

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.

1-0015839
875.03
P769 dp
1993
2da ed
C. 4

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

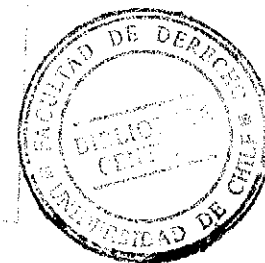
Se terminó de imprimir esta segunda edición
de 2.000 ejemplares en el mes de agosto de 1993

IMPRESORES: Alfabet

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN 956-10-1029-1

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE



I. LA PARTE ESPECIAL

Mientras la Parte General del Derecho Penal está formada por el conjunto de elementos comunes al delito y a la pena vistos en abstracto, el contenido de la Parte Especial está constituido por las figuras delictivas singularmente consideradas.

Desde un punto de vista normativo, la Parte Especial es la suma de los preceptos legales que describen los delitos en particular y fijan sus penas. El Código Penal chileno, como todos los Códigos modernos, distingue nítidamente la Parte General (Libro I) de la Parte Especial (Libros II y III). En el Libro II está todo el repertorio de los "Crímenes y simples delitos y sus penas", y en el Título I del Libro III, las faltas. A ello hay que agregar, empero, los delitos sancionados en numerosísimas leyes especiales.

Bajo el aspecto dogmático, el objeto de la Parte Especial es el estudio de toda esa materia legal, interpretando y elaborando científicamente su contenido normativo.

Históricamente, la Parte Especial precede a la general. Ello se explica fácilmente puesto que en la realidad de la vida lo que acaece son hechos singulares que han recibido concreción en determinados tipos de comportamiento ilícito y punible; se cometen delitos *en concreto* y esto sigue siendo así, si bien hoy es indispensable que el hecho esté previamente descrito por la ley como conducta punible (principio de legalidad o reserva) y por más que al regular o excluir su castigo se apliquen normas generales derivadas de un proceso de abstracción lógico, históricamente posterior. Por eso, al decir de GRISPIGNI,¹ la Parte Especial representa el verdadero y propio Derecho Penal, porque sólo ella da vida y contenido a las reglas de la Parte General. De ahí también el carácter necesariamente *fragmentario* de la Parte Especial, sobre lo que habremos de insistir dentro de poco.

La realidad genética del Derecho Penal debía forzosamente reflejarse en el desarrollo de su evolución técnico-legislativa y científica. Con acierto, DEL ROSAL,

¹ *Diritto Penale Italiano* (1947), II, p. VI. Cfr., además, ANTOLISEI, *Manuale P.S.*, I, p. 3; QUINTANO RIPPOLLÉS, *Tratado P.E.*, I, p. 8; RODRÍGUEZ DE VESA, *Derecho Penal Español. Parte Especial* (1966), pp. 3-4.

COBO, MOURULLO² distinguen tres fases en esta evolución histórica: 1) predominio de la Parte Especial; 2) destaque de la Parte General; y 3) dominio absoluto de la Parte General.

La consideración de los delitos en particular fue el único objeto de atención y estudio por parte de legislaciones y juristas durante milenios. Fuera de algunos brotes aislados y de poca monta que pudieran hallarse en textos antiguos, la preocupación por una teoría general del Derecho Penal sólo comienza a advertirse a partir de la época de las luces. Culmina este período con obras como las de FEUERBACH, ROMAGNOSI, CARMIGNANI Y ROSSI, bajo cuyo influjo la situación se inclina decididamente por el signo contrario. Con su habitual gracejo, QUINTANO RIPPOLLÉS acota: "Claro es que, como tantas otras veces sucede, la recién llegada pretendió instalarse con petulancia y soberbia juveniles en el ancestral solar, hasta despreciar y desalojar a la antigua".³

Lo cierto es que la Parte General, desde que se elevó a la categoría de ciencia sistemática esta disciplina, ha recibido un gran desarrollo y se han volcado sobre ella los esfuerzos teorizantes de los más grandes juristas. En cambio, la Parte Especial —salvo señeras excepciones, de entre las cuales destaca CARRARA con el formidable sistema que es todo su *Programa*— se ha reducido al estudio exegético y casuístico de las figuras de delito en particular, sin guardar ningún rigor sistemático o sentido estructural y con escasa aplicación de los principios suministrados por la Parte General.⁴

En contra de este estado de cosas han reaccionado los penalistas contemporáneos reclamando la urgente necesidad de que el estudio de los delitos en particular sea abordado con un criterio más científico, es decir, *dogmático*.

Forzoso es admitir, empero, que el método exegético sigue prevaleciendo, al paso que en otras especialidades del Derecho y en la propia Parte General ha sido largamente superada esta primera, aunque necesaria, etapa en el progreso de los estudios jurídicos. Así, el examen aislado de las figuras singulares de delito desdibujó sus caracteres comunes y hace que se den soluciones distintas y aun contradictorias para situaciones análogas; las relaciones de recíproca interdependencia quedan desmembradas; se hace necesario repetir muchas veces unos mismos conceptos o acudir a frecuentes citas y remisiones que dificultan la comprensión del tema y toman fatigosa la lectura.⁵

Por cierto que la etapa verdaderamente científica del Derecho sólo se alcanza cuando de la mera actividad de explicar el contenido de las normas particulares "se pasa al agrupamiento de las mismas sobre la base de sus caracteres comunes para desembocar en conceptos superiores y, de este modo, en la sistematización orgánica de la materia".⁶ Sólo que tratándose de los delitos en especial, el camino

² DEL ROSAL, COBO, MOURULLO, DPE. P.E., pp. 42 ss. Entre otros méritos destaca la gran utilidad informativa de la extensa Introducción que precede esta obra.

³ *Tratado P. E.*, p. 2.

⁴ "En términos generales —expresa DEL ROSAL— puede decirse que la Parte General queda más o menos de la competencia del científico; en tanto que la Parte Especial, del profesional" (*Reflexiones sobre el estudio de la Parte Especial del Derecho Penal*, en *Estudios Penales*, 1948).

Sobre los diversos aspectos relativos a una introducción de la Parte Especial, especialmente aquellos que se refieren a la discutida teoría general de la Parte Especial y a la objetividad jurídica como criterio esencial para la clasificación de los delitos, véase GUSOLLA, *El objeto jurídico del delito* (1959).

⁵ Cfr. ANTOLISEI, *Manuale P.S.*, I, pp. 10 ss.

⁶ ANTOLISEI, op. cit., p. 10.

no es fácil y requiere de un urgente trabajo monográfico previo que gradualmente vaya abriendo la ruta hacia una completa sistematización. De otro lado, se han suscitado controvertidas cuestiones metodológicas que es necesario siquiera mencionar.

II. LA LLAMADA PARTE GENERAL DE LA PARTE ESPECIAL

Está claro que la ciencia y el propio Derecho positivo distinguen hoy, con perfecta precisión, una Parte General y una Parte Especial del Derecho Penal. Pero esta misma división tan claramente delimitada, así como el notorio desnivel científico en que se encuentran ambas parcelas, han hecho sugerir la idea de que sería necesario un "puente de enlace" que sirviera de cauce por el cual llegarían a la Parte Especial, en mejor y más eficaz forma que hasta ahora, los conceptos universales debidos a la mayor elaboración científica de la Parte General, elaboración a la que, por tanto, debe también someterse aquélla.

Se abre así para algunos autores la posibilidad de una zona intermedia y relacionadora de enorme importancia. Como dice Mezger, "tenemos en la sistemática de los delitos en particular y en el estudio sobre la técnica de los tipos penales un material precioso para la citada teoría; en gran parte se trata de un nuevo campo científico inexplorado".⁷

Los límites exactos de esta "tercera parte" del Derecho Penal no son precisos. En algunas ocasiones⁸ parece confundirse con una simple repetición de la Parte General, sólo que expuesta en forma prácticamente ininteligible. Pero está, en cualquier caso, presidida por el plausible propósito de pasar de la fase puramente expositiva y exegética a la fase sistemática y verdaderamente dogmática de los delitos; de hacer un pleno uso científico de la arquitectura general del delito y de formar un elenco de institutos y de conceptos de general o profusa aplicación que serían mucho más de aquellos que hasta ahora se han situado en la Parte General.

En este sentido, sólo un sistema orgánico derivado de la uniformidad de unos principios reguladores podría dar satisfactoria solución a problemas tales como "los delitos de la misma especie", "reincidencia específica", "delito continuado", etc., o permitir la existencia de conceptos generales y comunes a todo el sistema,

⁷ MEZGER, *Vom Sinn der Straftatbestände* (1926). Partidarios de esta teoría de una Parte General de la Parte Especial se han declarado, en Italia, G.D. PISAPIA, *Introduzione alla Parte Speciale del Diritto Penale* (1948), y en España, JUAN DEL ROSAL, *Reflexiones...* cit.

Aunque no alcanzara a llevar a la práctica sus ideas y orientado más bien en un propósito de mera sistematización de los delitos de carácter lógico-formal (vid. infra), debe situarse también en esta corriente a GRISPIGNI, quien propugna enérgicamente el estudio *dogmático* de la Parte Especial, que concibe como el estudio del delito no aislado con los elementos constitutivos comunes que presenta. De este modo, en el elemento *adecuación al tipo*, "se concreta una verdadera y propia teoría general de la Parte Especial, puesto que todos los aspectos posibles de las disposiciones particulares de aquella están resumidos y orgánicamente sistematizados en dichos requisitos" (op.cit., pp. VI ss.). Para un completo desarrollo del punto, véase DEL ROSAL, COBO, MOURULLO, DPE. P.E., Introducción cit.

En Chile se ha ocupado extensamente de la materia GUSOLLA, op. cit., especialmente pp. 3-5 y N° 32, pp. 84 ss. Sus opiniones vertidas en ese trabajo no son necesariamente las que mantienen en la actualidad, que se adecuan a lo expuesto en el texto.

⁸ ERICH WOLF, *Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit* (1930). Se señala a este autor como el iniciador de dicha corriente de pensamiento. Véase también RODRÍGUEZ MUÑOZ, cit. por DEL ROSAL, op.cit., pp. 51 ss.

con ahorro notable en la economía legislativa e innegable beneficio para una uniforme interpretación del orden jurídico que se supone unitario. Pueden citarse, a título de ejemplo, los conceptos de violencia, cosa ajena, apropiación, correspondencia, documentos, empleado público, etc. Ciertamente que muchas legislaciones positivas se han preocupado de este último aspecto, pero con disposiciones aisladas, en forma incompleta y la mayoría de las veces limitando sus efectos a un grupo determinado de preceptos.

Sea como fuere, los dos grandes temas que se ofrecen como primeros integrantes de esta posible teoría general son la *técnica del tipo penal*, cuyo estudio iniciara en 1906 con tan fecundas consecuencias BELING, y la *objetividad del delito* como indagación fundamental para elaborar una sistemática sustancial de los hechos punibles.

Puede afirmarse, sin embargo, que la mayoría de los autores se manifiestan contrarios a la idea de una "Parte General" de la Parte Especial.

Entre la Parte General y la Especial, en efecto, no existe realmente una delimitación tan tajante que impida la aplicación efectiva de los principios generales en cuya función deben entenderse integradas las figuras delictivas (antijuridicidad, culpabilidad, participación, *ius criminis*...). Es efectivo que el estudio exegético y fragmentario de los delitos conduce a soluciones contradictorias y desarmonías recusables, pero la superación del método puramente exegético no debe necesariamente desembocar en una discutible "teoría general" de la Parte Especial, puesto que todo aquello que alcance la categoría de principio común tiene su lugar natural en la Parte General propiamente dicha.

No debe olvidarse que el contenido de la Parte General ha surgido y se alimenta de todas aquellas reglas que inferidas de situaciones concretas, pasan a tener una validez universal que las hace aplicables a todo el ámbito de los delitos particulares. No otra cosa pretende la Parte General que la búsqueda y elaboración de conceptos válidos para un número más o menos grande de normas singulares (delitos) "que se expresan de una vez por todas para aplicarlas después al estudio de las figuras singulares".⁹

Con todo, la incuestionable necesidad de una construcción dogmática de la Parte Especial se alza en el camino de cualquier solución simplista. Vimos ya como la elaboración de ciertas "nociones introductorias" (violencia, propiedad, documento, etc.), concebidas con el criterio más amplio posible, es tema pacífico. No lo es menos el imperativo de sistematizar con el máximo rigor la materia, meta primordial de toda tarea científica, pero sin que exista un total acuerdo en cuanto a las bases mismas de la sistematización.

Por fin, hay que tener presente que el carácter necesariamente discontinuo o autónomo¹⁰ de cada hecho punible dificulta aún más el panorama por ser el

⁹ PANNAIN, *Manuale di Diritto Penale* (1957), II, pp. 2-3. Cfr. también ANTOLISEI, *Manuale P.S.*, I, p. 12. Dice este último: "La necesidad de abandonar el método exegético ha sido reconocida por muchos autores, pero se ha ido demasiado lejos al auspiciar la formación de una Parte General de la Parte Especial. Esta extraña idea que, proveniente de un autor alemán, no ha tenido fortuna en su patria, ha sido infortunadamente recogida en Italia; pero se ha revelado como del todo infructuosa, dado que para el estudio de los principios y de las reglas que conciernen a todos o la mayor parte de los delitos ya existe el lugar apropiado, que es la Parte General del Derecho Penal" (op. cit., pp. 11-12).

En términos muy semejantes, QUINTANO RIVOLLES, *Tratado P.E.*, I, p. 11; ETCHERREY, D.P., III, p. 8. Entre los autores alemanes, manifiestan su decidido escepticismo WELZEL y MAURACH (cfr. QUINTANO, loc. cit.).

¹⁰ Cfr. SOLER, DPA, III, p. 14.

portador de un elemento de inevitable contradicción. Como toda disciplina jurídica, la dogmática penal "importa dos operaciones igualmente indispensables: el ordenamiento de la materia del modo más orgánico posible y, en seguida, la consideración de las normas en su complejidad; por consiguiente, en sus relaciones de recíproca interdependencia";¹¹ pero "a pesar de todos los esfuerzos que se hacen para coordinar la materia que se trata de estudiar, no puede evitarse una apreciable fragmentación al exponerla. Ella es inherente a su naturaleza misma debido a la enorme variedad de los hechos punibles, los cuales alcanzan todos los sectores de la vida social y se presentan en las formas más dispares".¹²

La Parte Especial es por esencia un elenco concreto de figuras punibles, delimitadamente descritas y vinculadas a una pena.¹³ Este carácter fundamental conlleva, en cierto grado, un irreductible autarquismo que rechaza la posibilidad de una generalización total: lo que es necesariamente particular no puede ser, a la vez, general; perdería la individualidad que es propia de cada delito en especie. El problema, por tanto, es saber hasta dónde y en qué terreno es posible esa generalización.

Como se puede apreciar, el tema de una teoría general de la Parte Especial no se encuentra definitivamente resuelto en uno u otro sentido. Es razonable pensar que la mayoría de los temas propuestos deben simplemente situarse en la Parte General; pero otros, como los relativos a la sistematización y al método de trabajo, tal vez únicamente por falta de un adecuado desarrollo de una teoría general es que deban confinarse en una modesta "introducción" a la Parte Especial.

Sin insistir demasiado en aspectos ordenadores que, al fin y al cabo, pudieran obedecer a un simple prurito estético, es el caso que en el tratamiento de la Parte Especial hay algunos "puntos firmes" que es necesario tener presente:

1º Objeto de la Parte Especial son los delitos en particular. De acuerdo con el principio de reserva legal constitucionalmente garantizado, la ley penal concreta en determinados tipos de ilicitud las conductas contrarias a las normas que conmina con pena. La Parte Especial la constituye, pues, un sistema discontinuo de ilicitudes. Este sistema es el propio y verdadero Derecho Penal; sólo a través y en función de sus concreciones *reales* reciben aplicación práctica los principios comunes de la teoría del delito y de la pena, deducidos histórica y lógicamente (consideración abstracta) de aquel material primario.

¹¹ ANTOLISEI, *Manuale P.S.*, I, pp. 12-13.

¹² "La Parte Especial es por ello el resultado, consciente o inconsciente, de una *política criminal* y únicamente en segundo término depende de consideraciones sistemáticas" (RODRIGUEZ DE VERA, op. cit., p. 4). Cfr., asimismo, DEL ROSAL, COBO, MOURILLO, DPE. P.E.: "Cualquier ordenación sistemática que se emplee en la Parte Especial carece de verdadera eficacia, por razón de la propia *naturaleza* de esta rama jurídico-penal, puesto que la idea que la preside es de índole práctica, irreductible, en ocasiones, a un previo esquema sistemático" (p. 35).

Por su parte, MEZGER acota: "Se asigna un valor particular a la sistematización de la materia y a su estructura práctica. Quien estudia la 'Parte Especial' se ve colmado, por lo común, de una cantidad de materia que reúne, al mismo tiempo, lo importante y lo intrascendente, lo necesario y lo superfluo. Ello aparta la mirada de lo que es *esencial* y la materia no goza, a pesar de su realismo, de popularidad" (cit. por DEL ROSAL, loc. cit.).

¹³ De ahí el carácter de un "sistema discontinuo de ilicitudes" que acertadamente señala SOLER, DPA, I, p. 40.

2º Esto explica que el estudio de la Parte Especial tenga un carácter necesariamente fragmentario. Cada delito previsto por la ley es el producto de una decisión del legislador conforme a una determinada política criminal forzosamente subordinada a la conservación de los valores fundamentales. Responde, por tanto, a una individualidad irreductible en su modo particular de conducta punible. Es tarea dogmática de la Parte Especial el estudio diferenciado de cada hecho punible en su rica y compleja diversidad.

3º Lo anterior no excluye, sin embargo, que en el trance de superar la mera exégesis hacia métodos dogmáticos (la verdadera ciencia del Derecho) se adopte un tratamiento lo más orgánico posible de la materia, destacando las relaciones de recíproca interdependencia, buscando los elementos que permitan ciertas legítimas generalizaciones y los criterios de uniforme aplicación. La adecuada *sistematización* de la materia es un paso primordial en este sentido.

4º Por consiguiente, los criterios de clasificación y de método son aspectos que necesariamente deben abordarse y exponerse, aunque sólo sea en sus líneas más esenciales, antes de entrar al estudio particular de los delitos. A falta de una teoría general de la Parte Especial y mientras ésta se discute, el tema debe ser abordado en una "introducción", como, en el hecho, lo hacen la inmensa mayoría de los autores. Es muy posible que sea ésta, en definitiva, la mejor forma de satisfacer dicha necesidad. En todo caso, más que predicar teorías un tanto abstrusas y desdibujadas cuya utilidad no ha podido aún ser plenamente acreditada, lo que importa sobremedida, en el estado actual de nuestra ciencia, es *hacer* Parte Especial.

III. BASES PARA LA SISTEMATIZACIÓN DE LA PARTE ESPECIAL: LA OBJETIVIDAD JURÍDICA DEL DELITO

Con razón se ha hecho notar que la Parte Especial no es susceptible de una exposición en forma deductiva.¹⁴ Ello es la consecuencia ineludible de la naturaleza fragmentaria a que aludíamos; por consiguiente, no se puede hablar de una *sistematización* en sentido estricto, pero sí de una *clasificación*, si por tal se entiende el agrupar los delitos por sus semejanzas y diferencias.

Clasificar las figuras delictivas, ordenándolas en grupos y en subgrupos, es para la ciencia jurídica "una necesidad indiscutida e indiscutible".¹⁵ "La doctrina no puede limitarse —agrega ANTOLISEI— a exponer y explicar el contenido de las figuras singulares en el orden en que se encuentran en las leyes: la distribución de éstas de un modo jerárquico y orgánico se impone por la misma razón de que en todas las disciplinas jurídicas resulta indispensable la construcción de los institutos y del sistema".¹⁶

¹⁴ Cf. RODRÍGUEZ DEVESA, op. cit., pp. 4 ss.

¹⁵ ANTOLISEI, *Manuale P.S.*, I, p. 18.

¹⁶ Loc. cit. Añade aún: "Dadas la gran cantidad y variedad de los hechos punibles, la necesidad de la clasificación ha sido reconocida incluso por los legisladores en cuanto se han puesto a la obra de codificar. Es por esto que no existe un Código Penal en el cual los delitos no se encuentren repartidos en categorías" (p. 18).

Obviamente, toda labor de clasificación requiere de un criterio o de criterios con arreglo a los cuales se clasifica. El criterio dominante es el de los bienes jurídicos protegidos, o sea, el de la *objetividad jurídica del delito*. Dice GRISOLÍA: "Desde que se intentó exponer en forma ordenada el conjunto de los delitos que se consideraba debía abarcar un ordenamiento jurídico ideal, recurriendo a clasificarlos sobre la base de su calidad o naturaleza intrínseca, hasta que las direcciones modernas emprenden con rigor dogmático la reconstrucción sistemática de la Parte Especial, los estudiosos del Derecho Penal han buscado afanosamente un principio constante y seguro para la clasificación certera de las figuras delictivas.

"El criterio prevaleciente ha sido, y es, el de utilizar la llamada objetividad jurídica del delito, expresión que designa la calidad fundamental de los delitos de recaer sobre un objeto jurídico. De ahí que la primera tarea que debe encarar quien aborde el estudio de un delito determinado, o categorías esencialmente afines de delitos, sea la de establecer su objeto jurídico".¹⁷

La objetividad jurídica de los delitos es un elemento constante de toda infracción punible, formado específicamente por los *bienes jurídicos*.¹⁸ Para VON LISZT la tutela de intereses constituye la esencia del Derecho. Los bienes jurídicos son precisamente *intereses tutelados mediante el Derecho*. Dichos intereses no los crea el ordenamiento jurídico, sino la vida misma. Pero la tutela del Derecho transforma los intereses de la vida en intereses jurídicamente protegidos, esto es, en bienes jurídicos. El Derecho Penal cumple con la finalidad de tutelar aquellos intereses particularmente valiosos, de modo complementario.¹⁹

Por ello, el contenido material del injusto es la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Según el punto de vista desde que se le considere, aparece

¹⁷ GRISOLÍA, op. cit., p. 3. Señalemos de inmediato que no sólo debe encararse semejante tarea con el fin exclusivo de elaborar una sistematización. La importancia de la objetividad jurídica no agota su trascendencia en el suministro del *principium divisionis* con validez universal para todos los delitos de un sistema penal dado. Como lo manifiesta JIMÉNEZ DE ASÚA, "el problema del objeto del delito, y en particular de su objetividad jurídica, es de suma trascendencia no sólo para la determinación del concepto del delito, sino para la construcción de toda nuestra disciplina" (*Tratado*, III, p. 87). Cuestiones de tanta importancia como el contenido esencial del delito, la interpretación de los preceptos legales en su alcance y significado, la fundamentación de la antijuridicidad sustancial, sus límites típicos y muchas otras, se encuentran estrechamente relacionadas con la teoría del objeto jurídico.

A trazar un primer esbozo de esta teoría se consagra la citada monografía.

¹⁸ Se señala al autor alemán BIRNBAUM como el primero que expuso la idea sobre los bienes jurídicos tutelados, en un artículo publicado en 1834. Pero se reconoce a V. LITTING como el primero que construyó una teoría con esa idea (cf. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, III, p. 88).

Según BINDING, es bien todo aquello que desde el punto de vista del legislador es importante para el orden jurídico y cuyo pacífico mantenimiento es asegurado mediante normas. Todo aquello que, aunque no constituya un derecho, el legislador lo considere importante para la vida sana de la comunidad jurídica. Se trata, por tanto, de juicios de valor. No debe olvidarse, sin embargo, que BINDING concibió el delito como violación del derecho subjetivo público que el Estado tiene frente a sus súbditos: el derecho a contar con la obediencia de estos últimos. Pero ello no es obstáculo para que reconozca el bien jurídico como "objeto principal" del delito (*Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*, pp. 23 ss.).

Ha estudiado en profundidad el tema ARTURO ROCCO (*L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, 1939), aunque con algunas distinciones y sutilezas que han sido estimadas de escasa importancia. Cf. GRISOLÍA, op. cit., pp. 14 ss.

¹⁹ Citado por GRISOLÍA, op. cit., p. 13.

Como opina ROCCO, resulta del todo estéril y sin sentido la discusión relativa a si debe hablarse de *bienes* o de *intereses*, puesto que todo interés tiene por objeto un bien y todo bien es objeto de un interés. Da lo mismo decir que el Derecho Penal protege la vida o el interés a la vida (op. cit., pp. 31 ss.).

como el *objeto de protección* de la ley o como el *objeto de ataque* contra el cual se dirige el delito.²⁰

Cabe así concluir que no son concebibles los delitos sin objetividad jurídica. No hay delitos que consistan en la mera descripción de una conducta y sin que ésta represente el ataque (o puesta en peligro) a un bien que se pretende proteger por medio de la incriminación correspondiente; o sea, sin que exista un objeto específico de protección. Estas características son las que convierten al bien jurídico protegido en un criterio permanente para la clasificación de los hechos punibles.²¹ El mejor criterio que, sin duda, sea posible adoptar.

Ciertas posiciones extremas surgidas en Alemania e Italia en la década del treinta, que pretendieron desconocer la validez del principio de los bienes jurídicos tutelados para hacer primar la voluntad delictiva en desmedro de todo otro elemento del delito, no merecen mayor consideración.²² Se ha querido ver también en GRISPIGNI y en ANTOLISEI la formulación de dos tesis contrarias a la doctrina de los bienes jurídicos, lo que no es rigurosamente efectivo.

El sistema doctrinal de GRISPIGNI, que renueva las bases de la teoría belingniana del delito, no desconoce el bien jurídico. Este concepto no sólo es admitido por el ilustre penalista italiano, sino que llega a valorarlo como el principio de toda especie delictiva. Pero estima que se encuentra *fuera* de los elementos constitutivos del delito, el cual, en rigor, debe clasificarse en un sentido formal, atendiendo a las particularidades estructurales de las normas, lo que permite un agrupamiento de éstas por categorías estructuralmente afines. Se trata, pues, de la adopción de un método lógico-formal de clasificación, pero no de la negación del bien jurídico como objetividad del delito.

ANTOLISEI tampoco expresa un rechazo radical del concepto, pero estima que a los fines de la interpretación y clasificación de los delitos la constatación del bien tutelado está lejos de tener la importancia que le atribuye la doctrina. Puesto que no es posible afirmar que los bienes jurídicos protegidos por las normas incriminatorias sean *siempre* diversos y, por el contrario, existiendo numerosos delitos que ofenden a dos o más intereses jurídicos (delitos pluriofensivos), hay que concluir —según este autor— que la determinación del bien jurídico no es suficiente para individualizar los diversos delitos. Propone, en sustitución, acudir al fin de la norma (o *ratio* de la incriminación), pues “esta *ratio* comprende, sin distinción, todos los datos que ha tenido presente el legislador al formular el precepto, incluyendo, naturalmente, el así llamado bien jurídico”.²³

GRISOLÍA dedica una extensa refutación a la tesis del Profesor emérito de Turín.²⁴ En lo que concierne a la pretendida insuficiencia como principio ordenador de los delitos, basta recordar que el bien jurídico tutelado es el *único* criterio clasificatorio de validez universal, no sólo porque es constante en todo delito,

²⁰ MEZGER, *Tratado de Derecho Penal* (1946), I, p. 386.

²¹ MEZGER, *Libro de Estudio. Parte Especial* (1959), p. 23.

Está en lo cierto el antiguo Profesor de Munich cuando añade que no existe un grupo especial “de hechos punibles caracterizados solamente por el medio de ataque”, como sostuvo VON LISZT. También en este caso la no utilización del “medio” es bien jurídico específicamente protegido.

²² Estas doctrinas sufrieron un repudio casi general y hoy se pueden estimar definitivamente superadas. Aparte de su patente fondo político, llevan a una concepción arbitraria y formalista del Derecho absolutamente inaceptable. Cfr. GRISOLÍA, op. cit., p. 21.

²³ ANTOLISEI, *Manuale P.S.*, p. 17.

²⁴ Op. cit., pp. 23 ss.

sino porque así lo quiere la propia ley positiva.²⁵ Veremos enseguida que siempre es posible encontrar un bien *preponderante* en aquellos casos en que un mismo hecho punible comprende varios bienes en su objeto de protección y que, en el caso de un mismo bien tutelado por una pluralidad de figuras, existen otros elementos que permiten determinar la absoluta especificidad del objeto jurídico de cada delito singular.

Por lo que toca al “fin de la norma” como criterio sustitutivo, se trata de una innovación meramente semántica que deja las cosas en el mismo lugar: precisamente, el fin de la norma es proteger los bienes jurídicos.²⁶ Acierta QUINTANO RIPOLLÉS al decir que la mejor refutación a la tentativa de ANTOLISEI de sustituir el objeto jurídico por el *scopo della norma* “la ha brindado él mismo al hacer caso omiso de tales elucubraciones en la reciente magnífica *Parte Speciale* de su *Manuale*”.²⁷

En conclusión, el objeto jurídico (bienes tutelados) constituye la base primordial para clasificar (sistematizar en sentido amplio) los delitos. Así lo reconoce la doctrina nacional.²⁸

Dando por establecido que el objeto jurídico del delito singular es por esencia específico, en cuanto dicho objeto, como tal, es único y exclusivo de cada figura particular (cada delito tiene *su* propio objeto), hay que reconocer, sin embargo, que su *contenido* (bienes tutelados) no presenta necesariamente la misma especificidad. Un bien jurídico, en efecto, puede pertenecer a la objetividad jurídica de una pluralidad de delitos (la vida con respecto al parricidio, al homicidio y al infanticidio) o un mismo hecho punible representar el ataque a varios bienes (delitos pluriofensivos; así, el robo afecta al patrimonio, pero también a la libertad y a la seguridad personal). De ahí que para formar los grupos y subgrupos que satisfagan los fines de una clasificación científicamente útil, sea necesario añadir al criterio primordial del bien jurídico lesionado (y, por tanto, esencia de la antijuridicidad tipificada) otros criterios complementarios

²⁵ El mismo ANTOLISEI tiene que reconocer que ésta es la técnica que adopta el Código italiano. Se presenta en este punto la cuestión del valor de los títulos y epígrafes de la ley. Véanse sobre ello las interesantes apuntes de SOLER, DPA, III, p. 13.

²⁶ La indagación central y primaria debe girar en torno al bien protegido, porque éste es el fin específico por antonomasia de toda norma. Buscar el bien tutelado significa interpretar la ley según sus fines. Luego, en el estudio de cualquier norma penal habrá que ocuparse, ante todo, de su fin esencial: el objeto de protección. Una vez encontrado éste y a partir de él, podrán hallarse otros fines, los cuales sólo serán complementarios y dependerán en su existencia del anterior. Cfr. GRISOLÍA, op. cit., p. 25. En sentido coincidente, ROCCO, para quien encontrar el bien o interés lesionado o amenazado por un delito no significa otra cosa que encontrar el fin que la ley se propuso obtener, prohibiendo bajo la amenaza de una pena ciertas acciones u omisiones, puesto que el fin de todo el Derecho Penal es la tutela de los bienes (op. cit., p. 577).

El acento puesto por WELZEL en la función ético-social del Derecho Penal no le impide reconocer que esa voluntad etizante (asegurando la vigencia de los valores de acto) mira a la preservación de los bienes jurídicos. Por eso, “misión del Derecho Penal es la protección de los bienes jurídicos mediante la protección de los elementales valores de acción ético-sociales [...] Bien jurídico es bien vital de la comunidad o del individuo que por su significación social es protegido jurídicamente. [...] La suma de los bienes jurídicos no constituye un montón atomizado, sino el orden social, y por eso la significación de un bien jurídico no ha de apreciarse aisladamente en relación a él mismo, sino sólo en conexión con todo el orden social” (*Derecho Penal Alemán*, traducción de la 11ª ed. alemana por J. BUSTOS y S. YÁÑEZ, 1970, pp. 15-16).

²⁷ *Tratado P.E.*, I, p. 15.

²⁸ Cfr. LABATUT, D.P. P.E., pp. 20 ss.; ETCHEBERRY, D.P., III, pp. 8 ss. NOVOA, *Curso de Derecho Penal Chileno*, I (1960), p. 252.

deducidos de los elementos que concretan el respectivo tipo de injusto:²⁹ la calidad del sujeto activo; el objeto sobre el que recae la acción; el tiempo y lugar de ésta; el medio empleado; el móvil; los elementos subjetivos del tipo, etc.

Por otra parte, la concurrencia de varios bienes respecto de un mismo delito, plantea la cuestión de determinar cuál de ellos debe estimarse prevaleciente para estos efectos. Como anota MEZGER:³⁰ "Si no se quiere separar lo que está unido, no se deben considerar todos los posibles puntos de vista, sino *elegir* el bien jurídico que está situado en primer lugar y tomar sólo a éste como base de la clasificación sistemática. No se debe olvidar que en una tal clasificación sistemática de los hechos punibles existe cierta arbitrariedad y que interviene la apreciación subjetiva. Pero al mismo tiempo también se logra con ella una decisión importante sobre lo que es lo más *trascendente* en la esencia del hecho punible particular. De tal manera, pueden extraerse de la clasificación sistemática datos de significación acerca del *carácter* del delito particular y puntos de apoyo para la interpretación".

Las consecuencias sistemáticas y de orden práctico para el estudio de cada delito en particular y de sus recíprocas relaciones con los demás, que derivan del lugar en que se agrupa cada infracción, son de suma importancia y de variada índole.³¹

La opinión dominante coincide, pues, en dar prioridad al objeto jurídico del delito como base esencial de una clasificación orgánica (valor principal), sin desconocer la necesidad de utilizar otros criterios o valores accesorios. De igual modo, no se pretende que el criterio del bien jurídico *agote* toda otra posibilidad de clasificación. En el hecho, los delitos se clasifican desde los más variados puntos de vista,³² pero solamente el primero sirve para organizar, dentro de ciertos límites, un verdadero *sistema*.

²⁹ Si los bienes fueran absolutamente específicos no habría posibilidad alguna de formar sistema. Todo Código sería un catálogo desarticulado de delitos sin ordenación posible. Con tener bienes jurídicos comunes, los delitos no pierden su individualidad, porque siempre existen elementos que logran la última diferenciación necesaria. Además, tómese en cuenta que de acuerdo con el mayor o menor grado de especificidad en que se encuentren los bienes en relación con los delitos, pueden encontrarse en diversas situaciones de menor a mayor complejidad, muy útil a los fines de una clasificación: a) *bien absolutamente específico* de una sola figura o delito singular (muy raro); b) *bien único*, pero común a varios delitos y que constituye una unidad homogénea de incriminaciones o *delito* en sentido amplio; no se desconoce con esto el principio de la tipicidad ni la posible subordinación o implicancia de ese bien con respecto a otro de mayor amplitud que no integra el grupo de figuras, aunque sea base para su ulterior sistematización; c) *bienes complejos*, simplemente yuxtapuestos en una relación de subordinación o constituyendo un *nuevo* bien de índole compuesta; en todo caso, con ser infinitas las variaciones posibles, los bienes comunes que intervienen en las diferentes combinaciones son la base de otras tantas agrupaciones superiores en torno a ese factor común; y d) como resultado de todo lo anterior, *bienes de categoría* que no forman ninguna objetividad como tales categorías, pues son la denominación de aquellos bienes que entran —modificados específicamente en cada caso particular— en una categoría de delitos cuyo denominador común constituyen. Cfr. GRISOLLA, op. cit., pp. 71-73.

³⁰ *Libro de Estudio*. Parte Especial (1959), pp. 23-24.

³¹ "La clasificación de los delitos conforme al bien jurídico tutelado es también importantísima para la comprensión de algunas figuras, pues el sentido de éstas varía fundamentalmente, aun empleando la ley las mismas palabras, según éstas tiendan a la protección de uno u otro bien jurídico. Es muy distinto el resultado de considerar, por ejemplo, el delito de bigamia como un atentado a la honestidad, a las buenas costumbres, al orden familiar o al estado civil.

"Es que, según sabemos, la determinación del bien jurídico tutelado es la mejor guía para la correcta interpretación de la ley" (SOLER, DPA, III, p. 12).

³² Así los delitos se pueden clasificar según su *calidad* y su *gravedad* (crímenes, simples delitos y faltas, art. 3º C.P.); según la *forma de la conducta* (acción y omisión); según su *efecto* (de simple actividad y de resultado externo); según su *ejecución* (tentativa, delito frustrado y delito consumado); según su *duración* (instantáneos y permanentes); según el *número de los actos* (simples, continuados y habituales); según los *motivos*, los *medios de ataque*, la *calidad del sujeto*, y de acuerdo a muchos otros criterios más. Cfr. NOVOA, op. cit., pp. 246 ss.; DEL ROSAL, *Tratado de Derecho Penal Español*. Parte General (1968), I, pp. 521 ss.

IV. EL SISTEMA DEL CODIGO PENAL

El Libro II del Código Penal chileno³³ clasifica los delitos de acuerdo al principio del bien jurídico tutelado, procurando agrupar las infracciones similares dentro de cada uno de los diez títulos que comprende dicho Libro.³⁴ Los seis primeros se ocupan de delitos que comprometen derechos o intereses (bienes) de naturaleza social, y los restantes, de los hechos punibles que ofenden intereses individuales. Esta última clasificación no la hace expresamente el Código, pero como bien observa ETCHEBERRY,³⁵ ella se desprende claramente de los siguientes párrafos de su Mensaje:

"En la clasificación de los delitos de que se ocupa el Libro II se ha tomado como punto de partida la organización misma de la sociedad a cuya estable conservación debe proveer ante todo la ley. Consecuente con esta idea, examina primero el Proyecto todos los hechos que pueden importar un ataque a la soberanía o seguridad exterior de la Nación; pasa después en revista los delitos contra su seguridad interior, aquellos que impiden el libre ejercicio de los poderes públicos y que destruyen la marcha regular del Estado. Como una consecuencia del mantenimiento del orden interior, se hace necesario dictar preceptos para asegurar el completo y perfecto ejercicio de las libertades individuales y de todos los derechos que especialmente garantiza a cada ciudadano la Carta Fundamental; pues sin el ejercicio de estos derechos, el orden vendría a ser tiranía y despotismo... Después de consignar las disposiciones relativas a los derechos constitucionales, desarrollando la misma idea, se ocupa el Proyecto de dar sólidas garantías para el ejercicio de los demás derechos que dependen directamente de la organización del Estado, y dictar reglas para robustecer la fe pública y la confianza de que debe también revestirse el testimonio individual cuando ha de emplearse como medio de prueba. Afianzados de esta manera la seguridad exterior, el orden y la tranquilidad interior, junto con el libre ejercicio de los derechos que de la organización propia del Estado tienen su origen, se

³³ Para las distintas técnicas legislativas en la clasificación de los delitos, véase QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado DPE*, P.E., I, pp. 15 ss.; RODRIGUEZ DEVESA, op. cit., pp. 7 ss. El C.P. chileno también siguió en esta materia a su modelo español, que al constituir grupos de delitos de naturaleza más o menos homogénea (15 títulos), representó un cierto perfeccionamiento con respecto al original francés. Este último distinguía dos grandes categorías: crímenes y delitos contra los particulares. (Tit. II), en que, a su vez, se reúnen los delitos bajo el criterio primordial del bien jurídico vulnerado. El C.P. español de 1822 distinguía entre los delitos contra la *sociedad* y los delitos contra los *particulares*.

³⁴ Estos diez títulos son los siguientes: I. Crímenes y simples delitos contra la seguridad exterior y soberanía del Estado; II. Crímenes y simples delitos contra la seguridad interior del Estado; III. Crímenes y simples delitos que afectan los derechos garantizados por la Constitución; IV. Crímenes y simples delitos contra la fe pública, falsificaciones, falso testimonio y perjurio; V. Crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos; VI. Crímenes y simples delitos contra el orden y la seguridad públicos cometidos por particulares; VII. Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y la moralidad pública; VIII. Crímenes y simples delitos contra las personas; IX. Crímenes y simples delitos contra la propiedad; y X. Cuasidelitos.

³⁵ D.P., III, p. 11: "A primera vista, pudiera parecer que algunos de los títulos enumerados no responden en realidad al criterio del 'bien jurídico ofendido', como ocurriría, v. gr., con los Títulos V y X. Empero, pese a la manera de expresarse escogida por el legislador, existe siempre un bien jurídico protegido que preside la reglamentación de los títulos respectivos, como al llegar a ellos se explicará (la administración pública en sentido amplio, en el Título V; las personas, en el Título X). Esto queda en claro en el Mensaje".

hace necesario reprimir todo acto que ponga en peligro esos benéficos resultados; lo que se obtiene mediante el castigo de los funcionarios públicos que desconocen los deberes de su cargo; y de los particulares que, por cualquier medio, sin atentar directamente contra el orden establecido, embarazan su marcha regular. Después de haber considerado bajo todos sus aspectos a la sociedad en su conjunto, descende el Proyecto a los detalles, y principia, como es natural, por la familia, su constitución, los ataques que pueden dirigírsele por personas extrañas o por los que de ella formen parte. En pos de la familia viene el individuo aislado, al cual puede ofendérsele en su persona, en su honor, en sus bienes; y de aquí nacen otras tantas series diversas de disposiciones penales para prevenir o castigar tales ofensas".

Por el contrario, en el Libro III, las faltas se encuentran simplemente enumeradas en los arts. 494 a 497, sin que se advierta ningún criterio cualitativo de clasificación. A lo sumo, se ha seguido el de la comparativa gravedad de las mismas, por lo que cada uno de esos artículos contiene un gran número de infracciones de naturaleza muy heterogénea.

La sistemática del Código ha sido objeto de críticas. Así, se ha observado que algunos títulos incluyen delitos que atentan contra bienes jurídicos muy diferentes, particularmente el Título VI.³⁶ También se censuran las palabras "personas" y "propiedad" que utilizan los epígrafes de los Títulos VIII y IX, pues no correspondería la primera a ningún bien jurídico determinado, y la segunda tiene un alcance restrictivo que no se armonizaría con el verdadero contenido del Título. Algunos delitos (sobre todo en el Título III) se encontrarían mal situados y, finalmente, no estarían contempladas, o lo estarían en forma muy deficiente, figuras punibles de gran significación actual, como los delitos contra la economía social y contra la salud pública. A estas censuras nos referiremos cuando nos ocupemos del estudio de los respectivos delitos.

En todo caso, no está de más advertir que el sistema del Código, como cualquier otro orden legislativo, no implica ninguna jerarquía preordenada de valores ni revela necesariamente una determinada política criminal. Desde estos puntos de vista, el orden en que viene expuesto el catálogo de delitos resulta perfectamente indiferente.

V. EL SISTEMA SEGUIDO EN ESTA OBRA

La sistemática de este libro se aparta del ordenamiento establecido por el Código Penal. No es que se pretenda, por eso, desconocer el valor de la ley positiva: como regla, "el camino más seguro es el de la realidad del Derecho positivo".³⁷ Acontece, sin embargo, que la doctrina no puede resignarse al apego absoluto a las secuencias de la legislación cuando las exigencias de la dogmática imponen la

³⁶ Cfr. LABATUT, D.P. P.E., p. 23. Los dieciséis párrafos de ese Título "constituyen un ejemplo típico de intereses jurídicos extremadamente dispares agrupados bajo un denominador común" (Loc. cit.). También ostentan este defecto los Títulos VII y VIII.

³⁷ PANNAIN, *Manuale* cit., II, p. 6.

corrección de evidentes desarmonías o yerros sistemáticos en que incurre la ley, muchas veces producto de razones históricas o simplemente circunstanciales.³⁸

Es, por tanto, rigurosamente cierta la prevención de RODRÍGUEZ DEVESA³⁹ cuando advierte que la clasificación de los delitos ha de atender a requerimientos contrapuestos, por no ser posible conciliar a veces "el respeto a la ley con las demandas de la crítica". Sólo que "el respeto a la ley" suele así mantenerse más que nunca, pues el enlace de lo sistemático con lo interpretativo es, en verdad, el camino más seguro para desentrañar su *voluntad real*. Si extraemos el aborto del título de los delitos contra la vida (incipiente), no lo hacemos por el mero afán subversivo de faltar el respeto a la ley, sino porque entendemos que la voluntad de ésta es proteger por medio de las incriminaciones de los arts. 342 y siguiente aquel fundamental bien jurídico, con todas las consecuencias técnicas y prácticas que de ello deriva. Si situamos en las infracciones contra la vida y la integridad individual, junto a los delitos de *lesión* los de *peligro*, muy distantes entre sí en la topografía del Código, es porque estimamos que la ley ha querido, ante todo, tutelar la vida y la integridad no sólo respecto de las conductas que efectivamente dañan esos bienes, sino de aquellas que los ponen en un peligro concreto, y, en consecuencia, es en torno a esta *ratio* esencial que debe construirse el sistema. En cada caso particular que se haga necesario razonaremos nuestro punto de vista sistemático.

Su principio orientador básico es, por cierto, el criterio sustancial y cualitativo⁴⁰ de los bienes jurídicos tutelados, es decir, del objeto jurídico propio de cada delito. Este criterio debe entenderse complementado con otros elementos del tipo que actúan como último factor diferenciador, según se explicó supra (vid. N° III).

El punto de arranque de la clasificación estriba en el reconocimiento de los dos grandes grupos de delitos que implícitamente reconoce, también, el Código vigente: delitos contra la *sociedad* y delitos contra el *individuo*. Reputamos de plena validez actual el siguiente célebre párrafo de VON LISZT: "El bien jurídico como objeto de protección jurídica es en última línea, y siempre, la existencia humana en sus diversas manifestaciones. Este es el bien jurídico; esto es, el nervio de todos los demás intereses protegidos jurídicamente. Pero la existencia humana aparece o como existencia del particular o como existencia del particular en la

³⁸ Dice QUINJANO: El que la gran mayoría de los Códigos, y entre ellos el nuestro, haya situado en cabeza de todos los delitos los de contra el Estado (ya se dijo cómo), obedeció a un fenómeno histórico, el de la secularización de instituciones, sustituyendo las estatales a las religiosas, que antaño ostentaron la primacía, desde el Decálogo (según las eruditas investigaciones de VON WEBER). A ello hay que añadir quizás la observación de que, al fin y al cabo, los Códigos los hacen los Estados, mientras que los Tratados científicos son obra de los hombres, tendiendo cada cual a la supremacía de los respectivos valores (*Tratado P.E.*, p. 23).

³⁹ Op. cit., p. 11.

⁴⁰ Descartamos, por tanto, otros criterios posibles de clasificación a los que aludimos más arriba (vid. N° III).

Al principio cualitativo se oponen otros de tipo lógico-formal, como, por ejemplo, el propuesto por GRISPIGNI, atendiendo a las particularidades estructurales de las normas que permitirían agruparlas por categorías estructuralmente afines (*Diritto Penale* cit., II, pp. VI ss.). Este método, si bien puede ser útil para otros fines (estudio de la teoría del tipo), no nos parece admisible siquiera sea, precisamente, por su carácter meramente formal. Además, hasta ahora nadie ha intentado demostrar su factibilidad y real utilidad. Cfr. GRISOLIA, pp. 84 ss.

totalidad. Por consiguiente, todos los delitos pueden considerarse como ataques contra los bienes jurídicos del individuo o contra los bienes jurídicos de la comunidad".⁴¹

Creemos, sin embargo, que no solamente es necesario ocuparse en primer término de los delitos que afectan al individuo, sino que dentro de los delitos sociales deben distinguirse dos categorías que estimamos nítidamente diferenciadas: los delitos contra la sociedad propiamente tal y los delitos contra el Estado. Se conforman, así, tres clases fundamentales de infracciones: I. Contra el individuo; II. Contra la sociedad, y III. Contra el Estado.⁴²

Los motivos para empezar por los delitos en contra de los intereses individuales son decisivos y en ellos coincide un gran sector de la doctrina:⁴³ 1º La vida, y a partir de ella la existencia individual en todas sus manifestaciones, encierra los valores primordiales sobre los que confluyen todos los demás intereses protegidos jurídicamente (VON LISZT); 2º Técnicamente, entre las figuras delictivas que afectan al individuo y las demás existe una verdadera relación de género a especie, de modo que aquellas están implicadas en éstas con gran frecuencia. Por eso la debida comprensión de muchos delitos que afectan a la sociedad o al Estado exige la comprensión previa de ciertos delitos en contra de los intereses individuales, de estructura "natural" al decir de CARRARA. Mal se puede explicar la malversación si no se han estudiado el hurto y la apropiación indebida; 3º El mayor vuelo doctrinal que han alcanzado estos delitos y su importancia práctica les confieren en alto grado un valor formativo y didáctico, aprovechable para el resto del estudio.

Dentro de nuestra sistemática, no sólo se incluyen junto a los delitos de lesión o de daño los correlativos de peligro, sino también, en la medida de lo necesario y aconsejable, las faltas del Libro III y los delitos contenidos en leyes especiales, cada vez más numerosos en la legislación vigente, pero esencialmente vinculados al sistema del Código Penal.⁴⁴ Con relación a las faltas, bien dice ANTOLISEI⁴⁵ que ellas demuestran una constante "función subsidiaria" respecto a los delitos, reforzando la tutela de los mismos intereses protegidos por aquéllos de modo tal que se establecen entre ambas categorías de figuras importantes y controvertidas relaciones. Valga, a modo de ejemplo, las que se producen entre el homicidio por omisión y la omisión de socorro (véase infra N° 89). Es necesario advertir, por fin, que los delitos culposos constituyen un grupo propio e independiente: la culpa no es una simple manifestación de culpabilidad y, por consiguiente, el Derecho Penal de la culpa forma una categoría irreductible de figuras punibles que no son susceptibles de confundirse sistemáticamente con los delitos dolosos.

⁴¹ VON LISZT, *Tratado de Derecho Penal* (1927), II, p. 2.

⁴² Por esta misma tripartición se inclinan, en Italia, ANTOLISEI (*Manuale P.S.*, I, p. 27), y en Alemania, MAURACH (DStr. B.T., p. 6). En Chile, ETCHEBERRY prefiere la bipartición (Intereses individuales e intereses sociales). LABATUT se refiere a un sistema tripartito (delitos contra el Estado, la colectividad y los intereses individuales), pero, en el hecho, se ciñe rigurosamente al orden del Código.

⁴³ Cfr. ANTOLISEI, *Manuale P.S.*, p. 26; QUINTANO, *Tratado P.E.*, p. 23; ETCHEBERRY, D.P., III, p. 15. Insistimos, por otra parte, en que "la preferencia concedida a los delitos contra el individuo no implica sin más una inversión de los valores legales. Ni siquiera en los textos legales que comienzan por estos delitos se admite que por este mero hecho se anteponga en la jerarquía de valores el individuo a la colectividad" (RODRÍGUEZ DEVEZA, op. cit., p. 28).

⁴⁴ Por lo mismo no se incluyen infracciones de carácter no criminal, como las meramente administrativas o que conformen un derecho represivo especial, tal como el Derecho Penal militar.

⁴⁵ *Manuale* cit., I, p. 26.

Por lo expuesto, el sistema que se sigue en esta obra se ajusta al esquema siguiente:

I

DELITOS CONTRA EL INDIVIDUO

Primer Grupo

DELITOS CONTRA EL INDIVIDUO EN SUS CONDICIONES FÍSICAS

1. Delitos de daño

Sección Primera

DELITOS CONTRA LA VIDA

- § 1º Homicidio simple
- § 2º Parricidio
- § 3º Infanticidio
- § 4º Homicidio calificado
- § 5º Aborto (contra la vida incipiente o dependiente).

Sección Segunda

DELITOS CONTRA LA SALUD INDIVIDUAL

- § 6º Mutilaciones
- § 7º Lesiones propiamente tales.

2. Delitos de peligro

- § 8º Auxilio al suicidio
- § 9º La riña
- § 10º El duelo
- § 11º El abandono de niños y personas desvalidas
- § 12º La omisión de socorro.

Segundo Grupo

DELITOS CONTRA EL INDIVIDUO EN SUS CONDICIONES IDEALES

1. Delitos contra la libertad

- A. Autodeterminación de:
 - a) daño (coacción)
 - b) peligro (amenazas)
- B. Libertad de acción (secuestro, detenciones, etc.)
- C. Esfera de la intimidad (morada, secreto, correspondencia)
- D. Libertad de conciencia (culto, opinión, política, etc.)

- E. Libertad sexual (violación, estupro, abusos deshonestos, rapto, etc.)
- F. Otras libertades.

2. Delitos contra el honor

- A. Injuria
- B. Calumnia
- C. Figuras especiales.

Tercer Grupo

DELITOS CONTRA EL INDIVIDUO EN SUS CONDICIONES IDEALES: DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD

1. Delitos pluriofensivos

- A. Con violencia: robo, extorsión, usurpación violenta
- B. Con fraude: estafa, apropiación indebida, entrega fraudulenta.

2. Delitos contra la propiedad exclusivamente

- A. De lucro: hurto, usurpación no violenta, hurto de posesión
- B. De destrucción: daños.

II

DELITOS CONTRA LA SOCIEDAD

Cuarto Grupo

DELITOS CONTRA LOS VALORES ESPIRITUALES

- A. Orden familiar (adulterio, incesto, matrimonios ilegales, contra el estado civil)
- B. Moralidad (sodomía, ultraje público a las buenas costumbres, pornografía)
- C. Fe pública.

Quinto Grupo

DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD FÍSICA

- A. Salud pública
- B. De peligro común (incendio y otros estragos, etc.).

Sexto Grupo

DELITOS CONTRA LA ECONOMÍA

- A. Usura

- B. Falsificación de monedas, títulos de crédito, etc.
- C. Contra el orden económico.

III

DELITOS CONTRA EL ESTADO

Séptimo Grupo

1. Delitos contra la seguridad exterior
2. Teoría del delito político y de seguridad interior.

Octavo Grupo

Delitos contra la administración de justicia, desacato y otros atentados contra los valores espirituales del Estado (delitos funcionarios: prevaricación, cohecho, etc.).

Noveno Grupo

Delitos contra la economía del Estado, tributarios y otros (malversación, fraudes del empleado público, etc.).

IV

DERECHO PENAL DE LA CULPA (PARTE ESPECIAL)

1. Teoría de los delitos culposos en la dogmática chilena
2. Delitos culposos contra las personas
3. Figuras de delitos culposos del Libro II del Código Penal y de leyes especiales.

El contenido del primer grupo (delitos contra el individuo en sus condiciones físicas) forma la materia del presente volumen.

VI. METODO Y PLAN DE EXPOSICION

No es del caso detenerse en la discusión sobre cuestiones metodológicas, uno de los tantos temas polémicos en la ciencia del Derecho. Concordamos con Quintano Ripollés⁴⁶ en que especialmente en el terreno jurídico lo metodológico tiene un carácter secundario e instrumental. Es un medio, un camino para llegar a determinados resultados o metas y jamás podrá constituirse en un fin en sí mismo.

Por de pronto, la variedad de situaciones en que se puede encontrar el proceso dinámico del derecho reclama métodos flexibles, que mediante una mayor o menor acentuación de sus técnicas posibles deben adecuarse a cada una de las

⁴⁶ Tratado P.E., I, p. 26.

diferentes perspectivas: en la fase de elaboración es primordial el método histórico y de indagación político-criminal y sociológica; en la fase de su aplicación (judicial), el método técnico-jurídico de índole lógico-abstracta, y en la labor de exposición docente, a lo anterior se unen la síntesis de conjunto, la crítica y el método comparativo. Pero es sobre todo en el Derecho Penal donde la necesaria heterogeneidad del método se hace más patente, por ser en esta rama jurídica donde los contactos con elementos de otras disciplinas son más frecuentes y determinantes.⁴⁷

El análisis de las figuras delictivas debe hacerse, por cierto, a partir del texto positivo contenido en la ley.⁴⁸ Esta describe modos de conducta que constituyen el elemento sustantivo y variable de cada delito: *la acción típica* que en cuanto concreta un hecho prohibido es un tipo de injusto. Pero para completar el delito es necesario que concurren ciertas circunstancias predicativas: antijuridicidad, culpabilidad y que la conducta se encuentre en un determinado grado de desarrollo o de conexión con sus ejecutores, etc. Estos elementos comunes pertenecen a la Parte General. Por consiguiente, el estudio de la Parte Especial comprende la descripción detallada de todos los constituyentes típicos de la figura punible (tipo de injusto) y *presupone*, también, todos los conocimientos suministrados por la Parte General.

Como regla, las normas generales son aplicables a las figuras particulares sin sufrir especiales modificaciones. De ahí que no sea necesario entrar en detalladas o inútiles repeticiones de lo que se da por supuesto y por conocido. Sucede con frecuencia, sin embargo, que el tipo exige formas especiales de ilicitud, contiene elementos subjetivos de específica configuración o presenta otras características que le imprimen una fisonomía particular, de modo que las teorías generales resultan insuficientes para el caso concreto.⁴⁹ Cuando así ocurra, será indispensable

⁴⁷ Lleva razón QUINTANO al decir que no se comprende cómo pueda utilizarse un mismo método para llegar a la comprensión de lo que sea un enfermo mental que para discernir un documento mercantil o bien el arrepentimiento espontáneo; la primera cuestión requerirá, ciertamente, una metodología experimental a título de situación naturalista; la segunda, jurídico civil y logística; y la tercera, en fin, una de matiz psicológico, inductivo y hasta intuitivo en ocasiones, y así sucesivamente. Aun en una misma actividad, la judicial, el método naturalista de experimentación es prevalente en las fases de instrucción, en tanto que en la sentencia los resultados siguen siendo naturalísticos, de *facto*, los considerando de análisis estrictamente jurídico-exegético y el fallo es siempre una síntesis. Por otra parte, ha de hacerse referencia a los presupuestos criminológicos de determinados institutos de la Parte Especial, pero siempre separadamente y como preámbulo a lo específicamente jurídico, del mismo modo que se acudirá a los precedentes históricos, a la legislación comparada y a las cuestiones de política criminal, procurando la múltiple perspectiva de *lo que es en la realidad vital naturalista, lo que ha sido en Derecho antiguo, lo que es en Derecho comparado, la realidad vigente* y las consideraciones críticas de *lo que debería ser* (Tratado P.E., I, pp. 28-29).

⁴⁸ Es decir, de los artículos del Código y de las leyes penales especiales. Aquí cabe recordar nuevamente las interesantes acotaciones de SOLER, (DPA, III, p. 13) con respecto al valor de los epígrafes: sin duda, son también ley; pero puesto que no tienen carácter imperativo sino meramente enunciativo o declarativo, su principal función es la de constituir elementos interpretativos del sistema general del Código.

⁴⁹ Cfr. SOLER, DPA, p. 10: "Las particularidades ofrecidas en ciertos casos por la figura con respecto a la antijuridicidad o a la culpabilidad no deben, sin embargo, confundirse con los elementos normativos y subjetivos que con la mayor frecuencia se encuentran como datos integrantes de la figura misma. Los elementos normativos y subjetivos del tipo pertenecen a la parte descriptiva de la figura. Deben ser tratados, en general, de la misma manera que los son los demás hechos o datos integrantes del tipo."

"La antijuridicidad y la culpabilidad son siempre *relaciones* y no hechos puros. Son el resultado de comparar con el orden jurídico un hecho dado, primero desde el punto de vista objetivo y luego desde el punto de vista subjetivo. Lo antijurídico es el hecho; pero considerado desde el punto de vista de un

ble estudiar con el debido y proporcionado detenimiento esas características válidas en el ámbito de la correspondiente figura.

Reconociendo el carácter necesariamente fragmentario de nuestro estudio (véase supra N° II) y apoyados en todo momento en los preceptos positivos, en esta obra intentamos remontar el primer escalón del análisis puramente exegético. No nos ha preocupado tanto el comentario detallado y monocrorde de cada artículo del Código, como el poder poner de relieve las estructuras fundamentales que conforman la arquitectura de un determinado orden de figuras enlazadas por un sistema que, si bien discontinuo, responde a una esencial unidad. A nuestro modo de ver, es la manera en que la dogmática, con el contenido flexible y plural a que nos hemos referido, puede alcanzar resultados útiles y verdaderamente científicos.

Al término de estas breves reflexiones metodológicas sólo nos queda puntualizar algunas consideraciones sobre la pauta general que guía la exposición de la materia:

1° Las investigaciones sobre las estructuras de los tipos delictivos han alcanzado, sin duda, un nivel notable. Es así como se propicia un esquema expositivo⁵⁰ bastante rígido que nosotros hemos seguido muy limitadamente y, a decir verdad, de manera deliberadamente irregular. Es que en el estado actual de nuestra dogmática y dentro de los objetivos de este libro, nos pareció que antes que un exhaustivo y regular examen de cada uno de los elementos en que se desgrana una figura, tenía prioridad enfatizar el estudio de los aspectos más relevantes y polémicos de cada delito, terreno en el que era necesario y posible realizar un esfuerzo creador útil y significativo. En este sentido, pues, la obra pretende tener un alcance más formativo que informativo,⁵¹ aunque esto último tampoco ha sido descuidado.

2° La determinación del bien jurídico tutelado por cada delito o categoría afín de delitos ha sido cuidadosamente considerada. Pero por las mismas razones apuntadas en el acápite precedente, el desarrollo del tema y la oportunidad en abordarlo se subordina, en cada caso particular, a las especiales condiciones creadas por la naturaleza más o menos controvertida del bien tutelado y por su proyección en una específica figura o sistema de figuras.

3° Sólo en la medida de lo realmente necesario se mencionan las particularidades relativas a ciertos ingredientes de la figura, como el sujeto activo o pasivo, el elemento subjetivo, el proceso de desarrollo del acto, la participación, los

orden jurídico. Lo que es culpable es la conciencia del criminal; pero medida en su actitud con respecto a una exigencia normativa.

"Los elementos normativos y subjetivos del tipo no se comportan así. Son hechos que es preciso afirmar, para que la conducta sea *típicamente* antijurídica y culpable". Cfr., también, POLITOFF, *Los elementos subjetivos del tipo legal* (1965).

⁵⁰ Para GRISPIGNI, el estudio de las figuras debe ceñirse a la siguiente pauta que constituye un verdadero "programa de trabajo": I. Sujeto activo (y sus particularidades); II. Conducta (y sus especies); III. Evento (y sus especies); IV. Nexa causal; V. Objeto material; VI. Instrumento o medio; VII. Tiempo; VIII. Lugar (op. cit., pp. VI ss.). Para mayores detalles, véase Grisolia, pp. 85 ss.

⁵¹ Con respecto a su Manual, ANTOLISEI manifiesta un propósito similar (op. cit., I, p. 27).

concursos, etc. Sobre esto, cabe tener presente lo que va dicho acerca de que el estudio de cada delito en particular presupone todo el contenido de la Parte General.

4º Las citas bibliográficas y de jurisprudencia están limitadas a dar apoyo o indicar la fuente, en su caso, de los criterios y opiniones con que se trabaja el discurso. Los aspectos históricos, criminológicos y de política criminal son raramente abordados y, cuando se tocan, sólo es para fines muy circunscritos. Por eso, el lector interesado deberá completar el acervo informativo acudiendo a las monografías, obras generales y repertorios de jurisprudencia.⁵²

Aunque esta obra postula una tarea dogmática con cierto vuelo creativo, como toda labor científica es en muy gran medida deudora del caudal que proviene de afanes precedentes. A este respecto, la reciente literatura nacional, tanto general como monográfica, es especialmente significativa. Asimismo, debemos expresar nuestro reconocimiento al Instituto de Ciencias Penales, que nos brindó su sala de trabajo y el uso ilimitado de su copiosa biblioteca.

PRIMER GRUPO

DELITOS CONTRA EL INDIVIDUO EN SUS CONDICIONES FISICAS

⁵² En este último aspecto es fundamental la obra de ETCHEBERRY, *El Derecho Penal en la jurisprudencia* (1968), así como la RCP que publica debidamente anotados los fallos importantes.