mayor en su grado mínimo a medio), con la agravante 4ª del art. 12.

tes o extraños en cuanto al menor valor asignado a la vida del infante que no ha cumplido cuarenta y ocho horas: el hermano (o el extraño) que mata a ese infante comete homicidio, lo que demuestra que para la ley es igualmente valiosa la vida tanto si se tiene menos o más de cuarenta y ocho horas, pero esa vida que no ha alcanzado los dos días seguros siendo menos valiosa para los padres o abuelos, a menos de admitir que el motivo de honor permanecerá implícito en la razón de ser del tipo. Sin embargo, tal como está descrito, no le es exigible al agente ninguna motivación especial.

En lo que concierne a la atenuante del móvil de honor, ésta fue objeto de duras críticas durante la discusión en el Congreso, por parte del senador IRARRAZAVAL. Su posición se centró principalmente en las ideas de que la honra no podía ser considerada más valiosa que la vida,¹⁰ argumentando que de concluirse en sentido afirmativo, era razonable sacrificar la vida propia y no la de un inocente y que hacer depender la existencia de la atenuante de la posición social de la madre constituía un criterio discriminatorio que debía rechazarse.¹¹ Pese a la defensa del proyecto por el senador ALTAMIRANO¹² (con especial énfasis en que la idea de posición social de la madre estaba referida aún a la que se ha labrado una persona humilde), el inciso final que contemplaba la atenuante fue suprimido y el artículo adquirió su forma actual.

23. FUNDAMENTOS

Es necesario concluir, por lo tanto, que la labor para determinar los fundamentos de esta figura especial privilegiada resulta difícil. Tales fundamentos no pueden consistir en una hipótesis de imputabilidad disminuida como consecuencia de la influencia del estado puerperal de la madre, ya que la inclusión de otros parientes elimina esa posibilidad. Pero tampoco se trata de una causa de disminución de pena fundada en una motivación especial (móvil de honor), según se ha visto al exponer la trayectoria histórica del precepto.

*En consecuencia, sólo cabe afirmar que el legislador sólo vio una menor ilicitud, un menor desvalor del hecho cuando, con respecto a determinados parientes, el sujeto pasivo es un recién nacido que no ha alcanzado cuarenta y ocho horas de vida. Se trata de una conclusión substancialmente absurda, pero es inevitable.*¹³

De *lege ferenda* postulamos la eliminación de este tipo privilegiado o, al menos, su restricción a la madre y siempre que se contemple un fundamento que responda a nuestra realidad social. Un tratamiento penal más benévolo se justificaría solamente en aquellas mujeres que dan a luz en condiciones socioeconómi-

¹⁰ Sin embargo, en la literatura encontramos personajes representativos de una determinada época, para los cuales el honor era más importante que la vida: "Ja, ahers leben noch geist die Ehr" (Si, aun sobre la vida está el honor) (Waldmanna Schmalzer).

¹¹ *Boletín de Sesiones*, 1874, pp. 115 ss.

¹² Loc. cit.

¹³ Para ETCHEVERRY "el infanticidio está concebido entre nosotros de un modo puramente objetivo. Se aplicará el art. 394, tanto si el motivo parece excusable, tales la vergüenza o la extrema miseria, como si hay motivo vintipereable, v.gr., la codicia o la pura maldad" (D.P., III, p. 77). Para algunos, encontrar una justificación al privilegio es imposible. Cfr. ALFREDO BARRIENTOS, *El delito de infanticidio una modalidad privilegiada del parricidio*, 1967, pp. 70 ss.

cas particularmente angustiosas o bajo la directa influencia de un trastorno psicofisiológico (puerperio).

II. ESTRUCTURA DEL TIPO

24. EL INFANTICIDIO ES UN HOMICIDIO PRIVILEGIADO

Se ha sostenido tradicionalmente entre nosotros que el infanticidio sería un parricidio privilegiado, ya que los sujetos activos que se señalan en la definición *salvo* en cuanto a los ascendientes ilegítimos—presentan una relación de parentesco con el sujeto pasivo que, de no existir esta figura especial, los conduciría a la incriminación de acuerdo con el art. 390.

Desde luego puede objetarse que no es efectivo que *siempre* la muerte del hijo o descendiente, perpetrada por el ascendiente, dentro de las cuarenta y ocho horas después del parto, conduzca al parricidio, de no mediar la figura presunta *dolo directo*, de tal manera que en el caso del dolo eventual la tanto cabe decir, como se ha anotado más arriba, en el caso de que el agente sea ascendiente *ilegítimo*, en que la figura subyacente es el homicidio y no el parricidio.

Con todo, no cabe duda de que con las limitaciones señaladas, ciertos casos de parricidio reciben un tratamiento privilegiado. Pero el problema es decidir si el infanticidio, como figura especial, es en verdad un homicidio privilegiado, lo que generalmente entre nosotros se ha negado.¹⁴ A primera vista no se advierte ningún privilegio respecto del homicidio, ya que la pena del Nº 2º del art. 391 (homicidio simple) y la del 395 (infanticidio) son idénticas, lo que no sucede en otras legislaciones. Empero, no pasa lo mismo si el coetipo se hace entre infanticidio y homicidio calificado en algunas de sus formas (art. 391, Nº 1º del C.P.). Así, para poner el ejemplo más simple, el ascendiente ilegítimo que dentro de las cuarenta y ocho horas después del parto mata al descendiente por premio o promesa remuneratoria, será castigado con la pena del infanticidio, con aplicación de la circunstancia agravante del Nº 2º del art. 12 C.P.¹⁵ De no mediar el tipo de

¹⁴ Así, lo señala expresamente ETCHEVERRY, "El infanticidio, en cambio, es una figura privilegiada, por su menor penalidad, aunque no en relación con el homicidio simple (la pena es la misma), sino en relación con el parricidio..." (D.P., III, p. 73); en el mismo sentido, ALFREDO BARRIENTOS, op. cit., p. 45. Otros, cuando las personas mencionadas por la ley mueran al hijo o descendiente, y es un delito *suí generis* en los demás casos.

¹⁵ Ya CAMARA expresaba: "En preciso, pues, rectificar ante todo la colocación del título, porque, una vez abandonados los conceptos del vínculo de sangre y de la premeditación presunta, no apoya para constituir esa figura especial; y una vez hallada la razón de ésta en su causa, era preciso colocar el infanticidio dentro de la serie de aquellos homicidios que, precisamente por razón de su causa, pueden presentar características especiales y un criterio excepcional en la medida de su cantidad política" (*Programa*, III, § 1210). Por otra parte, FERNÁNDEZ señala: "Más el nuestro ha hecho todo lo contrario, imponiendo penas mucho más bajas al infanticidio que las correspondientes al parricidio y aún al homicidio con premeditación o alevosía" (*Comentarios*, III, p. 114).

infanticidio, sería autor de homicidio calificado: art. 391, Nº 1º, circunstancia 2º, cuyo marco penal es muy superior.

Hay una sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción en que se sostiene que el infanticidio es una especie de homicidio (GT, 1904-I, 431-542).

Demostrado, pues, que se trata de un *homicidio privilegiado*, procede analizar la estructura del tipo de infanticidio a la luz de esa premisa.

25. SUJETOS

a) *Sujeto activo*. Este delito lo pueden cometer el padre, la madre o los demás ascendientes legítimos o *illegítimos*, y ello constituye una importante variación respecto al parricidio, que sólo considera a los ascendientes (o descendientes) *legítimos*.

b) *Sujeto pasivo*. Además del vínculo de parentesco referido, el sujeto pasivo requiere un término de vida que no supere las cuarenta y ocho horas a contar desde el parto. Sobre los problemas que plantea la frase utilizada por este artículo "después del parto", en cuanto es el punto de referencia para delimitar el momento en que principia la vida autónoma como objeto de protección jurídico-penal, véase lo expuesto supra (Nº 4).

Las cuestiones relativas a la prueba del parentesco ilegítimo deben ser resueltas sustancialmente en la misma forma que se examinó al tratar el punto en el parricidio (véase supra). Por tanto, ese parentesco podrá acreditarse por cualquier medio de prueba y no sólo de acuerdo a las normas del C.C. Además, como acertadamente hace notar ETCHEBERRY, "dado el breve plazo dentro del cual debe cometerse el delito [...] en la práctica sería imposible exigir que dentro de él se hubieren verificado las formalidades civiles del reconocimiento".¹⁶

26. LA CONDUCTA

En cuanto a la *acción* de matar, valga todo lo explicado respecto del homicidio (véase supra Nº 8). La posibilidad de infanticidio por *omisión* sugiere, en cambio, algunas dudas sistemáticas, aunque con trascendencia limitada, atendida la identidad de pena entre infanticidio y homicidio.

A diferencia de lo que acontece respecto del homicidio, a lo menos del homicidio doloso, no es escasa la jurisprudencia sobre infanticidio por omisión. En fallo de la CA de Concepción de 1939 se decidió que es responsable de infanticidio la madre que al nacer la criatura y caer dentro de un pozo, no le presta los auxilios necesarios para evitar que perezca, pues *omitir* los actos necesarios para extraerla y la dejó así perecer (GT, 1939-II, 174-779). En fallo de esta misma Corte de 31 de octubre de 1902 se condenó con razón por *abandono* y no por *infanticidio por omisión* a la madre que dejó a una criatura a orillas de un estero, la que murió por falta de atención y frío (GT, 1902-II, 2575-944; en el mismo sentido, GT, 1931-I, 101-431).

¹⁶ D. P., III, p. 74.

A primera vista pareciera que la trascendencia práctica es nula, pero bien se pueden concebir hipótesis de homicidio calificado por omisión como en el caso de premio o promesa remuneratoria, en que la posibilidad no merece dudas, y otros en que, aunque más cuestionablemente, también sería posible concebir la hipótesis (así, el ensañamiento).

Al tratar del parricidio fundamentamos la exclusión de la forma omisiva en razón del principio *non bis in idem*, que sería transgredido si se considera el parricidio (con los límites que allí se señalaron) no sólo para fundamentar la punibilidad (en cuanto homicidio), sino también para agravar la pena.¹⁷ Estas consideraciones, sin embargo, no juegan en el caso del infanticidio. En efecto, el infanticidio es un delito especial (homicidio privilegiado) no solamente en razón del parentesco, sino también en virtud del *sujeto pasivo* (*hijo o descendiente de no más de cuarenta y ocho horas*). En efecto, si se castigara al padre o madre por homicidio, se estaría prescindiendo de la circunstancia especial de que el sujeto pasivo no es cualquiera, sino un *infante de menos de cuarenta y ocho horas*. Por otra parte, el que se tome en cuenta dos veces el parentesco, una para fundar la posición de garante y otra como causa *minorante* de la pena, no viola el principio *non bis in idem*, establecido como garantía en favor del reo.

En síntesis, si la relación de parentesco funda la posición de garante (p. ej. madre-hijo) y se omite evitar la muerte, el agente comete infanticidio por omisión, supuesto que la víctima tenía una edad no superior a cuarenta y ocho horas. Si la relación de parentesco (otra de las previstas en el art. 395) no es fundante de esa posición de garante, *el hecho no es omisión punible*. En este segundo caso, si el ascendiente no es garante por su parentesco, pero sí por otro título (profesión, contrato, etc.), su omisión sería inculpada como infanticidio.

III. COMUNICABILIDAD E INFANTICIDIO

27. LA SOLUCIÓN NO ES IDÉNTICA A LA PROPUESTA PARA EL PARRICIDIO. NECESIDAD DE ROMPER LA ACCESORIEDAD

Generalmente se sostiene entre nosotros que el tema de la participación de extraneus e intraneus en el infanticidio debe ser abordado y resuelto del mismo modo que en el parricidio y que, por otra parte, el asunto carece de interés práctico, ya que las penas de homicidio e infanticidio son las mismas.¹⁸ No creemos que la solución para el infanticidio deba ser idéntica a la propuesta para el parricidio y la decisión tiene trascendencia práctica, no ya cuando se dan los presupuestos de un homicidio simple, pero sí cuando concurre alguna de las calificantes del homicidio (asesinato). Tanto da, en efecto, desde el punto de vista de la pena, castigar al extraneus como instigador de infanticidio o como instigador de homicidio simple, y es también lo mismo castigar al intraneus como instigador de homicidio simple del extraneus o como instigador de infanticidio.

¹⁷ Sobre disidencia de GISOJA, vid. supra, § 2º, nota 6. La solución del texto (correcta) demuestra, a juicio del disidente, la inconsecuencia del razonamiento en lo tocante al parricidio.
¹⁸ Cfr. ETCHEBERRY, D. P., III, p. 78.

Salvo la eventual influencia de la circunstancia del art. 13, que, como se verá más adelante, crea no pocas perpeticidades. Pero donde en verdad el tema adquiere extrema relevancia es en la disyuntiva infanticidio-asesinato. No repugna a la lógica ni a la equidad que el extraño inductor o partícipe de infanticidio, en que media alguna de las circunstancias que califican el homicidio, sea castigado a título de asesinato, ya que él no puede invocar las circunstancias personales que fundan el privilegio del intraneus.¹⁹ Pero la situación inversa conducida, con un apego estricto al principio de la accesoriidad, a castigar al intraneus como instigador o cómplice de asesinato y no de infanticidio con la mera agravante correspondiente del art. 12, de donde resultaría una considerable desproporción, que perjudicaría al reo notablemente si en vez de dar muerte en persona a la criatura, instiga o auxilia a un extraño.

Según GIMBERNAT, hacer responder al *intraneus* por asesinato "es injusto, pues se le trata igual que a los partícipes *extraneos* en un asesinato en quienes no concurren las cualidades y circunstancias especialísimas", que se dan, por ejemplo, en la madre o en los abuelos.²⁰

La solución que propone es castigar por asesinato, pero con las atenuantes de parentesco y eventuales de carácter pasional (ante la ley chilena eventualmente imputabilidad disminuida o estímulos poderosos).

Para quienes estamos convencidos del carácter instrumental del Derecho Penal al servicio de necesidades prácticas de la sociedad, no será permisible que un solo ser humano, por excepcional que sea el caso imaginado, sufra una pena absurdamente desproporcionada, sólo en obsequio a razones de equilibrio formal o de mera sistematica. Para que la interpretación no entre en conflicto con la equidad no cabe sino romper aparentemente la accesoriidad y castigar al intraneus como partícipe de infanticidio y no de asesinato. En este caso están en pugna dos principios: el sistemático de la accesoriidad y la *voluntad de la ley de asignar un trato más benévolo, en ciertas circunstancias, a determinados parentescos*. Hemos dicho que la ruptura de la accesoriidad es en verdad aparente, porque, si bien se mira, puesto que la accesoriidad no lo es del autor, sino del hecho realizado por el autor, en el caso que nos ocupa este hecho es la muerte de una persona *dentro de las cuarenta y ocho horas* después de parida y a ese hecho accede la conducta del partícipe *intraneus*, cuyo nexo personal con la víctima lo hace acreedor de un tratamiento penal benigno. Del mismo modo como la mujer que consiste en que se le cause un aborto para ocultar su deshonra no extiende su atenuación al extraño que se lo causa, tampoco la instigadora o cómplice de la muerte dolosa de su hijo, dentro de las cuarenta y ocho horas, extiende su beneficio al extraño ejecutor, *pero tampoco lo pierde por no haber ella realizado materialmente la acción de matar*. La solución que propugnamos: el extraño es ejecutor de asesinato, el intraneus partícipe de infanticidio, puede desconcertar sólo a quienes preocupen excesivamente los puritos sistemáticos. Si un dogma se revela incompatible, no ya solamente con el sentimiento de justicia, sino además con la lógica y el buen sentido, según los cuales *hacer menos* (participar) no puede castigarse más severamente que *hacer más* (ejecutar el tipo material), el dogma deja de serlo.

¹⁹ Cf. DR. ROSAL, COBO, MOURRUA, DPE, P.E., p. 316.

²⁰ Op. cit., p. 287.

28. INFLUENCIA DE LA CIRCUNSTANCIA DEL PARENTESCO

Un último problema vinculado en forma mediana con el anterior es el de la influencia de la circunstancia modificatoria de responsabilidad criminal del parentesco (art. 13 C.P.), no naturalmente respecto del agente de infanticidio, para quien no influye ya que el parentesco es uno de los elementos del tipo privilegiado, pero sí respecto de los demás parentescos previstos en el art. 13, y *no contenidos en el art. 395*, que participan en el delito. En cuanto extraños serán castigados por homicidio, simple o asesinato, según los casos, pero es preciso decidir si el parentesco servirá de atenuante, de agravante o no se tomará en cuenta en esta clase de delitos. GIMBERNAT piensa que es agravante.²¹ En efecto, en la figura de infanticidio del Código español, el padre no está previsto como sujeto activo de infanticidio, sino solamente la madre y los abuelos maternos. Para el padre que participa en el infanticidio habría, según la teoría dominante en España, partícipio, y para GIMBERNAT, infanticidio con la agravante de parentesco.²² De acuerdo con esta tesis y conforme a nuestra legislación, el hermano que participe en un infanticidio respondería por infanticidio agravado por el parentesco. Nosotros hemos sostenido antes que el extraño es partícipe de homicidio y no de infanticidio. En cuanto al valor agravatorio que se concede a la circunstancia, el punto es discutible: si se atiende al criterio que inspira el partícipio o las lesiones corporales contra las personas; pero si se lo mira para el caso particular de una víctima menor de cuarenta y ocho horas, el parentesco es motivo de la disminución de pena. En la duda, pareciera lo más sensato considerar que estas relaciones de parentesco en ningún caso podrían ser tomadas en cuenta como agravantes, porque ello iría contra el sentido de la figura de infanticidio, pero tampoco hay fundamentos suficientes para darle un valor mitigatorio. En principio, la contradicción a que conduce la disyuntiva debería llevar a la conclusión de que el solo parentesco no es en estos casos una circunstancia que pueda modificar su responsabilidad. Otra cosa es que el parentesco se infiere en casísticas excepcionales de solidaridad familiar, en que la atenuación, si cabe, tendrá su raíz y ubicación dogmáticas en las atenuantes pasionales.

²¹ Op. cit., p. 286.

²² Loc. cit.

I. NOMENCLATURA. DEFINICION. TIPOS DE ASESINATO

29. NOMENCLATURA

Nuestra ley no emplea para referirse a las diversas figuras del art. 391, Nº 1º, el nombre de homicidio calificado y tampoco la fórmula española de asesinato. Esta última puede ser impugnada por su impropiedad, ya que tradicionalmente se la ha referido solamente al homicidio por mandato remunerado.

Aunque se ha generalizado entre nosotros la fórmula homicidio calificado, no vemos obstáculo para emplear indistintamente la nomenclatura asesinatos u homicidios calificados.

En el proceso que motivó la petición de extradición de Walter Rauff, confisco de responsabilidad en la muerte de 97.000 personas, a través de dispositivos especiales colocados en camiones para matar mediante el gaseamiento, se decidió en el fallo de primera instancia, mantenido en esta parte por el de segunda, que esa conducta, que corresponde en la legislación alemana al título múltiple de *Mord* (asesinato), lleva en Chile el nombre de *homicidio calificado* (C.S., 1965; RCP, XXII, pp. 40 ss.).

Tal vez si esta última denominación no sea la más recomendable por razones prácticas, ya que la palabra *calificado* es usada para todos los tipos agravados que se contemplan dentro de nuestra ley, de tal manera que la voz asesinato da una mayor especificidad a esta clase de homicidios y facilita su individualización.

En general, la legislación de los diversos países prefiere distinguir dentro del género homicidio las formas *agravadas* de la *simple* y se da una denominación especial a las primeras. En Alemania Federal se ha conservado la tradición medioeval de reservar el nombre de *Mord* a las formas más graves de homicidio doloso y *Totschlag* para la forma simple; en cambio, en el Código de la R.D.A. se ha usado una sistemática novedosa y en la voz *Mord* se comprenden el homicidio simple y el calificado, aunque con penas diferenciadas, mientras el homicidio *Totschlag* se restringió a los casos de homicidio doloso de más baja gravedad (emocional, infanticidio, etc.). En Francia, se distingue entre *assassinat* y *meurtre*, y en el Código italiano se optó por describir el homicidio y añadir circunstancias que lo agravan, sin darle un nombre especial en estos últimos casos.

30. LOS TIPOS DE ASESINATO

A. Definición conceptual

De acuerdo con el art. 391, Nº 1º, el asesinato consiste en matar a otro (Vid. supra) concurriendo alguna de las circunstancias que se señalan en ese numerando. Aplicando las reglas sobre la especialidad, debe concluirse que el infanticidio prevalece sobre cualquiera de las formas de homicidio calificado, de manera entones que, si alguno de los ascendientes a que se refiere el art. 395 mata al hijo o descendiente dentro de las cuarenta y ocho horas después del parto, cometerá infanticidio y no homicidio calificado, aun cuando concorra alguna de las calificantes previstas en el Nº 1º del art. 391, las que sólo podrán ser computadas al infanticidio, si caben, como agravantes de acuerdo al art. 12. Como, por otra parte, el art. 391 expresamente fija su vigencia para todo caso de matar a otro que "no esté comprendido en el artículo anterior", relativo al parricidio, los tipos de asesinatos serán los de matar a otro con algunas de las calificantes del Nº 1º del art. 391, siempre que no se den los presupuestos que especifican el parricidio o el infanticidio.

B. Tipo con pluralidad de hipótesis

La forma como la ley ha construido el asesinato es la de un tipo con pluralidad de hipótesis, lo que plantea dos clases de problemas: (a) concurso de calificantes y agravantes, y (b) concurso de calificantes.

a) *Concurso calificado más una agravante común.* Varias de las calificantes de la figura de asesinato del art. 391 constituyen también agravantes comunes, lo que es fácil de advertir, especialmente si se cotejan esas calificantes con las agravantes del art. 12. Esto podría hacer pensar en la posibilidad de tomar en cuenta en un homicidio calificado y dentro del marco penal de este una agravante coincidente con esa calificante (p. ej., homicidio calificado por premeditación -art. 391, Nº 1º, circunstancia 5º- más agravante de premeditación del art. 12, inc. 1º, que según queda excluida en virtud de lo que dispone el art. 63, inc. 1º, que señala que no producirán el efecto de agravar la pena las circunstancias agravantes que la ley haya expresado al describir y penar el delito. Por lo demás, aunque la ley no lo hubiese dicho, una interpretación distinta quebrantaría el principio del *non bis in idem* sobre la base de la consunción.¹

Obvia decir que la situación es diferente si la agravante que se invoca nada tiene que hacer con el contenido de las calificantes (p. ej., asesinato más reincidencia), en que la circunstancia influirá en la pena de acuerdo con las reglas generales.

b) *Concurso de calificantes.* Decíamos que del hecho de que el asesinato sea un tipo con pluralidad de hipótesis, resulta la posibilidad de concebir un concurso de calificantes (p. ej., se mata a otro con alevosía y ensañamiento). Para algunos, especialmente en la doctrina española,² la concurrencia de más de una

¹ En el mismo sentido, LABATUT, D.P.F.E., p. 296; FRIEDBERG, D.P., III, p. 49.

² Cf. ARON OMERA y RODRÍGUEZ MUÑOZ, op. cit., p. 236; DIEZ ROSA, CORO, MOURURO, DPE, P.E., p. 196; CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, II, p. 447.

calificante debe traducirse en que alguna de ellas (cualquiera) se tome como elemento integrador del tipo calificado y la calificante residuo operará como agravante común, aumentando la pena según las reglas generales, dentro del marco penal del homicidio calificado. Tal vez si el fundamento de esta posición sea la mayor reprochabilidad por la pluralidad de circunstancias.

Una segunda corriente³ sostiene una interpretación amplia del art. 63, de tal manera que por el solo hecho de que en la descripción del asesinato se contengan cinco hipótesis, no producen el efecto de agravar la pena cualquiera de las circunstancias agravantes comprendidas en esa descripción. La calificante residuo no puede, pues, ser tomada en cuenta para el efecto de agravar la pena, por prohibido el art. 63. Ello no significa que las calificantes pierdan su carácter de *circunstancia* para otros efectos, por ejemplo, para los de comunicabilidad a los coparticipes; lo único que está vedado es considerarlas agravantes para aumentar la pena prevista en el art. 391, Nº 1º para el asesinato en cualquiera de sus formas.

Los riesgos de la primera tesis, aun si se prescinde de la interpretación puramente formalista del art. 63 (más o menos extensa), son muy grandes, sobre todo en una figura de un marco penal que llega hasta la pena de muerte, de tal manera que las disquisiciones en torno a este asunto trascienden el mero ejercicio retórico. El parecido de las distintas calificantes en su fundamentación haría muy cuestionable que unas y otras sean computadas más de una vez. Por otra parte, el vasto marco penal y la norma general del art. 69 no impiden al juez, sino que, por el contrario, le permiten moverse con flexibilidad en la elección de la pena, sustrayéndose al absurdo, según casi antimético de nuestro Código en lo que concierne a la influencia de las circunstancias atenuantes y agravantes. En suma, la pluralidad de calificantes, podrá o no ser considerada por el juez, pero sólo en el ámbito de su discrecionalidad, sin rebasar los márgenes del art. 63.

II. CALIFICANTES DEL HOMICIDIO

31. LA ALEVOSÍA

A. Definición legal

Aunque es la primera de las circunstancias enumeradas en los casos del Nº 1º del art. 391, su concepto debe extraerse del art. 12, Nº 1º: "entendiéndose que la hay cuando se obra a traición o sobre seguro". El alcance de estos conceptos es inseparable de una definida tradición histórico-cultural, que no sólo recoge la ley, sino también el léxico. El Diccionario de la Lengua la caracteriza como "*cañela* para asegurar la comisión de un delito contra las personas, sin riesgo del delincuente", y el modo adverbial "con alevosía", como "a traición y sobre seguro", de donde parecería inferirse que ambas expresiones tienen una misma esencia.⁴

³ Cf. GUSTAVO LABATUT, D.P.F.E., p. 296; ECHIBERRY, D.P., III, p. 50.

⁴ Cf. POLINOFF, nota a sentencia, en RCP, XVII, p. 77.

B. Legislación comparada

El Derecho alemán agrava el homicidio cometido *heimtückisch*, expresión que arranca de la idea de lo oculto y comprende tanto el ocultamiento de la intención cuanto el obrar sobre seguro. Los comentaristas de los dos sistemas alemanes coinciden en poner énfasis en el aspecto objetivo, esto es, en el aprovechamiento de la ingenuidad o desvalimiento de la víctima, más que en una cobardía intrínseca del hechor.⁵ En el Derecho italiano existe sólo la circunstancia agravante de "haber aprovechado las circunstancias de tiempo, lugar o personas que obstaculicen la defensa pública o privada". De los términos de la ley es explicable la interpretación prevaletentemente objetivista de la doctrina de ese país. También existen algunos sistemas legislativos que no contemplan formalmente esta agravante o la confunden con la premeditación, caso de Bélgica, Holanda y Uruguay.

C. Criterios

a) *Criterio objetivo.* Según QUINTANO RIPOLLÉS, el núcleo esencial de la alevosía estriba, no en la cobardía del ofensor, sino en la indefensión de la víctima. "La explicación de esta agravante —dice— no puede ser otra que la de proveer a una más eficaz protección de las eventuales víctimas desvalidas, aunque el desvalimiento sea ocasional."⁶ De acuerdo con esta tesis, habría que concluir que si alguien ataca a otro, sin disimular su propósito agresivo, de resultados de lo cual la víctima huye y, al tropezar en su huida, es herida mortalmente por su perseguidor, el homicida sería alevoso, ya que el agredido se encontraba indefenso.⁷

No es fácil hallar fallos que, de manera explícita, se pronuncien por un criterio objetivista. Pero son numerosos los que, por la vía de satisfacerse con la sola indefensión de la víctima, entendiendo que se obra sobre seguro, manifiestan esa tendencia. Así, en un caso en que la víctima cayó mientras huía, circunstancia que aprovechó el hechor para herirlo mortalmente, la CS calificó el homicidio de alevoso (CS, 1958: RCP, XVII-74). En un caso más reciente, el hecho de que la víctima fuera atacada cuando caminaba en traje de baño, de modo que el hechor sabía a ciencia cierta que no podía encontrar más defensa que las débiles de una mujer despreocupada... y para asegurarse buscó de propósito el borde del baranco... para entorpecerle el caminar, arrojándola al fondo de él, determinó también una calificación de homicidio alevoso (lo que los sentenciadores no dicen es que el hechor, sendamente, movido además por propósitos lascivos, difícilmente tomó en cuenta todas estas condiciones de desvalimiento para asegurar sus fines) (CS, 1965: RDJ, LXII-99); véase

⁵ MAURACH, DStR B.T., pp. 34 ss.; WELZEL, DStR B.T., p. 84; *Kommentar* DDR, p. 80.

⁶ QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, p. 207; cfr., además, *Tratado* P.E., I, pp. 235-33. Ya SILVA estimaba en España que todas las circunstancias agravantes tenían un carácter objetivo (*Derecho Penal*, 1903, p. 177) y sólo tenía dudas respecto de la premeditación (p. 216). ANTON ONECA asigna a la alevosía sólo "carácter predominantemente objetivo" (op. cit., p. 352), y de ahí que incluya "un elemento subjetivo especial, constituido por determinados fines, a los que se ordena la elección de los medios o formas ejecutivas", lo que lo lleva a señalar que es indiscutible que se dé esta tendencia "cuando la situación no ha sido ni procurada ni esperada de propósito, sino aprovechada de improviso por el delincuente" (op. cit., pp. 352-353). Entre nosotros, ETCHEBERY estima que "la alevosía es una circunstancia más bien objetiva, de origen hispánico", pero agrega que "supone además la presencia de un elemento subjetivo: el ánimo alevoso" (D.P., III, p. 60).

⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito*, 1954, p. 487. Por el criterio objetivo de la falta de riesgo para el agresor, se pronuncia, conforme al derecho venezolano, J.R. MENDOZA, *Defensas penales*, III (1969), p. 176.

también CA de Concepción: GT, 1913, 658. En otro caso en que la sola circunstancia de haber disparado por la espalda motivó que el agente fuera inculcado por homicidio con alevosía hubo un voto disidente que juzgó que este caso hecho no bastaba para darla por establecida (CA de Concepción 1955: RDJ, LII-156).

b) *Criterio subjetivo.* Es la tesis predominante en la doctrina española: el énfasis es puesto en el reproche moral (vileza, cobardía) y en criterios criminológicos (mayor peligrosidad). JIMÉNEZ DE ASÚA explica que "la alevosía es eminentemente *subjetiva* y [...] debe apreciarse sólo cuando indica en el agente traición, cobardía o propósito de aseguramiento". Para FERRER SAMA, el carácter subjetivo de la alevosía fluye no sólo del buen sentido, sino también de la moderna orientación de la ciencia penal, "basada cada día más en el factor personal".⁸

Hay también numerosos fallos de nuestra jurisprudencia que han acogido expresamente el criterio subjetivo. Así, la CA de Temuco señala que se obra traicioneramente cuando se actúa de manera solapada, encubierta, ocultando insidiosamente el ánimo hostil a la víctima, y que sobre seguro equivale a cobardía (1962: RDJ, LIX-172); en tal sentido, también la CA de Valparaíso: "La alevosía implica el perverso propósito del agresor de atacar a su víctima de modo cauteloso..." (1959: RDJ, LVI-110); del mismo modo, la Corte Suprema respecto de un caso en que los hechos se acercaron a la víctima simulando buscar a un tercero y sorpresivamente la tomaron de los brazos, la golpearon para derribarla, y después de amarrarla la golpearon repetidamente, estima que obrar a traición denota principalmente perfidia (1963: RDJ, LX-253).

c) *Crítica.* Una posición puramente objetivista, esto es, fundada en la sola indefensión de la víctima, es inadmisibles. Tiene razón CAMARGO cuando observa que con este criterio nada impediría la apreciación de la alevosía también en los delitos culposos.⁹ Se ha observado, asimismo, en lo que concierne al caso de la víctima que cae en su huida y es herida por la espalda, que constituye un contrasentido "exigir al delincuente, para desvanecer la alevosía, que se detenga en su impulso agresivo, ya en desarrollo, hasta que la víctima pueda ponerse de pie y proseguir entonces el acometimiento".¹⁰ Parece claro, pues, que no es bastante la indefensión de la víctima, ni siquiera que esta indefensión sea conocida por el hechor, sino que será preciso, en todo caso, que el aprovechamiento de ese estado se busque de propósito por el delincuente.

Pero un criterio puramente subjetivo es también inaceptable, ya que ello conduciría a prescindir de las innegables exigencias objetivas que se desprenden

⁸ *Comentarios*, I, p. 327. En PACHECO ya encontramos con mucha claridad expresada esta concepción subjetiva de la alevosía: "La alevosía es una de las mayores vilezas que pueden rebajar a un delincuente, y también uno de los peligros que alarman más a la sociedad entera. El alevoso es semejante al reptil, que llega callado, arrastrándose, sin anunciar su ira, sin dar lugar para la defensa. Por lo mismo que le falta a él el peligro, por lo mismo es más abyecto y más odioso. La ley debe hacer con él lo que con los reptiles hacemos: aplastarlos sin misericordia". "No tiene lugar en todos los delitos, pero enérgicamente bien aquello sobre que cae" (op. cit., I, 1881, p. 218). En términos muy semejantes se expresaba GROZANO, *El Código Penal de 1870*, I, 1897, pp. 378 ss. Por su parte VIADA sostenía respecto de todas las circunstancias agravantes que "son hijas de ese mayor grado de perversidad que puede manifestarse en la comisión de todo delito..." (*Código Penal Reformado de 1870*, I, 1890, p. 247). Quien con mayor fuerza ha defendido en la actualidad el carácter subjetivo de la alevosía, en España, ha sido CESAR CAMARGO, *La alevosía*, 1953, pp. 39 ss. Cfr. además, DEL ROSAL, COBO, MOURULLO, DPE, P.E., p. 197.

⁹ CAMARGO, *La premeditación*, p. 39.

¹⁰ POLITOFF, nota cit., en RCP, XXVII, p. 79.

de la conformación dogmática de la calificante que pide un *estado real* de indefensión.¹¹ Por ello, no es alevoso el homicidio de la víctima que se había fingido dormida y esperaba alerta el acometimiento del hechor, no obstante lo cual el agente, logrando vencer la resistencia de aquella, consuma en definitiva su propósito.¹² Por fin, cabe observar que un criterio puramente subjetivista conduce a una tipología de autor inadmisibles en nuestra dogmática y que, como ya hemos tenido oportunidad de manifestar, también rechazamos como una eventual posición de *lege ferenda*.

D. Planteamiento dogmático

Antes se ha dicho que es una generalización apresurada la idea de que las circunstancias sean simples criterios mesuradores de culpabilidad, pueden serlo, también, de un mayor injusto. En la alevosía vemos precisamente un caso en que confluyen ambas ideas: la mayor daniosidad social (mayor injusto) del ataque a la víctima desvalida deriva, por una parte, de la transgresión a valores culturales elementales y, por la otra, de la obligación social de acordar una protección más intensa y eficaz a quienes se hallan en situación de inferioridad. A su vez, el reproche de *culpabilidad* ha de ser por fuerza más riguroso para el sujeto que ha revelado una mayor perversidad moral (que es también mayor *libertad*, expresada en la energía para vencer las *propias inhibiciones*).

Ambos desvalores (de injusto y de reprochabilidad) se encuentran presentes en las dos clases de homicidio alevoso: a traición (proditorio) y sobre seguro. Aunque no siempre es fácil escindir estas dos ideas, predomina en la de traición el ocultamiento de la intención, mientras en la de obrar sobre seguro, lo que se ha llamado "el ocultamiento del cuerpo".

A propósito de la idea de traición, no debe tomarse al pie de la letra la conocida imagen de CARRARA del asesino que se acerca con la sonrisa en los labios. La doctrina señala otros casos que derivan principalmente de las relaciones de confianza entre el hechor y su víctima: sea provocar la ingenuidad de la víctima, sea reforzar su ingenuidad o servirse del vínculo de confianza así como de determinados hábitos de vida de la víctima.¹³ Entre nosotros, ETCHEBERRY sostiene que "la confianza de la víctima puede nacer de una actitud expresamente adoptada por el delincuente con tal fin, o de las habituales relaciones que entre ambos existen: familiares, de amistad, domésticas, etc. En todo caso, es esencial que la actitud de disimulo esté dirigida al aprovechamiento de la confianza que ella despierta".¹⁴

¹¹ Obrar a traición o sobre seguro no es simplemente actuar "en la creencia" de la ingenuidad o desvalimiento de la víctima.

¹² De ahí que hay autores que si bien dan supremacía al aspecto subjetivo, no dejan de considerar el aspecto objetivo: así, DR. ROSAL COBO, MOURRINO señalan que si bien en la definición de la ley "parece aludirse exclusivamente a una *tendencia objetiva*, lo cierto es que la actuación es alevosa sólo en la medida que el autor aprovecha esa *tendencia objetiva* y la *evidencia* al aseguramiento del resultado y a la evitación del riesgo propio. En definitiva, la alevosía requiere que el agente imprima a los medios, modos o formas de la ejecución un movimiento que tienda *direc*ta y *especialmente* a asegurar la muerte y evitar los riesgos que pudieran proceder de una posible defensa. No basta, pues, la simple tendencia objetiva de los medios, modos o formas de ejecución". (DPE, P.E., p. 197)

¹³ Cf. *Kommentar DDR*, p. 76.

¹⁴ D.P. P.E., III, p. 58.

Respecto de los niños de corta edad, se sostiene generalmente que no es posible concebir la calificante y ello pareciera encuadrar en lo que dispone el art. 63 CP., según el cual no producen el efecto agravatorio las circunstancias si la concurrencia de las cuales el delito no puede cometerse.

Nuestra jurisprudencia, sin embargo, ha tenido decisiones contradictorias. Así, la CA de Concepción señala: "4º [...] es indispensable hacer notar que la víctima [...] era una guagua de sólo un año de edad y, a la vez, que la reo, como se desprende de los antecedentes examinados en los considerandos precedentes y en los de la sentencia de 1ª instancia, [...] estaba a solas con ella, teniéndolo enteramente a su merced, lejos de toda persona que hubiera podido acudir en su auxilio y defensa; 5º Que resulta, así, evidente que la reo cometió el homicidio en la persona del niño Navarrete con la plena seguridad de no exponerse en la ejecución del delito a riesgo alguno proveniente de la defensa del ofendido -absolutamente incapaz de hacerlo por sí mismo- ni de terceros que en otras circunstancias hubieran podido acudir en su auxilio; 6º Que no se trata, pues, en la especie, de la circunstancia agravante Nº 6 del art. 12 del Código Penal, [...] sino de la alevosía..." (GT, 1939-2, II, 175-781). Pero, por otra parte, la Corte Suprema ha declarado que la sola circunstancia de que la víctima fuera un ciego no es suficiente para acreditar alevosía (1957: RDJ, LIV-20).

Distinto es el caso, resuelto por la jurisprudencia alemana, de la criatura a la cual se le suministra la sustancia letal de sabor amargo añadiéndole un componente dulce que impedirá que el niño rechace la pócima o el empleo de artides para colocar en situación desprevenida a la persona que tiene a su cuidado el niño.¹⁵

Una consideración especial merecen los casos en que el homicidio cometido generosos que excluyen la inadecuación de la víctima va acompañado de motivos homicidio alevos, habita que reconocer en él una circunstancia minorante. Así, la amante del condenado a muerte que para evitarle los sufrimientos y angustias del ajusticiamiento, le suministra un veneno bajo la apariencia de un calmante. Para casos de esta índole, observa MAURACH con razón que lo que queda desvirtuado es la alevosía en cuanto manifestación de una personalidad perversa.¹⁶

En cuanto a la idea de *sobre seguro*, que, según antes explicó, no difiere en su esencia de la idea de *traición*, contiene, sin embargo, un matiz diferencial: el énfasis no aparece puesto en el ocultamiento de la intención, sino en el ocultamiento del cuerpo del agente o de los medios; en todo caso, un ocultamiento que tiene más de material que de moral. A esta idea se vinculan las de acechanza (*guetters*, en el Derecho francés; *agguato*, en el Derecho italiano) y, en general, las emboscadas y otras formas equivalentes.

Es posible que muchas de las hipótesis de aprovechamiento del desvalimiento objetivo de la víctima, que no requieren un disimulo de la intención aunque tampoco de un verdadero acecho o emboscada, puedan enmarcarse más bien en la idea de "sobre seguro" que en la de traición. El encuadramiento preciso en una u otra idea no tendría importancia práctica, supuesto que se responda afirmativamente a la presencia del elemento objetivo (desvalimiento) y subjetivo (aprovechamiento de propósito). Subsistirían, sin embargo, algunos casos especia-

¹⁵ Cf. SCHWABZ-DREHER, op. cit., p. 642.

¹⁶ Dst. B.T., p. 35.

les en que el desvalimiento es connatural al delito: dar muerte a un ciego o a un niño de corta edad, en que el solo obrar sobre seguro y su aprovechamiento consiente no bastan para transformar al homicida en asesino, por aplicación del art. 63. Pero podría acontecer que a esta conducta, *inevitablemente* "sobre seguro", se agreguen características del modo de comisión que le hagan recuperar su carácter alevoso, sea por la vía de añadir un modo de traición, sea por un reforzamiento de la falta de riesgo para el hechor (como dar un narcótico a la enfermera que tiene el cuidado de un paciente ciego o a la aya de la criatura inermes).

Sobre las relaciones de la alevosía con la premeditación (especialmente en su forma de sobre seguro), véase infra N° 35, B a).

32. PREMIO O PROMESA REMUNERATORIA

A. Origen y naturaleza

Esta forma de asesinato se remonta al crimen *sicarii* romano. Para los prácticos italianos la misma expresión *asesinato* comprendía todo homicidio cometido por cuenta y orden de otro. CARMIGNANI y CARRARA restringen la expresión al homicidio cometido por recompensa, que no debe necesariamente consistir en dinero.¹⁷ Se trata, por lo tanto, de una calificación de antiguo origen.¹⁸

La enérgica denuncia de los tratadistas al carácter especialmente vil de esta clase de asesinato es justificada y no vale la pena insistir aquí sobre ello. Al reproche puramente moral pueden añadirse razones criminológicas y de política criminal incontestables. El viejo argumento referido al ánimo de lucro, en el sentido de que frente a este ánimo no es bastante la conciencia de no tener enemigos para sentirse a salvo de atentados, es perfectamente aplicable al homicidio venal. La falta de un verdadero móvil personal aumenta las dificultades de su descubrimiento, y de ahí la frecuencia con que en países de criminalidad altamente sofisticada, el crimen del sicario queda impune. Tampoco deben olvidarse la extrema gravedad y el repulsivo carácter que revisten las bandas organizadas para cometer homicidios por encargo. Así, los llamados sindicatos del crimen, de triste fama en los Estados Unidos.

B. Definición legal

Se ocupa de esta calificación el art. 391, N° 1º, circunstancia 2ª, en tanto que la agravante homóloga está prevista en el art. 12, N° 2º. Aunque FUENSALEDA señala que no hay diferencias entre ambas hipótesis,¹⁹ los textos presentan algunas variantes

significativas. Desde luego, en lo que concierne a su extensión al mandante y al mandatario del homicidio, tiene interés, como se verá, que la calificación aparece descrita con la preposición *por*, donde se ha querido ver una restricción al solo mandatario (vid. infra), en tanto que la agravante lleva el adverbio *mediante*, que ha sido invocado para sostener que la agravación afecta al dador y al receptor de la remuneración.

Por otra parte, el asesinato tiene lugar cuando se mata a otro por "premio o promesa remuneratoria" y la agravante se aplica en general a cualquier delito: existe cuando éste se comete mediante "precio, recompensa o promesa".

C. Planteamiento dogmático

Los términos diferenciadores con que está construida la calificación frente a la agravante común plantean dos problemas fundamentales: a) si dicha calificación se extiende tanto al mandante como al mandatario, y b) si la naturaleza del premio o promesa consiente otra clase de compensaciones que no sean evaluables en dinero.

• a) *La calificación opera tanto respecto del mandante cuanto del mandatario.* Hay algunos autores que sostienen que la calificación opera tanto respecto del mandante cuanto del mandatario. El premio o promesa alcanzaría a ambos copartícipes en opinión de SOLER, para quien el homicidio es calificado tanto para el que da o promete recompensa como para el que la recibe. El fundamento de ello sería de tipo material: la gravedad del hecho para uno y otro reside en que el ejecutor lo realiza sin motivo personal alguno y por un bajo impulso (la recompensa), mientras que el mandante procura "su seguridad y aun su impunidad, apelando a ese medio premeditado y artero".²⁰ Por su parte, NÚÑEZ, admitiendo que tanto el mandante como el mandatario concurren por una razón de carácter formal: "la ley los ha colocado en situación de igualdad".²¹ En España, RODRÍGUEZ DE VESA es categórico al afirmar que el asunto se ha de resolver "como lo ha hecho el Tribunal Supremo, haciendo responsable de asesinato (y no de homicidio común) al que ofrece el precio como al que lo recibe".²²

Desde BECCARIA y CARMIGNANI se ha sostenido por la mayoría de la doctrina que la odiosidad y bajeza inherentes al asesinato, en sentido estricto, sólo corresponden al mandatario, o sea al *sicario*, que es quien se vende, y no a aquel que mediante premio o promesa remuneratoria demanda sus servicios.²³

Entre nosotros se ha dado una razón formal en apoyo de este segundo criterio. Cuando la ley agrava la responsabilidad con base en el precio o recompensa, se sirve del adverbio *mediante*, en tanto que tratándose de la calificación

¹⁷ Cf. SOLER, DPA, III, p. 45; además, GÓMEZ, *Tratado*, II, p. 60.

¹⁸ NÚÑEZ, DPA, III, p. 50. Nos parece que la razón formal invocada por NÚÑEZ se apoya en la especial forma en que el Código Penal argentino señala la pena del inductor: "en la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo" (art. 45 últ. parte). En el mismo sentido, cfr. FONTÁN BAILESTRA: "El apartado se aplica también a quien efectúa el pago o promesa, conforme a los principios generales de la participación (art. 45)" (*Manual de Derecho Penal*, P.E. (1951), p. 32).

¹⁹ Op. cit., p. 47. Cfr. también CUELLO CALÓN, op. cit., II, p. 456; DEL ROSAL, COBO, MOURULLO, DPE, P.E., p. 200, en definitiva de la misma opinión, pero fundamentada de un modo muy particular, QUINTANO, *Tratado*, P.E., I, pp. 225 ss., 245 ss. En todo caso, al decir del propio QUINTANO, esta es la posición mantenida "sin excepción en la jurisprudencia casi secular" (246).

²⁰ BECCARIA, op. cit., § 14; CARMIGNANI, op. cit., § 254.

¹⁷ Cf. GIOVANNI CARMIGNANI, *Elementi del Diritto Criminale*, 1854, p. 262; CARRARA, *Programa*, III, § 1193, 1195.

¹⁸ Como se sabe, esta clase de homicidio fue conocida ya por los romanos, si bien ellos no le dieron el nombre de asesinato. Su origen viene del tiempo de los cruzados, época en que existían en las cercanías del monte Líbano ciertos pueblos llamados *assasini* (*hazaxxin*, esto es, bebedores de *haxsi*), dominados por un rey llamado Arsaces o Viejo de la Montaña. Este mandaba a sus súbditos a dar muerte a traición a los cristianos, lo cual provocó grandes bajas y temores entre éstos, y de ahí la difusión que adquirió en Europa dicho nombre como sinónimo de homicidio por mandato y recompensa.

¹⁹ *Comentarios*, III, p. 103.

del art. 391 utiliza la preposición *por*. Se sostiene que "quien lo ofrece no obra *por* el premio".²⁴ No es del caso enfascarse en una discusión lexicográfica, ya que, como sea, el argumento puramente formal no es decisivo. La séptima acepción que da el Diccionario para la preposición referida "denota el modo de ejecutar una cosa" (por fuerza), y la acepción sexta, "el medio de ejecutar una cosa" (por señas).

En el plano sustantivo no hay razones convincentes para limitar la calificante al mandante.²⁵

El homicidio del que se determina por pura venalidad no es únicamente más abyecto (y en este sentido más culpable), sino que representa también una mayor antisocialidad o desvalor objetivo, un mayor injusto. Habría que preguntarse si, en lo que respecta al mandante, también existe un mayor injusto y no sólo un mayor reproche de culpabilidad,²⁶ ya que, si sólo fuera un asunto de reprobación moral, es claro que el mandante no realizaría el tipo de injusto.

Hay que convenir en que la pregunta del mayor injusto bordea el tema del *non bis in idem*. Podría sostenerse en efecto que la circunstancia de persuadir al mandante está ya computada en el plano del injusto desde el momento que justamente por ello es erigido en autor instigador quien no interviene materialmente en la muerte. Desde este punto de vista podría argüirse que la *forma* de persuadir, aunque más reprochable moralmente, nada añade al injusto (el mandante no sería *más* instigador que si se sirve de cualquier otro medio). Sin embargo, creemos que el inductor que se sirve del cebo pecuniario es más que un instigador; a fin de cuentas, tiene el completo dominio del hecho y en este sentido es un verdadero autor. De este modo puede sostenerse que el mandante por cuya cuenta se perpetra un homicidio es considerado autor (instigador) del mismo. Pero si se sirve del poder corruptor del precio, apoderándose de la libertad del sirviente, se hace autor de homicidio calificado (inductor).

En conclusión, tanto el mandante cuanto el mandatario realizan el tipo de injusto y son autores de homicidio calificado por premio o promesa remuneratoria.

Un fallo de la Corte Suprema de 1912, aunque confundiendo el problema con el de la comunicabilidad, extiende la calificante también al mandante (GT, 1912-I, 509-812).

No debe confundirse esta solución con el problema de la comunicabilidad o comunicabilidad de la calificante a los partícipes. Bien puede acontecer que haya partícipes eventuales que conozcan qué es lo que mueve al mandante, aunque ellos no vayan a obtener parte de la recompensa. Como se trata de una calificante (circunstancia incorporada al tipo), con un contenido que no es solamente de mayor injusto, sino que es a la vez un momento de la reprochabilidad, no puede comunicarse a aquellos concurrentes accesorios en quienes no existe, y adquiere plena aplicación la incommunicabilidad de las circunstancias personales a que se refiere el art. 64.

²⁴ Cfr. EICHENBERG, D.P., III, p. 63.

²⁵ Entre nosotros, en tal sentido, LABATT, D.P. P.E., p. 297.

²⁶ No siempre se podrá hablar de una mayor reprochabilidad en consideración al mandante, pues, como con razón dice ANTON ONECA, "quien paga puede proceder incluso por motivación honorable, como el padre anciano que, incapaz para vengar por su mano la afrenta inferida a su hija, retribuya con este fin a su servidor" (op. cit., I, p. 357).

En la jurisprudencia se han confundido, sin embargo, ambos problemas, y es así como a la persona que sirvió de depositario de la recompensa ofrecida al hecho, la Corte Suprema lo castigó como cómplice de homicidio calificado (GT, 1912-I, 197-523).

b) El objeto del premio o promesa ha de ser susceptible de evaluación económica. Sobre el alcance, pecuniario o no, del premio o promesa remuneratoria a que alude la ley, hay opinión unánime en el presente en el primer sentido, esto es, que el objeto del premio o promesa ha de ser susceptible de evaluación económica.²⁷ Si bien en los viejos textos legales (V. gr., C.P. napolitano, art. 352) era bastante que el homicidio se cometiere por mandato de un tercero, "ya sea gratuitamente o por precio", para que el hecho mereciera la pena de muerte, la tendencia ulterior fue de restringir al homicida asaltado esta agravación. El TANO alude a "lo que tenga valor económico apreciable, dinero, joyas o bien o de otra índole no pecuniaria, y por cierto los mandatos gratuitos y las mercedes espontáneas a posteriori".²⁸ Se excluyen, pues, las satisfacciones honoríficas, sexuales o de otra índole no pecuniaria, y por cierto los mandatos gratuitos y las mercedes espontáneas a posteriori. No es bastante, tampoco, la simple expectativa o espe- el premio decida retribuir el hecho. Será preciso, siempre, un pacto que incluya la percepción anticipada de la remuneración (premio) o la promesa de entrega ulterior.

No obstante que la ley española, a la expresión "precio", de carácter claramente pecuniario, añade las voces más equívocas de "recompensa" o "promesa", la tendencia doctrinal es restringir, según antes se ha visto, la calificante a mercedes exclusivamente de carácter pecuniario. Entre nosotros, la opinión no parece que debiera ser diversa por la sola circunstancia de que se haya cambiado el vocablo precio, del modelo español, por premio. La tradición histórica definida en esta materia, que pone el acento en la mayor reprochabilidad y en el mayor desvalor del crimen venal, en el que subyace el ánimo de lucro, coincide en limitar la interpretación de la calificante a la sola remuneración lucrativa. Sin embargo, la ausencia de una clara huella sobre el origen y el porqué del cambio deja subsistente un margen de duda razonable.

33. VENENO

A. Origen y naturaleza

Desde antiguo se ha considerado en forma especial por la ley el uso del veneno. Su tratamiento, sin embargo, se ha ido diferenciando en los distintos sistemas con el correr de los siglos. Así, entre otros, el Código francés en el art. 301 y el

²⁷ Para SOLER, tanto el precio como la promesa remuneratoria deben consistir en cualquier beneficio apreciable económicamente (DPA, III, p. 46), en lo que concuerda EICHENBERG, si bien advirtiendo que art. 12, si se utiliza la expresión "precio" al definir la circunstancia en el art. 391 (en la agravante 2ª del Tratado P.E., p. 245). CARRILLO CALVO, op. cit., II, p. 449.

²⁸ También CARRERONARI (op. cit., § 939) y CARRARA (Programa, § 1195), pensaban que no era necesario el carácter pecuniario en esta agravante. Así, para esta última era recompensa el prometerle al sicario como esposa la hermana del mandante.

²⁹ Tratado P.E., I, p. 245.

Código alemán de la República Federal en el § 229 se refieren al *delito de envenenamiento* como delito autónomo, con lo cual se recoge por esos Códigos la antigua tradición romana y medieval en relación al uso de veneno.³⁰ En cambio, en España, si bien durante el Medievo se mantuvo la tradición romana (*Fuero Juzgo*, *Partidas*), ya desde el Código de 1822 se contempló el uso del veneno sólo como un *medio cualificativo del asesinato*. Esta nueva dirección de la legislación codificada española fue la que recogió nuestro Código en el art. 390, N° 1º, circunstancia 3ª, al igual que gran parte de los Códigos hispanoamericanos.

Para CARRARA, "de todas las maneras insidiosas de dar muerte, la más insidiosa y más terrible es el veneno".³¹ Por consiguiente, la naturaleza de la calificación estaría ligada al concepto de "insidia" en un sentido jurídico, que para el mismo CARRARA se integra por la sustancia capaz de matar y por una modalidad esencial: que sea suministrada insidiosamente; es decir, sin que la víctima se dé cuenta de ello, a lo que se agrega el estado de indefensión en que se coloca a esa víctima, especialmente en las épocas en que la toxicología no había desarrollado suficientemente los antídotos de que hoy dispone la farmacopea y las técnicas médicas para reconocer en forma oportuna un estado de envenenamiento. Sin embargo, no podría afirmarse sin mayor examen que el empleo del veneno constituya solamente un grado de mayor perversidad en el agente, es decir, un problema de mera reprochabilidad. Como bien dice QUINTANO, de la verdadera naturaleza que se atribuya a la calificación en estudio depende "la de caracterizar el veneno como elemento de culpabilidad en el ámbito de lo subjetivo o como parte de la antijuridicidad con matiz objetivo prevalente".³²

No cabe duda de que es necesario presuponer una máxima perversidad en el homicida que emplea semejante método para cometer su crimen (culpabilidad), pero no puede desconocerse que sin perder de vista lo imprescindible del ánimo insidioso, como elemento subjetivo que caracteriza la presencia de esta calificante, conforme "a una ancestral reprochabilidad social que en gran parte no ha cesado todavía" también es factor calificador del injusto. En efecto, la indefensión de la víctima e incluso las dificultades de pesquisar el delito que aún subsisten, a pesar de los avances de la toxicología moderna representan una mayor dañosidad social, un mayor desvalor, que el legislador ha tenido en cuenta en esta forma del tipo especial de homicidio calificado. Como se ve, la naturaleza fundamentalmente artera que revela el homicidio por veneno le da un carácter sustancialmente igual a la alevosía.

³⁰ Sobre este punto, con gran agudeza expresaba CARRARA: "El propinar un veneno sin que se substraiga la muerte, nunca será un envenenamiento. De esta contradicción entre la palabra y su sentido jurídico se libran fácilmente los franceses, a causa de las características especiales de su lenguaje; y aquí deben reflexionar una vez más los estudiosos acerca del influjo ejercido por la tecnología sobre ciertas disposiciones legislativas. Para nosotros, la palabra *envenenamiento* (*veneficio*) tiene por contenido la idea de la muerte causada a un hombre mediante veneno, y cualquier inteligencia vulgar se revelaría contra el uso de esa palabra en el sentido de propinar un veneno que no causó la muerte; para esto tenemos la palabra *intoxicación* (*avvelenamento*), que no tiene como contenido la idea de haberse producido la muerte; en realidad, haber intoxicado a alguno no equivale a haberlo hecho morir", y agrega más adelante: "No puede excusarse el rigorismo francés con el pretexto de una inadvertida necesidad del idioma: en Francia se quiere esto así, sin advertir que, ante la verdad onomológica, el acto de propinar el veneno no es sino una tentativa, y como el art. 2º castiga la tentativa a la par que el delito consumado, se llega a la consecuencia de equiparar con el envenenamiento consumado la *tentativa de una tentativa*." (§ 1172).

³¹ Programa, § 1171. Para Ducos (*El delito de homicidio mediante veneno*, 1962): "El fundamento de la agravación se encuentra [...] en la tracción, la insidia, la indefensión de la víctima de este delito" (p. 58).

³² Tratado P.E., p. 250.

B. Concepto de veneno

Los romanos distinguían entre veneno bueno y malo, pues para ellos toda sustancia que mudaba la naturaleza de otra era un veneno, de modo que si la mejoraba era bueno y si la hacía nociva era malo. Esta idea de sustancias buenas y malas ha sido naturalmente desde hace ya mucho tiempo abandonada, de modo que no se puede hablar de un veneno malo y caracterizar de este modo al veneno. Posteriormente los prácticos trataron de definir el veneno a través de un criterio temporal, esto es, toda sustancia que mataba con rapidez; pero no es necesario recalcar que tal criterio choca con la propia casuística de la historia del uso de veneno. CARMIGNANI trató de salvar estas deficiencias mediante la exigencia de exiguidad; para él era veneno toda sustancia que suministrada en pequeña dosis podía producir la muerte.³³ Si bien con ello logró una mayor precisión, planteó a su vez un obstáculo difícil de superar: el concepto de exiguidad. Y, por otra parte, no es difícil imaginar casos en que este criterio de la exiguidad resulte totalmente desvirtuado en su pretensión de caracterizar el veneno.³⁴

De ahí que para definir el veneno, como ya lo advirtiera CARRARA, no se puede prescindir de la naturaleza que se le dé al uso de este medio: "No es el veneno —escribía— el que le da esencia al envenenamiento; éste es el que le da esencia al veneno".³⁵ En otros términos, toda sustancia que suministrada a la víctima pueda ocasionarle la muerte, cualquiera que sea la vía de introducción al cuerpo (deglución, inyección, absorción, respiración, etc.), es veneno si se ha hecho en forma insidiosa, esto es, alevé. Desde este punto de vista, el homicidio calificado por empleo de veneno no es sino una especie del homicidio alevoso y vale a su respecto todo lo expresado a propósito de éste.

La sustancia misma que, dada a la víctima insidiosamente, la vuelve veneno, ha sido definida por muchos autores como aquella que mediante acción *química* puede destruir la vida corporal, de acuerdo a sus propiedades y cantidad.³⁶ Según esta definición, sólo sería veneno aquella sustancia que actúa químicamente y no la que actúa mecánicamente,³⁷ como es el caso del vidrio molido. Sin embargo, no se advierte cuál podría ser la razón, desde un punto de vista jurídico-penal, para excluir estas últimas sustancias de la categoría de los venenos,³⁸ y ni siquiera podrían aducirse entre nosotros razones terminológicas, ya que el propio Diccionario de la Real Academia explica que veneno es "*cualquiera sustancia que introducida en el cuerpo o aplicada a él en poca cantidad, le ocasiona la muerte o graves trastornos*".

El concepto de veneno que hemos dado para los efectos del art. 391, N° 1º, circunstancia 3ª, difiere fundamentalmente del concepto de veneno que se desprende de los términos del art. 12, circunstancia 3ª. Para este último, veneno es un medio catastrófico, es decir, está en relación a la forma de empleo de esta

³³ Op. cit., § 911.

³⁴ Así, por ejemplo, en el caso de una piscina con veneno que mate a través de los poros.

³⁵ Programa, § 1172.

³⁶ Cfr. SCHWARZ-DREIER, op. cit., § 229; WELZEL, DStR. B.T., p. 298; MAURACH, DStR. B.T., p. 104.

³⁷ Es de advertir, sin embargo, que el § 229 del C.P.A. habla de venenos y otras materias, y que los juristas alemanes incluyen en este segundo concepto las sustancias que actúan mecánicamente o térmicamente, aun las bacterias (SCHWARZ-DREIER, loc. cit.).

³⁸ En este mismo sentido, ETCHEBERRY, D.P., III, p. 65; LABATUT, D.P. P.E., II, pp. 297-298. Para un completo análisis del concepto jurídico-penal de veneno, cfr. Ducos, op. cit., pp. 39 ss.

sustancia y su aptitud para producir un daño de gran magnitud. Se trata, pues, de una consideración exclusivamente objetiva y que, por tanto, sólo dice relación con un aumento del injusto. La insidia es en este caso indiferente, y de existir, nada agregaría a dicha circunstancia agravante; sólo podría dar lugar eventualmente a otra agravante, la alevosía.

C. *Plantamiento dogmático*

Según dijimos, la naturaleza fundamentalmente artera que revela el homicidio por veneno le da un carácter sustancialmente igual a la alevosía. En consecuencia, puesto que admitimos el carácter de medio insidioso del veneno, hay que concluir que un homicidio así cometido será *siempre* alevoso.

Por otra parte, como se ha cuidado de señalar la doctrina, el homicidio por veneno será ordinariamente premeditado, aunque no necesariamente.

En lo que se refiere al partícipe que actúa en un homicidio cometido mediante el uso de veneno, éste responderá sólo por homicidio simple, ya que la calificante por tener un ingrediente de reprochabilidad —la insidia— no podrá comunicarse. Podrá, sin embargo, ser responsable de homicidio simple agravado por la circunstancia 3ª del art. 12, si en la situación concreta en que actuó el veneno tenía la aptitud "para ocasionar grandes estragos o dañar a otras personas".

34. ENSAÑAMIENTO

A. *Origen, definición, naturaleza*

La circunstancia 4ª del N° 1º del art. 391, "con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor al ofendido", es la calificante de más reciente data, ya que se hallan antecedentes sólo en el Código de 1822. Sin embargo, con variantes de nomenclatura o de matices en cuanto a su alcance, la idea de crueldad como fundamento de agravación del homicidio es universalmente considerada.³⁹

Resulta, pues, obvio que en la base de esta agravante hay un elemento objetivo que consiste en el dolor o sufrimiento excesivo e innecesario producido a la víctima para ocasionarle la muerte, que se expresa materialmente en las torturas empleadas o en los actos de barbarie. Esto mismo está indicando que no tienen cabida dentro de la calificante los actos que se ejecuten en la persona ya muerta ("ensañamiento en el cadáver"),⁴⁰ cuyo fin es generalmente, salvo que el autor sea un enfermo mental, ocultar el cuerpo de la víctima. Mas discutible podría ser el caso tratándose de la agravante común: "aumentar deliberadamente

³⁹ En el Código de la República Federal Alemana, una de las hipótesis de asesinato es la muerte cometida con crueldad; en la R.D.A., el hecho de cometer el homicidio de un modo especialmente brutal; el Código francés habla del empleo de torturas o de realizar actos de barbarie; el Código italiano, de haber empleado torturas u obrado con crueldad.

⁴⁰ El Código español de 1822, artículo 602, incluía expresamente los tormentos o actos de ferocidad o crueldad perpetrados sobre "el cadáver después de darle muerte". A partir del C. de 1848 quedaron excluidas tales conductas *post mortem*, requiriéndose operar el ensañamiento sobre cuerpos vivos, "indolores susceptibles de sufrir dolor" (QUINTANO, *Tratado*, P.E., I, p. 282).

mal del delito causando otros males innecesarios para su ejecución" (art. 12, circunstancia 4ª). No creemos, sin embargo, que pueda aplicarse esta agravante cuando los actos tienen por objeto el ocultamiento del cuerpo de la víctima, pues se trata simplemente de actos posteriores que tienden al agotamiento del delito; diferente es, en cambio, cuando se trata de actos que persiguen únicamente la satisfacción de instintos sádicos, sexuales u otros del hechor; aquí parecería tener plena cabida la agravante común dados los términos amplios de su redacción.

La jurisprudencia en general no se ha planteado el problema de las diferencias entre la agravante y la calificante de ensañamiento. Así, la CA de Santiago, ante un caso en que la causa de la muerte fue el estrangulamiento, señaló que como el desangranteamiento "se ejecutó después de muerto; [...] ese hecho no puede considerarse como una agravante del delito" (GT, 1925-II, 111-523), en el mismo sentido, CA Valdivia, GT, 1912, 604-998.

Tampoco queda comprendido dentro de la calificante cualquier tipo de vejación que se realice con la víctima y que no signifique aumentar deliberada e inhumanamente sus sufrimientos; por ejemplo, antes de matar a una mujer, cortar los cabellos y desnudarla, pero no podría, en cambio, dudarse de que estos actos quedarían incluidos en la agravante genérica del art. 12.

B. *Plantamiento dogmático*

Tratándose del ensañamiento, todos los autores están contestes en que no basta para configurar la calificante el aumento de injusto en virtud de la forma de comisión del delito, sino que es indispensable, además, la presencia de un ingrediente subjetivo.⁴¹ Pero en el ámbito subjetivo hay que distinguir dos aspectos en el ensañamiento, uno que dice relación con el dolo y otro que mira a una mayor reprochabilidad en virtud del ánimo que motiva al autor. Cuando el Código emplea la expresión *deliberada* está refiriéndose al aspecto volitivo del dolo, esto es, de que el autor quisiera precisamente aumentar inhumanamente el dolor al ofendido; en otros términos, se exige *dolo directo* en relación a esta circunstancia.

La CA de Santiago, en fallo de 14 de noviembre de 1962, señala que aun suponiendo que los golpes que dirigió el reo contra la víctima, cuando ésta se encontraba ya herida, aumentaron su dolor, no concurre la circunstancia calificante del art. 391, N° 1º del C.P., si no hay nada en el proceso que permita señalar como hecho la concurrencia del factor subjetivo de intención de hacer sufrir a la víctima (RDJ, LX-27); en el mismo sentido, CS, RDJ, 1952, XLIX-178.

De modo que si el hechor confiaba en no estar aumentando inhumanamente el dolor a la víctima, cualquiera que sea la razón (crece equivocadamente que no le está causando dolores, cree que esos dolores son indispensables para sus propósitos homicidas, etc.), o bien sólo contó con ello (esto es, se representó el aumento del dolor, pero de todos modos actuó aun contando con que se produjera), no podrá hacérsele responsable de homicidio calificado por el ensañamiento.⁴²

⁴¹ Cfr. QUINTANO, *Tratado*, P.E., I, pp. 283 ss.; WEIZEL, *DSu*, p. 246; *Komm. d. DDR*, p. 76; FRIEHE, *BERP*, D.P., III, p. 66.

⁴² En estas dos situaciones tampoco tendría aplicación la agravante común, ya que la fórmula de esa agravante emplea igualmente la locución "deliberadamente".

La CA de Santiago dictó sentencia el 6 de junio de 1951 en el siguiente caso: Los reos, con el objeto de robar, agredieron a puñaladas a dos personas para darles muerte; uno de los reos, advirtiendo que las víctimas sobrevivían, las repasó con seis puñaladas a una y dos a la otra; luego apretó a una de las víctimas con la soga con que ya habían tratado de estrangularla y a la otra le oprimió con sus manos la garganta; habiendo sentido después unos pataloes de una de las víctimas, le colocaron encima, cuando aún respiraba, cuatro sacos de arroz, con el propósito de apresar su muerte. Decidió la Corte que las circunstancias que rodearon el hecho incriminado demuestran más bien el propósito de los culpables de poner término cuanto antes a la realización de ese hecho, que de aumentar deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido (RDJ, XLVIII-80); en el mismo sentido, CA Talca: GT, 1935-I, 90-440. Un fallo particularmente significativo es el de la Corte Suprema de 30 de junio de 1952, en que se desecha la calificación de ensañamiento que el recurrente había fundado en que el reo, "después de herir a la víctima, a golpes primero y enseguida a balas, ejecutó las maniobras necesarias para que el automóvil en que aquélla se encontraba se precipitara al mar desde una altura considerable, causándole así una doble tortura material y psíquica, antes de morir por efectos de la inmersión en el agua". La sentencia señala que de los hechos expuestos se infiere que el propósito del reo al dirigir hacia el precipicio el automóvil en que la víctima se encontraba fue el que venía persiguiendo, de causar la muerte, y que hasta ese instante no había logrado realizar, por cuya razón no puede aceptarse que al adoptar el reo esta última actitud, procediera con el deliberado desigmo de aumentar el dolor del ofendido. No existiendo la voluntad del reo de producir a la víctima este mal o dolor independientemente del propósito de matarlo, sino la resolución de aplicar este medio para conseguir el objeto perseguido, debe concluirse que no hubo ensañamiento (RDJ, XLIX-178).

Junto a este aspecto subjetivo hay que considerar entonces, además, el ánimo especial que debe inspirar al autor. Este elemento está expresado de modo explícito en la ley a través del término "inhumanamente"; no se hace, pues, con él sólo alusión al exceso del dolor, sino que también se alude claramente al carácter y ánimo del hecho: sujeto insensible y despiadado. Luego, si los actos ejecutados no son expresión de la insensibilidad y crueldad del hecho, tampoco podría hablarse estrictamente de ensañamiento en los términos del art. 391, Nº 1º, circunstancia 4ª, lo cual no obsta naturalmente a la aplicación de la agravante del art. 12, circunstancia 4ª.⁴⁵

En un fallo de la CA de Concepción de 1940, se descarta la existencia de ensañamiento por la conducta *ulterior* del reo de "procurar el alivio de la víctima", donde aparece implícita la idea de que el hecho no exteriorizaba insensibilidad y crueldad por parte del autor (GT, 1940-I, 100-447).

35. PREMEDITACIÓN CONOCIDA

A. Origen, naturaleza, concepto, fundamento

La ley no define el concepto de premeditación y de ahí las controversias sobre su alcance, las que, por lo demás, no son exclusivas de los sistemas penales de

raigambre hispánica (la calificante fue recogida del Código de 1848 y tiene su antecedente en el de 1822, inspirado en esta parte por el Código francés).

Los tratadistas refieren, generalmente, la introducción de la mayor gravedad del homicidio por la premeditación a los prácticos italianos. Este concepto se extendió a los grandes sistemas legislativos. Si bien en el Derecho alemán el asesinato fue caracterizado primero, en el Derecho común, por la idea de *Vorbedacht* (de *vorbedenken* = pensar previamente), y, posteriormente, en el Código prusiano, por la de *Überlegung* (de *überlegen* = reflexionar), en el Código vigente en 1941 por influencia del Proyecto suizo de 1916.

Esta trayectoria en el Derecho alemán pone de relieve algunos de los temas que el concepto de premeditación suscita: si debe juzgarse con un criterio *cronológico* (*Vorbedacht*), si corresponde más bien a la idea de *meditación o reflexión* (*Überlegung*) y aun si debe postularse de *lege ferenda su supresión*. En el ámbito del Derecho italiano, donde se mantiene como agravante del homicidio, gozó de gran preeminencia, ya desde los antiguos clásicos, una consideración que ponía el énfasis en un *ánimo* especial, que hacía incompatible la premeditación con la iracundia, con el calor de la ira, y requería el ánimo frío y tranquilo.⁴⁶ Esta opinión tiende a ser abandonada en el presente, oscilando las interpretaciones entre un criterio estrictamente cronológico y los que reclaman, además, "una cuidadosa preparación del delito, que a menudo se la indica con el término de maquinación".⁴⁵

a) *El criterio cronológico*. Es el que más se acerca a la etimología de la expresión (*praemeditari*, en latín; en alemán *vorbedenken*), que suscita la idea de un pensar previo, de una pre-meditación. Ya PLATÓN reclamaba mayor castigo a los que dieron muerte de manera premeditada y más leve a los que la dieron de modo repentino e impulsado (*Las Leyes*, Lib. 9), y CICERÓN escribía: *Leniora sunt quae repentino motu accidunt, quam ea quae praeparata et mediata inferuntur* (*Las Leyes*, Lib. 6). Para diferenciar el simple dolo de la premeditación se hicieron esfuerzos por fijar numéricamente el intervalo entre la determinación y la acción.⁴⁶

Sin embargo, el solo criterio cronológico creaba numerosos problemas: precisar el *momento* de la determinación, la *magnitud* del intervalo y la eventual *influencia de las emociones y de las pasiones*, si eran o no compatibles con la pertinacia de la decisión.

Falso / Falso punto

b) *El criterio del ánimo*. De ahí, entonces, que los juristas italianos reclamaran, para poder hablar de homicidio premeditado, que el delito fuera cometido *frigidamente* (*pacatoque animo*).⁴⁷ Según CARRARA, "el verdadero motivo del aumento de

⁴⁵ Cf. CARMIGNANI, op. cit., § 903; CARRARA, *Programa*, III, § 1123; ALFARILLA, *Tratado de Derecho Penal*, pp. 103/104; ALMEIDA, *Principios de Derecho Penal*, II, 1916, p. 360.

⁴⁶ Cf. ANTOLISEI, *Manuale P.S.*, III, p. 41.

⁴⁷ TEODALDO (*Prática criminal*, p. 20) y MELCHIORI (*Miscellanea*, p. 9) exigen el transcurso de una noche entre la determinación y la ejecución del hecho; CLEMENTE VII en la bula *In supremo iustitiae solio*, limitaba el plazo a seis horas. Para MENDOZA (*Defensa*... cit., p. 175), es "el tiempo necesario para reflexionar y persistir en la resolución, que puede ser de pocos minutos, como de muchas horas".

⁴⁸ CARMIGNANI definía así la premeditación: "il proposito di uccidere, anticipatamente ed a sangue freddo formarsi, aspettando il tempo e l'occasione di metterlo ad effetto" (op. cit., § 903). Y CARRARA expresaba: "la esencia de la premeditación está en el ánimo frío y tranquilo. Si hubo intervalo entre la determinación y la acción, pero durante el estuvo el ánimo del agente siempre perturbado por vehementes pasiones, sin que hubiera un período de calma (como resultado de haberse dedicado con tranquilidad a otros actos), se tendrá simple deliberación, pero no premeditación" (*Programa*, § 1123).

⁴⁵ Sobre la incommunicabilidad de la calificante a los partícipes, por tener ésta un componente tenido de subjetividad que no es sólo confundante del injusto sino también un ingrediente de mayor culpabilidad, valga lo dicho a propósito de otras circunstancias.

la cantidad política reconocida en el homicidio a causa de la premeditación, consiste en la mayor dificultad que la víctima tiene para defenderse contra el enemigo que fríamente calculó la agresión.⁴⁸ Añade que no es el "mal propósito" pertinaz ni la depravación del ánimo lo que realmente cuenta, sino la mayor cantidad de daño político. No sería, pues, la premeditación una agravante de raíz en la culpabilidad, sino en el mayor infortunio (daño social). Se infiere de ello que el llamado criterio psicológico o del ánimo frío no debe entenderse, siquiera en el pensamiento de CARRARA, como una consideración de móviles, más o menos reprochables, sino de *seriedad* de la determinación. Las críticas fundadas en que sólo las personas de temperamento calmado podrían, según este criterio, perpetrar un homicidio premeditado,⁴⁹ no son, pues, pertinentes. Lo decisivo es la "premeditación tranquila y calculada de los medios, dirigidos a efectuar la muerte tal como fue realizada".⁵⁰

Se han exagerado, pues, las diferencias entre la concepción carrariana y la tesis, que se supone más moderna, atribuida a la ciencia alemana, el llamado criterio de la *reflexión*, la idea del ánimo frío y tranquilo de los juristas italianos, por lo menos en la línea de CARRARA, no significaba otra cosa que cálculo y deliberación; no restringía, pues, las hipótesis de premeditación a sólo los casos de ausencia de pasiones.⁵¹

La verdad es que los juristas alemanes trajeron poca luz al debate, tal vez porque había sido recogido el concepto mismo de premeditación de una tradición extranjera. MAURACH señalaba las complicaciones a que se vio enfrentada la doctrina de su país por construir una jurisprudencia coherente al respecto,⁵² ya que la premeditación (*libetung*) era requisito común a todas las formas de asesinato, y de ello se seguía que casos de homicidio cometidos de manera brutal (por sed de sangre) quedaban fuera del tipo agravado por haber faltado la reflexión, en tanto que homicidios por piedad, luego de largas "tormentas de conciencia", debían inclinarse como asesinato.

⁴⁸ Op. cit. § 1122, N° 1. Esta fundamentación de CARRARA en relación al motivo que provoca la agravación de esta calificación, es obviada por LIBETUNG, quien reconoce haber sido partidario de esta posición, en razón de que los datos estadísticos señalan que la premeditación no provoca una mayor facilidad en la realización del hecho (op. cit., pp. 344 ss.).

⁴⁹ Cf. MACCIONE, *Derecho Penal*, IV, 1955, p. 301. Con razón, pues, LIBETUNG al criticar el criterio del ánimo frío y tranquilo señalaba que CARRARA había puesto las cosas en sus justos términos, al no excluir la premeditación en los casos de ánimo perturbado por la pasión (op. cit., p. 360).

⁵⁰ *Programa*, § 1125.

⁵¹ El propio CARRARA expresaba: "Y qué exigirá la justicia cuando esas dos condiciones psicológicas, la *pasión* y la *premeditación*, se unen a un mismo tiempo en un acto como coque que lo impulsan al homicidio? La comparabilidad de la una con la otra es una verdad psicológica indiscutible; su unión práctica es comprobada positivamente por la experiencia; mas ¿pueda afirmarse que la una bota o destruye a la otra? No, porque las condiciones de su respectiva existencia son independientes en una y en otra: la vida de la pasión está enteramente en el interior del alma, y la vida de la premeditación se deriva, en cierto modo, de sus relaciones externas con el tiempo y las circunstancias. Por consiguiente, si estos dos estados psicológicos pueden coexistir en el momento del homicidio, la justicia exige que se tenga cuenta de uno y de otro para imponer el castigo conveniente" (*Programa*, § 1124, N° 2). Y ALMENA, que fue un ardiente defensor de la teoría del ánimo frío, se detiene de las críticas de LIBETUNG, aunque no en forma convincente, del siguiente modo: "Mas cuando se habla de calma y de frialdad de ánimo no debe entenderse la ausencia de toda pasión. LIBETUNG cree que yo, con esto, quería sostener que la pasión es siempre una atenuante. No, yo dije la premeditación queda excluida por la concurrencia de una emoción o de una pasión que excusa un delito no premeditado" (op. cit., p. 360).

⁵² MAURACH, *Dstr. B.T.*, pp. 20 ss.

c) *El criterio negativo*. Entre los autores españoles, ya *Pacheco*⁵³ objetaba la calificante de premeditación, que sería superflua, pues en cuanto a los verdaderos casos en que ella justifica mayor reproche, aparece implícita en las demás calificantes (alevosía, preterito, veneno, etc.), y, en los casos restantes, no se explica la agravación. Modernamente, QUINTANO habla de la "crisis doctrinal y legal del concepto".⁵⁴

La tendencia legislativa moderna es, en efecto, prescindir de la calificante de premeditación.⁵⁵ Ello no dispensa, sin embargo, al intérprete de la ley chilena de fijar su sentido y alcance.

d) Coinciden la doctrina y la jurisprudencia chilenas en que el concepto de premeditación, tanto en su forma de agravante común del art. 12, N° 5º, cuanto como calificante del art. 391, N° 1º, circunstancia 5º, no se satisface con un solo criterio cronológico. EDUARDO NOVOA, al intervalo de tiempo entre la resolución y la ejecución, añade como otra exigencia la "consideración del delito ya decidido, durante ese intervalo, persistiendo en la voluntad de delinquir".⁵⁶ Sobre la fórmula del ánimo frío y tranquilo, piensa este autor que no es un requisito indispensable, aun cuando lo común será, en quien persista prolongadamente en una resolución delictuosa que conserve o adquiera frialdad y serenidad para reflexionar en su determinación y para ponerla por obra. Si bien cree que generalmente el que premedita el delito tendrá calculados los detalles de la ejecución, lo decisivo no estaría en el plan ni en la maquinación, ni en la selección de los medios u oportunidad del delito, sino en la "resolución firme, mantenida y mediada de delinquir". Según esto, "puede acogerse la premeditación en aquel que tenía maduradamente resuelto matar a su víctima y lo cumple en la primera ocasión en que la encuentra, sin preparación de medios, lugar o tiempo".⁵⁷ ETCHEVERRY⁵⁸ adopta una posición no muy distante de la señalada, pero con mayor insistencia en la característica indicada por CARRARA del ánimo frío y tranquilo. LABATT⁵⁹ describe la premeditación como el "designio reflexivo y persistente que precede y conduce a la ejecución de un delito".

Sobre esta idea de la premeditación, como persistencia *reflexiva*, hay numerosas sentencias. Con diferencias de matiz, se coincide en exigir "una resolución firme, reflexiva y persistente, exteriorizada por circunstancias concretas y dirigida determinadamente a delinquir" (C.S., 1960: RDJ, LVIII-89; CA de Valparaíso, 1959: RDJ, LVI-110; C. Talca, 1923: GT, 1923-1, 121-634). La sola persistencia no basta (a lo menos no es suficiente que haya testigos que oyeron a los reos manifestar su intención de dar muerte al occiso, si "en la expresión de ese propósito no se ve un acto reflexivo de los enjuiciados que revele en ellos la decisión precisa de agredir a la víctima en la ocasión en que el hecho ocurrió" (C.S., 1955: RDJ, LII-190).

e) No se puede optar por un concepto o por otro sin decidir primeramente el fundamento de la agravación. Algunos autores la conciben como un problema

⁵³ PACHECO, C.P. *Comentado*, III, pp. 22 ss.

⁵⁴ *Tratado*, P.E., I, pp. 267 ss.

⁵⁵ Cf. C.P. de la R.D.A., de la R.F.A., de Argentina, etc.

⁵⁶ NOVOA, DPCCh, II, p. 60.

⁵⁷ NOVOA, DPCCh, II, p. 62.

⁵⁸ ETCHEVERRY, D.P., III, pp. 56 ss.

⁵⁹ LABATT, D.P., P.E., I, p. 366.

de perversidad, de mayor culpabilidad, de mayor peligrosidad.⁵⁹ Claro ejemplo de esta posición son las palabras de ROBUSTIANO VERA: "Se concibe que un hombre en un momento de cólera llevado por un arrebatado o mortificado su amor propio, mate a otro; pero aquello de pensar el delito, espiar a la víctima y buscarla, son actos de perversidad que revelan una obcecación tal que el tiempo no ha bastado para hacerle variar de tan negro propósito. La sociedad no debe admitir en su seno a seres tan perversos y su desaparición a nadie perjudica; al contrario, este proceder garantiza la tranquilidad pública".⁶⁰

En este mismo orden de pensamiento se inscriben las consideraciones de tipo criminológico, generalmente tan desprovistas de fundamento científico como ricas de elocuencia retórica.⁶¹

Ya CARRARA había señalado que si algún fundamento político tenía esta agravante, él concernía a la mayor dificultad para precaverse y la consiguiente indefensión en que quedaba la víctima,⁶² lo que la emparenta con la agravante de alevosía. Indicaba este autor,⁶³ con razón, que sólo se justifica la agravante en los delitos contra las personas. Si el fundamento de la agravación fuera el reforzamiento del dolo o uno de carácter simplemente moral, fundado en la perversidad, no se ve la razón para que no fuera agravante en todos los delitos. Desde este punto de vista, habría que convenir en que la premeditación es antes que nada un problema de injusto. Sin embargo, en el sistema de las calificantes, en todas las cuales hemos advertido también un elemento de mayor reproche de culpabilidad, pareciera que una interpretación sistemática reclamara además un ingrediente subjetivo que incidiera en la reprochabilidad. La premeditación sería sólo computada como calificante cuando el cálculo que precede a la ejecución, junto al aumento del injusto del delito, en razón de la forma en que se perpetró, fuera sintomática de una personalidad que se determina por móviles aleyectos. La crítica que podría formularse a esta tesis, en el sentido de que ella desfiguraría la significación literal de la voz premeditación, queda superada por las exigencias de racionalidad del sistema. El homicida por piedad, que calcula con la máxima prolijidad su delito, sería autor de homicidio calificado de estamos al solo criterio de la premeditación. En un contexto en que la agravación siempre conlleva sentimientos de la más acusada antisocialidad (cobardía, en la forma alevosa; ruindad, en el homicidio venal; crueldad, en el ensañamiento; insidia, en el veneno), la premeditación no puede ser concebida sino en función de un desvalor equivalente, en un ánimo dirigido, por el cálculo y la reflexión, al aseguramiento de la propia persona del hechor o a la indefensión de la víctima.

En este orden de consideraciones debe inscribirse un fallo de la CA de Chillán que declara incompatible la premeditación con momentos psicológicos opuestos (miedo, trastorno mental) (1954: RDJ, LI-211). Pero el asunto, como se explica en el texto, va más allá de un puro problema de coherencia psicológica.

⁵⁹ Cfr. IRURETA GOYENA, op. cit., pp. 164 ss.; QUINTANO, *Tratado P.E.*, I, pp. 265 ss.; ROBUSTIANO VERA, *Código Penal de Chile comentado*, 1883, p. 602.

⁶⁰ Loc. cit.

⁶¹ Véase IRURETA GOYENA, op. cit., pp. 164 ss.

⁶² Esto naturalmente aún está sujeto a verificación por parte de los criminólogos. No sin razón ya IMPELLONEN planteaba dudas sobre la necesaria coincidencia entre la sospecha técnica y la realidad, para lo cual mostraba estadísticas según las cuales la proporción de homicidios provenientes de acción instantánea no conculca un número mayor de fracasos (tentativa) que la de los homicidios premeditados (op. cit., pp. 346 ss.).

⁶³ Programa, § 1122, Nº 1.

B. Planteamiento dogmático

a) *Relaciones con otras calificantes.* Las consideraciones precedentes conducen a la relación de la premeditación con las restantes calificantes, especialmente con la alevosía. Puede darse homicidio alevoso sin premeditación si el agente descubre en forma subitánea el estado de indefensión de la víctima y decide aprovecharse de él. Por la inversa, puede haber homicidio premeditado sin alevosía tanto cuando la víctima que el hechor esperaba encontrar inerme se encontraba precavida, cuanto en los casos en que en el cálculo del agente no está incluida la indefensión de la víctima, pero sí su propia seguridad o la consecución ineluctable de sus fines.

Sobre compatibilidad de la alevosía con ausencia de premeditación y viceversa, véase CS, 1958: RDJ, LV-123.

b) *La expresión "conocida"* que se añade por la ley al vocablo premeditación tiene antecedentes históricos en las presunciones que en esta materia se contenían en el Código español de 1822. En efecto, si el homicidio se realizaba con alguna de las circunstancias propias del asesinato, se presumía de derecho premeditado. El Código de 1848, junto con eliminar la presunción, añadió la expresión *conocida* a continuación de la palabra *premeditación*. Es efectivo que esta mención carece de toda significación dogmática, pero tal vez pueda reconocerse interés procesal, como una especie de llamado de atención al juez en materia probatoria sobre el cuerpo del delito en el sentido de que se extiende también al hecho de la premeditación. *La premeditación, en consecuencia, no podrá acreditarse por la confesión y deberá apurarse exteriorizada en otros antecedentes.*

Sin gran interés teórico, hay algunos fallos que se ocupan del tenor de la premeditación *conocida*, con énfasis en la exteriorización inequívoca (C. Talca: GT, 1923-I, 634; C. Temuco, 1962: RDJ, IIX-172).

Sobre la base de las ideas desarrolladas más arriba, se puede responder a las preguntas especiales de la teoría de la premeditación.

c) *Así el asunto de la incommunicabilidad a los partícipes*, al que CARRARA dedica un párrafo entero.⁶⁴ Como ya se ha hecho notar en el examen de las calificantes anteriores, el hecho de que concorra un ingrediente propio de la reprochabilidad, afinado en la personalidad o carácter del hechor, impide por principio la comunicabilidad de la premeditación a los partícipes. En la hipótesis inversa, de partícipes que obran con premeditación, mientras el autor principal realiza homicidio no premeditado, cabe observar que el partícipe accesorio podrá verse afectado por la agravante del art. 12, pero no se convertirá en partícipe de homicidio calificado.

d) *El dolo de Weber.* CARRARA⁶⁵ plantea también una variante del llamado dolo de WEBER con respecto a la premeditación: la víctima sufrió una agresión premeditada, pero no ha fallecido, lo que el hechor ignora, razón por la cual, para

⁶⁴ Programa, § 1134.

⁶⁵ Programa, § 1137.

hacer desaparecer lo que supone el cadáver, arroja el cuerpo a un río, comprándose luego que el agredido murió ahogado y no de los golpes recibidos. La solución que CARRARA propone es, en rigor, un concurso de homicidio premeditado frustrado y homicidio culposo.

La tendencia moderna predominante no exige en el contenido del dolo una reproducción perfecta del curso causal y esto también vale para la premeditación, aunque en el hecho el plan calculado por el agente presente alguna desviación no esencial con lo efectivamente acontecido. Observa MAIRACH que subsiste el dolo si la desviación del curso causal representado se mantiene en los límites de lo previsible según la experiencia general de la vida.⁶⁶ En el mismo sentido, WEIZEL⁶⁷ y, entre nosotros, NOVYA y CURY.⁶⁸ De acuerdo con esto, concluimos que en los casos del llamado dolo de Weber o doli generis, con premeditación, hay homicidio premeditado consumado.

e) *El error en la persona.* Frente al caso de error acerca de la persona, piensa CARRARA⁶⁹ que, aunque no se discute que existe homicidio, no podría afirmarse la premeditación.⁷⁰ La primera pregunta versa sobre si es de la esencia de la premeditación que la muerte se dirija contra persona determinada. Nos parece que debe responderse negativamente: si alguien para divertirse decide dar muerte al primer automovilista que pase por la carretera, para lo cual se finge herido y demanda auxilio, ultimando al benefactor, habría homicidio premeditado, tanto si ignora quien es su víctima, cuanto si la identifica erróneamente. En el caso, ahora, en que el hechor se proponía dar muerte a una persona determinada y por error mata a una distinta, respecto de cuyo caso la jurisprudencia española ha afirmado la aplicación de la calificante,⁷¹ el punto es más controvertido. Según CARRARA, apoyado en antiguos tratadistas, "hay un hecho y una premeditación, pero no un hecho premeditado". Explica que a la esencia del título de homicidio no corresponde la diferencia de personas, "pero ciertamente a la esencia de la premeditación sí le atañe el haber deliberado antes lo que después se obtuvo".⁷²

No creemos que a la esencia de la premeditación, como ya lo hemos visto, corresponda la idea de una víctima determinada. Por lo demás, los términos de la ley chilena, en el art. 1º inc. 3º del C.P., más parecen comprender que excluir la premeditación. Los comisionados, por su parte, en la sesión 16 hablaron de "si resultare un hecho más grave que el proyectado", lo que sugiere la inclusión de la premeditación en el contenido del art. 1º inc. 3º.⁷³

f) *Aberratio ictus.* Un sector de la doctrina⁷⁴ prefiere la tesis del concurso ideal de delitos para el caso de *aberratio ictus* (desviación en el golpe) y concluye

⁶⁶ MAIRACH, DSt. A.T., p. 240.

⁶⁷ WEIZEL, DSt., p. 67.

⁶⁸ NOVYA, DFCCh., I, p. 581; CURY, *Orientación para el estudio de la teoría del delito* (1960), p. 93.

⁶⁹ Programa § 1136.

⁷⁰ Se trata de todos aquellos casos en que el autor había premeditado la muerte de A, pero por cualquier circunstancia lo confundió con B y mata a éste en vez de aquél.

⁷¹ Cf. CAMARCO, *La premeditación*, 19, p. 167.

⁷² Programa § 1136, Nº 1.

⁷³ Actas Código Penal.

⁷⁴ En el sentido, NOVYA, DFCCh., I, p. 582. En contra, ENGELHART, D.P., I, pp. 304 ss.; LABATTUT, D.P., P.G., p. 204.

que lo legislado en el referido inc. 3º del art. 1º sólo alcanza al error in persona. Con arreglo a tal criterio, si A dispara contra B, sin dar en el blanco y la bala penetra a través de una cortina, tras la cual se hallaba C escondido y es quien recibe la herida mortal, no hay homicidio consumado sino tentativa respecto de B y ni siquiera homicidio culposo frente a C, cuya muerte era imprevisible. Supuesta la premeditación, habría homicidio premeditado en grado de tentativa causal, pero ¿qué acontece si esta desviación sucede en el marco de lo ordinariamente previsible?

Para WEIZEL, si el resultado producido corresponde a un resultado típico de la misma índole del querido, habría un delito doloso consumado.⁷⁵ Se aparta en esto de la doctrina predominante que afirma, respecto de estos casos, siempre homicidio frustrado y además eventualmente (si se prueba culpa) homicidio culposo consumado.⁷⁶

La tesis reposa en definitiva en la frase que en sus orígenes se remonta a FARNACIO: el hechor quería matar a un hombre y ha matado a un hombre. Tal es el sentido del resultado de la misma índole del querido a que alude el Profesor de Bonn.

El problema consiste en decidir si hay una identidad entre dos personas. La acción de matar es siempre acción de matar a ese hombre (aun cuando se yere sobre su identidad). Si la acción no recae en ese hombre, al que se dirige el golpe, sino en otro, la acción ha fracasado; otra cosa es si respecto del otro habrá o no culpa. (Si hubiera dolo eventual respecto del otro, la acción no estaría fracasada, sino consumada.) La acción de matar, también en la simple descripción del art. 391, es matar a alguien, dirigido a un hombre, no que resulte un hombre muerto. En este sentido, la tesis de WEIZEL no es consecuente con su propia concepción final de la acción, en que se llega al resultado anticipado y no se parte del resultado producido.

En síntesis, en los casos de *aberratio ictus*, supuesta la premeditación, habría homicidio calificado (premeditado) temado en concurso ideal (art. 75) con homicidio culposo consumado respecto de quien recibió el golpe.

g) *Premeditación condicionada.* El último problema que suele abordarse en relación con el tema es el de la premeditación condicionada. Como dice CARRARA, el asunto no es discutible por la incertidumbre en la deliberación recae sobre los modos de ejecución pero no propiamente sobre condiciones: la determinación de

⁷⁵ DSt., p. 66.

⁷⁶ MAIRACH opone jovialmente, con un expresivo ejemplo, los excesos a que puede conducir el intento de un resultado de la misma clase del perseguido por el agente, pero que es fruto del azar: A amenaza a B, para recibir directo, el dinero lo recibe, sin embargo, de C, el cual no siente ninguna simpatía por B, pero tiene lástima por el extorsionador (DSt. A.T., p. 241).

Nuestros comisionados parecen haber restringido el alcance del precepto contenido en el inciso final del art. 1º C.P. a los solos casos de error en la persona, ya que en el Acta (sesión 116) se alude a "los delitos o faltas cometidos equivocadamente contra una persona distinta". El ejemplo es también expresivo (alguien creyendo matar a un extraño mata a su padre).

Entre nosotros, aun en los autores que distinguen el error in persona de la aberratio ictus, hay quienes se satisfacen, para afirmar el delito doloso consumado, con que sea lesionado "un objeto equivalente intrínseca casuística de excepción, que muestre bien a las claras el equivocado punto de partida (Cf. loc. cit. y ss.).

matar es *cierta*, pero la ejecución es *incierta*.⁷⁷ En cambio, un caso claro de condición lo encontramos en el ejemplo de ANTOLISEI: la mujer seducida decide matar al seductor y hace los preparativos del caso si éste se niega a casarse con ella.⁷⁸

La fórmula de CARRARA, preferida por Quintano Ripollés, consiste en esencia en que, cuando existe una verdadera condición a la que se subordina la ejecución del acto, la determinación es incierta, "pues mi mente misma no sabe todavía si se realizará o no el homicidio". Pienso, sin embargo, que la premeditación no puede excluirse si el hecho de que depende la ejecución de la muerte y que realizará la víctima es inocente, no es ilícito.⁷⁹

Creemos que la distinción de CARRARA entre hechos lícitos o ilícitos de la víctima no es decisiva.⁸⁰ En el fondo, la presencia de una condición no es relevante por sí misma, como lo resuelve expresamente el Código francés, pues, verificada la condición y realizado el hecho, éste será igualmente premeditado si se han dado los extremos que ya señaláramos como constituyentes esenciales de la calificación: la existencia de un verdadero cálculo o maquinación sería (indefinición de la víctima, plano de lo injusto) y el desvalor de la motivación (plano de la reprochabilidad).⁸¹ Por lo tanto, serán estos elementos los que, examinados en el caso concreto, darán la pauta para admitir o no la premeditación y en cuyo examen la presencia de una resolución condicionada podrá constituir un especial criterio de valoración.

§ 5º ABORTO

I. OBJETO JURIDICO. SUJETO PASIVO. CONCEPTO Y ELEMENTOS

36. LOS DELITOS CONTRA LA VIDA INCIPIENTE

Las diversas figuras de aborto constituyen una agresión en contra de la vida humana en gestación. Como se verá, no están previstos en nuestro Código los atentados en contra de la salud del feto ni figuras de peligro en contra de la vida de éste.

La ubicación que nuestros comisionados dieron al aborto, separándose del modelo español de 1848 que lo incluía entre los delitos contra las personas, el que se encuentra encabezando el Título VII relativo a los delitos contra el orden de la familia y la moralidad pública, concede mayor interés al debate sobre el bien jurídico tutelado. La verdad es que la Comisión Redactora no parece haberse guiado por consideraciones materiales sobre el objeto de la tutela penal y su opción tuvo su origen en el criterio sistemático del Código belga.

El Código italiano de 1932 incluyó al delito de aborto en el epígrafe de los delitos "contra la integridad y la sanidad de la estirpe" y, al decir de ANTOLISEI,¹ se trató de una decisión sistemática "en estricta dependencia con la ideología política del régimen vigente en la época de emanación del Código". Expresión típica de la mentalidad fascista, ya en la *Relazione* de ROCCO se caracterizaba al aborto como "una ofensa a la vida misma de la raza, y así a la de la nación y el Estado".²

En cuanto al Derecho alemán, caracteriza MAURACH como una "experiencia estremeceadora" la sistemática del aborto bajo el nacionalsocialismo, que en el Proyecto de reforma del Código Penal, postuló la inclusión del aborto entre los atentados contra la raza y la herencia.³ Una manifestación de las grotescas consecuencias a que

¹ ANTOLISEI, *Manuale* P.S., I, p. 21.

² En el Proyecto Preliminar publicado por el Ministerio de Justicia en 1930, el aborto es incluido entre los delitos contra las personas "su sede natural y originaria", al decir de ANTOLISEI (op. cit., p. 83). Para MANUEL DE RIVACOBRA, en cambio, los intereses demográficos de la comunidad son el bien jurídico "principalmente" afectado por el aborto. Cfr. su interesante ensayo sistemático *Programa Analítico de Derecho Penal* (1971), p. 122.

³ MAURACH, *DStR.* B.T., p. 56.

⁷⁷ *Programa*, § 1128.

⁷⁸ *Manuale* P.S., III, p. 42.

⁷⁹ Cfr. *Programa*, §§ 1129 y 1130.

⁸⁰ Cfr. *Programa*, loc. cit.

⁸¹ Semefante, QUINTANO, *Tratado* P.E., I, pp. 278 ss.; CAMARGO, *La premeditación*, cit., pp. 66 ss.

70. NATURALEZA

El art. 393, último del párrafo del homicidio, dispone:

"El que con conocimiento de causa prestare auxilio a otro para que se suicide, sufrirá la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo, si se efectúa la muerte."

No se trata de una clase de homicidio, según antes se explicó, y sí de "un caso anómalo en que se castiga la coparticipación a un hecho, en tanto que el autor del hecho mismo está exento de pena".² Si cabe, en el sistema chileno la anomalía es todavía mayor, ya que se incrimina por la colaboración al suicidio y no por la instigación a éste, segunda hipótesis con frecuencia prevista en las legislaciones.³

Como es sabido, durante siglos el suicidio fue castigado, ya con las penas ordinarias en caso de supervivencia, ya con sanciones sobre el cadáver o sobre el patrimonio en caso de muerte.

No se establece pena en el presente por razones sensatas de política criminal, y en esto, salvo la jurisprudencia inglesa, coinciden las principales tendencias universales del Derecho Penal. IRURETA GOYENA ofrece un buen resumen de las razones que se señalan en apoyo de la no incriminación: la pena carecería de eficacia disuasiva (el que pretende suicidarse ha logrado sobreponerse al más grande de los temores); por la inversa, la amenaza de pena para el suicida frustrado le suministra "un motivo más, aparte de los que ya le hubiere brindado la vida espontáneamente, para reiterar el atentado".

Todavía la pena se irradiaría, más que en otros casos, a las penurias de la familia, etc.⁴ Como sea, algo es notorio: la total inutilidad de la incriminación. Esto no significa la ausencia de antijuridicidad (obra en legítima defensa frente a la autoagresión del suicida quien lo lesiona impidiéndole con el golpe que consume su propósito). El bien jurídico de la vida humana existe con independencia de la voluntad de vivir de su titular, de ahí que la punibilidad sea sólo excluida

² FRANCESCO ANTOLISSE, *Manuale* 12. S. II, p. 56.

³ Vid. v. gr. Códigos italiano, español, uruguayo, mexicano, argentino. Hay legislaciones, en cambio, en que no se ha previsto el castigo ni para el auxilio ni para la inducción: así los Códigos de la R.D.A. y de la R.F.A.

⁴ JOSÉ IRURETA GOYENA, *El delito de homicidio*, cit., p. 249.

por razones prácticas y no por una distinta valoración, para este caso, de la vida como objeto de tutela.⁵

Es, pues, la antijudicialidad de la conducta la que explica que se castigue al cooperador; además, fuera de esta razón de carácter material que fundamenta la punibilidad del cooperador, en el caso de este las razones de política criminal se dan a la inversa que respecto del suicida, esto es, la amenaza de la pena puede impedir que se le preste ayuda al suicida y de ese modo evitar que realice sus propósitos.

71. LA CONDUCTA

A. Este delito sólo puede cometerse por acción

Al ocuparnos del homicidio aludimos a la hipótesis de homicidio por omisión, lo que a propósito de la cooperación al suicidio suscita el problema de determinar si este delito se puede cometer por omisión, y en tal caso diferenciarlo del homicidio por omisión.

Desde luego, no se trata aquí de un caso de mera omisión de socorro (art. 494, Nº 14), ya que lo que caracteriza a este delito-falta es que puede ser cometido por cualquiera; en cambio, los delitos de comisión por omisión presupon en el sujeto activo la existencia de una posición de garante, esto es, un deber especial de custodia del bien jurídico emanado de alguna de las determinadas fuentes de esa posición. En consecuencia, quien halla en un desprotegido a una persona que está a punto de quitarse la vida, lo que puede impedirse "sin decremento propio", cometerá un delito-falta de omisión de socorro. Pero ¿qué acontece si el sujeto activo tiene posición de garante respecto de la vida del que pretende suicidarse? ¿Comete auxilio al suicidio por omisión u homicidio por omisión si se abstiene de intervenir y de ello se sigue la muerte? No creemos que de la expresión "peligro de perecer" del art. 494, Nº 14, pueda excluirse el riesgo de que el sujeto pasivo se disponga a quitarse la vida. Si esto se puede impedir, sin riesgo propio, y el hecho acontece en desprotegido, se habrá perfeccionado la falta (omisión de socorro). Más complicado es, sin embargo, si el omittente que tenía la posibilidad real de actuar *tenía el deber jurídico de evitar la muerte, por su posición de garante* (caso del enfermero contagiado específicamente para proteger a un psicótico depresivo). Nos parece que si el sujeto tenía una posición de garante respecto del bien jurídico, en este caso la vida, ya no puede pretenderse encuadrar los hechos dentro del tipo de omisión de socorro, sino que habrá que considerar si se está en presencia del delito de auxilio al suicidio por omisión. El delito-falta de omisión de socorro se basa sobre un deber *genérico* de protección del bien jurídico vida, de modo que la existencia de un deber *específico* nos tiene que llevar necesariamente a indagar si hay una incriminación *nombrada*, establecida expresamente en un tipo para la violación de este deber específico, o si hay una incriminación *innominada*, esto es, si habrá que asimilar la omisión a un tipo descrito como acción.⁶ Dentro de nuestro Código no hay un

tipo de omisión que sancione la infracción de deberes específicos en relación a la vida, de modo que su incriminación habrá de encontrarse en alguno de los tipos de acción correspondientes. Ellos sólo podrían ser los de homicidio⁷ y de auxilio al suicidio.

Habría que resolver, entonces, en primer término, si frente a hechos de esta naturaleza estamos o no en presencia de un auxilio al suicidio por omisión. Existe una pequeña contradicción que desde luego plantea la duda acerca de la correcta aplicación a estos hechos del art. 393 del C.P. De acuerdo al art. 494, Nº 14, quien no socorre a otra persona que "está en peligro de perecer", expresión que comprende el suicidio, y se dan los demás requisitos que allí se señalan, responde de este delito-falta. Ahora bien, hemos dicho que si hay un deber jurídico específico (se trata, por ejemplo, del padre), la figura que se aplicaría no sería la de omisión de socorro, sino supuestamente la de auxilio al suicidio; pero con ello se produciría la siguiente incongruencia en el caso de que el suicida no lograre su propósito: el *extranjero*, dándose los requisitos del art. 494, va a ser *siempre* castigado; en cambio, no así el padre u otro garante, pues el auxilio al suicidio exige la muerte del suicida. Pareciera, entonces, que se hace dogmáticamente difícil de sostener el auxilio al suicidio por omisión, salvo que se atribuyera esta contradicción de la ley a simples fallas técnicas de ella. Pero un análisis de lo que es la omisión también nos da argumentos para poner en tela de juicio esta posible solución y nos lleva a inclinarnos más bien por la tesis de que *sólo es posible concebir homicidio por omisión en todas estas situaciones y no auxilio al suicidio por omisión*. En efecto, no parece que en relación al deber del garante pudiera hacerse una diferencia en cuanto al factor que va a causar la muerte, que puede ser el puñal de un asesino, las aguas de un río o la propia mano de la víctima. El deber del garante es impedir el resultado mortal, para lo cual no tiene importancia cuál es el curso causal que va a provocar ese resultado y que el garante debe detener o eliminar. Sin embargo, frente a este análisis pudiera contraargumentarse en el sentido de que se daría una paradoja manifiesta, pues el garante, por ejemplo, que presta su revólver al suicida sería castigado de acuerdo al art. 393, esto es, con una pena menor en relación al homicidio; pero el garante que no impide que el suicida tome su revólver sería castigado de acuerdo al art. 391, Nº 2º. No se podría dudar de que así presentado el asunto, la anomalía es grande, ya que al omittente se le castigaría con más rigor que al actor.

La aparente incoherencia proviene de confundir el fundamento de la incriminación del garante: no se le castiga por dejarse coger el revólver (auxilio negativo), sino por no evitar la muerte que tenía la posibilidad real y el deber jurídico específico de evitar. En el caso de que el agente, en vez de tolerar que el suicida coja su revólver, se lo entregue (auxilio positivo), en cuanto tiene posición de garante y la posibilidad real de impedir la muerte, la incriminación será *por la comisión por omisión* y no por el hecho secundario, irrelevante, de facilitar el arma.

La literatura jurídica moderna se ha ocupado con frecuencia de situaciones semejantes a la que aquí se propone, es decir, si un determinado comportamiento humano debe ser mirado por el derecho como acción o como omisión.

Las situaciones en que aparecen entremezclados aspectos activos y pasivos

⁵ Cf. MAIRACH, DSt. BT, p. 17.

⁶ Véase BUSTOS, BUSTOSCH, POUTROFF, *Omisión de socorro y homicidio por omisión*, cit., p. 168; KAUFMANN, *Die dogmatische Unterlassungsdelikte*, cit., pp. 290 ss., etc.

⁷ Ya se ha dicho anteriormente respecto del único caso dudoso, el parricidio por omisión, que éste no es concebible de acuerdo a los principios que rigen la omisión. Vid. supra Nº 16.

no pueden ser resueltas con supuestos previos de carácter general: el único camino que resta seguir es el de tomar cada caso particular analizando las características particulares del proceso en su totalidad. Como se explica en MEZGER-BIEL, también en los casos en que "algo se hace" puede haber una simple omisión, "si el reproche no se dirige en contra de este 'hacer algo', sino solamente en contra del 'no hacer algo' a que está ligado". Propone este mismo autor un ejemplo en que el problema aparece con mucha nitidez. Es el caso del médico que en vez de suministrar al paciente los preparados generalmente conocidos como eficaces, emplea un medio que no puede influir para bien ni para mal en el estado de enfermedad. El reproche no se produce aquí por la dación de la sustancia ineficaz, sino por el no suministro de aquella eficaz. Se trata, entonces, de un delito de omisión y no de acción. La rica casuística que se ha propuesto, especialmente en materia de delitos culposos, no puede resolverse a priori ni siquiera con un criterio de sentido social de la conducta.

Pero en el caso que ahora nos ocupa, antes que las disquisiciones teóricas, es la lógica interna del sistema lo que nos decide por la hipótesis omisiva. En efecto, si el garante se limita a *no intervenir* y, cruzado de brazos, observa el suicidio que tiene el deber jurídico específico de impedir, cometería homicidio por omisión (art. 391 C.P.). Si, en cambio, se esmera por conseguir al suicida el arma infalible, sufrirá una pena menor si la muerte se produce (auxilio al suicidio), de modo que el "hacer algo" en pro del suicidio *disminuirá* la antisocialidad del comportamiento de no evitación de la muerte.

En resumen, *el delito de auxilio al suicidio sólo puede cometerse por acción, ya que si existe la posición de garante y la posibilidad real de evitar la muerte, será siempre homicidio por omisión.*⁸

B. Límites de la conducta típica

Esta acción la describe la ley a través del verbo "prestar auxilio", con lo que se suscita el problema de determinar los límites de la conducta típica. DEL ROSAL, COBO y MOURULLO señalan un límite máximo más allá del cual ya no se tratará propiamente de auxilio, sino de "la ejecución misma de la muerte", si bien el dístico aparece en estos autores estrechamente vinculado a la especial configuración del tipo en la ley española (art. 409 C.P. español). Sin embargo, es claro que un tipo de colaboración que despoje al suicida del dominio del hecho será un caso de homicidio consentido.⁹

Si, en cumplimiento de lo convenido, el reo disparó contra su víctima, a pedido de ésta, y luego disparó contra sí mismo, quedando gravemente herido, el hecho debe calificarse como homicidio, y no como auxilio al suicidio, ya que éste

⁸ Admiten el auxilio al suicidio por omisión, entre otros, OJEDA MURILLO, *Inducción y auxilio al suicidio*, 1958, p. 87; DEL ROSAL, COBO, MOURULLO, op. cit., p. 267. En contra, CUELLO CALÓN, op. cit., II, p. 439; también PACHECO, op. cit., III, p. 32. "Quien nada hace, y quien se abstiene, no presta auxilio a ningún intento. Moralmente, no obrará bien, legítimamente, no podrá castigarsele". Entre nosotros, en contra: LABATUT, op. cit., p. 300.

⁹ Op. cit., p. 267. En este sentido, también LABATUT, op. cit., p. 301. Extensamente sobre el tema, además, FONTELLA, op. cit., III, p. 110. Por lo demás, la Comisión Redactora lo hizo constar expresamente al suprimir el inciso segundo del modelo español ("si le prestare hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte"), ya que esa hipótesis "indudablemente constituye un verdadero homicidio y debe ser castigado como tal" (sesión 79).

supone la acción material de la misma persona que pretende quitarse la vida. Según la historia de la ley, la persona que lleva su cooperación hasta el punto de dar muerte ella misma a quien desea suicidarse, comete homicidio (CS., 1929; GT., 1929-II, 50-260).

Tampoco constituirá auxilio al suicidio, sino homicidio, la vasta casuística posible de autoría mediata, particularmente sugerente en casos de subordinación psicológica por razones sentimentales o por las perturbaciones psíquicas de la víctima. Si bien la ley castiga el auxilio y no la instigación al suicidio, es notorio que responderá como autor de homicidio el inductor-autor mediato.

Descartado lo que es en rigor ejecutar (o coejecutar) o hacer ejecutar la muerte por la propia víctima usada como instrumento, es preciso fijar el límite mínimo por debajo del cual ya no puede hablarse de auxilio para los efectos del tipo legal. Desde luego, es indispensable la eficacia causal (así, el que facilita el revólver al suicida que opta en definitiva por lanzarse al vacío). Como se ha dicho, "el límite mínimo está representado por esa mínima eficiencia etiológica cifrada en la facilitación de la realización del propósito suicida".¹⁰ Con todo, nos parece que en esta materia la ley chilena obliga a una delimitación más rigurosa que, por ejemplo, la ley española u otra que castigue la instigación al suicidio. De otro modo se llegaría al absurdo de dejar impune al que convence al sujeto de que se quite la vida y castigar al que con sus estímulos morales ayuda a mantener la decisión adoptada por el propio suicida. Entre nosotros se ha reconocido que no basta un auxilio meramente potencial.¹¹ Es concebible un auxilio intelectual en los casos en que se explica al suicida el procedimiento para llevar a cabo su propósito. La inactividad, sin posición de garante, no es en caso alguno auxilio, y, en este sentido, es errónea la sentencia del Tribunal Supremo español citada por OJEDA MURILLO que castigó por este título el hecho de "presenciar cómo el suicida escribía una carta dirigiéndose a sus padres y cómo se quitaba la vida, sin tratar de impedirlo".¹² Este hecho plantea un caso de omisión simple que, salvo que esté expresamente legislado (a través de la omisión de socorro en muchos países y, entre nosotros, ni siquiera así, por las características especiales que tiene este delito-falta), queda impune. Aun en los casos en que esta presencia pudiera jugar algún papel de reforzamiento moral, sería insuficiente para constituir auxilio en el sentido de este precepto, por las razones que se han dado anteriormente.

72. ASPECTO SUBJETIVO

La fórmula "con conocimiento de causa" añadida por la Comisión Redactora,¹³ descarta desde luego la posibilidad de la figura culposa: *no hay cuasidelito de*

¹⁰ DEL ROSAL, COBO, MOURULLO, op. cit., p. 266.

¹¹ Por ejemplo, "el tercero conviene en que asistirá al suicidio para alejar a terceros inoportunos que eventualmente se presenten". Distinto es el caso, por cierto, si efectivamente el auxiliador abuyena a los terceros, lo que constituye una conducta material de auxilio. Cfr. ERICHERARY, D.P., III, p. 84.

¹² Cfr. OJEDA MURILLO, op. cit., pp. 87-88.

¹³ En la Comisión Redactora se acordó, a petición del señor GANDARILLAS, "agregar la frase: 'a sabiendas', para dar a entender que sólo incurre en pena el que obra con conocimiento cierto del mal que su ayuda va a causar" (sesión 79).

¹⁴ Cfr. ERICHERARY, D.P., III, p. 85; AMUNÁTEGUI, op. cit., pp. 63-64. En contra: SERGIO POULTOFF, *Los elementos subjetivos del tipo legal*, cit., pp. 77 ss. y 96 ss.

auxilio al suicidio. Piensan algunos autores¹⁴ que es función también de este precepto la de destruir la presunción de dolo del art. 1º. Ya hemos explicado en otra parte que la presunción de dolo, derogada por todo el sistema procesal que exige la convicción, jamás rige en los casos dudosos y para ello es indiferente que la ley se sirva o no de esta clase de menciones explícitas. Naturalmente que el énfasis legal hace más premiosa la exigencia al juez de una profunda indagación sobre la subjetividad del agente y su contenido.¹⁵ A diferencia de otras disposiciones en que hemos interpretado esta clase de menciones subjetivas con un contenido más rico (p. ej., en el particidio), no creemos que éste sea el caso. No se advierte la razón, a la inversa que en el particidio, para restringir al dolo directo el requisito subjetivo.

73. EL REQUISITO DE QUE LA MUERTE SE EFECTÚE

También esta exigencia fue un añadido de la Comisión Redactora (sesión 79). Se lee en el Acta que "acordó también, a indicación del Sr. Ibáñez, limitar el alcance del artículo a sólo el caso en que ocurra realmente la muerte, pues de otro modo resultaría que viviendo el que intentó suicidarse no recibía castigo alguno, mientras que lo tendría aquel que sólo favoreció su intento".

Para comprender la función de este requisito es preciso dilucidar previamente qué carácter tiene el tipo legal. Si se considera que la conducta de auxilio, en lo que al agente concierne, queda completa cuando lleva a cabo su contribución, que puede ser muy distante temporalmente del momento de la muerte, entregando a la decisión del suicida, es claro que la actividad de auxilio constituye un delito de peligro para la vida, cuyo resultado es la puesta de una condición para que surja el riesgo de la muerte (relación de probabilidad). El dominio del hecho por el suicida impide que el resultado moral pueda ser presentado como resultado de la acción de auxilio. En este sentido es correcta la caracterización de la producción de la muerte como una condición objetiva de punibilidad, sin que obste a ello el que la subjetividad del agente auxiliador cubra el riesgo de la muerte. Que la muerte se produzca o no en la realidad (eventual intervención de un tercero), nada quita o añade a la conducta del auxiliador. Es más, incluso un arrepentimiento posterior infuente no degradaría el tipo ya completo de auxilio, aunque naturalmente ello debería computarse para una menor reprochabilidad. La importancia de este requisito, que opera como un correctivo respecto de un delito de peligro,¹⁶ es, además, la de inhibir la inclinación de la tentativa y el delito frustrado.¹⁷

74. LA PARTICIPACIÓN

Para no llegar a soluciones teratológicas (castigar al que instiga al auxiliador y no

¹⁴ El contenido del dolo no debe identificarse con el deseo de que la muerte se produzca. Como todo dolo en un delito de peligro (vid. Bustos y Pourrier, *Los delitos de peligro*, cit.), el núcleo está constituido por la representación de la situación (real) de peligro y de la eficacia causal de la contribución.

¹⁵ Véase sobre el punto Bustos y Pourrier, *Los delitos de peligro*, cit., p. 38.

¹⁷ Cf. ERCHESBERY, D.F., III, p. 86.

al que instiga al suicida), creemos que no es posible admitir otra forma de participación eventual que la de ejecución en el auxilio. Esto está relacionado íntimamente con la índole del delito que, aunque no sea en rigor una forma de participación en sentido jurídico estricto, es siempre un hecho accesorio en la vida real, reconocida en la propia descripción del tipo. No hay, pues, auxiliador del auxiliador ni inductor del auxiliador. Puede haber, sí, autor mediato de la conducta de auxilio (ejemplo: el que fuerza a otro a que ayude al suicida).

75. SI NO SE PRODUCE LA MUERTE, PERO RESULTAN LESIONES

No cabe duda de que al suicida fallido no se le podrá castigar por las lesiones que se causó, ya que en nuestro sistema, como en los demás, no se castiga al que se autolesiona. Más complicado es el problema para el auxiliador. Observa MAURACH que la cooperación a la autolesión ajena sólo es punible bajo los presupuestos de la autoría mediana.¹⁸ Desde este punto de vista, puede concebirse un pseudoauxiliador al suicidio ajeno (en realidad autor mediato de homicidio), en que la muerte no se produzca, pero sí lesiones de alguna de las clases señaladas en la ley. En otra parte hemos dicho que si se trata de lesiones graves habrá concurso ideal de homicidio frustrado y lesiones consumadas; si se trata de las demás lesiones, opera la absorción (concurso aparente de leyes).

Ahora bien, si el autor mediato (pseudoauxiliador del suicidio) domina el hecho con pleno conocimiento de que el medio que provee no es idóneo para matar, pero sí para lesionar, se dará el tipo de lesiones correspondientes (y si ocurre la muerte, habrá homicidio preterintencional).

Si no se trata de un autor mediato, sino de un verdadero auxiliador y se producen lesiones por el fracaso del suicidio, la inclinación del auxiliador no es posible: si no lo es a título de dolo eventual respecto de las lesiones, ya que la autolesión queda fuera del tipo y, por ende, no hay a su respecto participación, que en la culpa no podrá plantearse el problema de lesiones culposas. Ciento es de hablar de un auxiliador culposo, pero, aunque la culpa es individual, en el sentido de infracción del propio deber de cuidado con lo que podría pretenderse imprudencia, la verdad es que la posibilidad de tal inclinación contrasta no sólo el sentimiento de justicia (hacer impune el dolo y no la culpa), sino también la lógica. El concurso aparente entre la propia conducta imprudente y la propia conducta dolosa de auxilio se resuelve por la segunda, no sólo cuando conduce a la punibilidad, sino en todo caso, o sea, también si conduce a la impunidad.

¹⁸ MAURACH, DSt., p. 76.