

***PROYECTO DE CODIGO PENAL PARA CHILE (2016).
EL LEGADO DEL PROFESOR ALFREDO ETCHEBERRY***

***PROJECT OF A PENAL CODE FOR CHILE (2016).
THE LEGACY OF PROFESSOR ALFREDO ETCHEBERRY***

CARLOS KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER* **

RESUMEN

A través de este artículo su autor procura dar a conocer, mediante comentarios, determinados capítulos del Proyecto de Código Penal para Chile, redactado por el profesor Alfredo Etcheberry.

Palabras clave: Código Penal; Proyecto de Código Penal para Chile; principios penales fundamentales; proceso ejecutivo del delito; participación criminal; circunstancias atenuantes; circunstancias agravantes.

ABSTRACT

The writer of this article presents some comments about certain aspects of the project of Criminal Code, general part and special part.

Keywords: Chilean Penal Code; Project of a new Penal Code; general principles; phases of the crime commission; extenuating circumstances; aggravating circumstances.

*Abogado, Ex Ministro de la Corte Suprema, Profesor Titular de Derecho Penal, Miembro del Consejo de Dirección de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP), Ex Presidente y Director del Instituto de Ciencias Penales de Chile, Miembro de la Fundación internacional de Ciencias Penales (FICP). Correo electrónico: ckunsemullerl@gmail.com.

**Esta es mi respetuosa contribución de homenaje a mi querido e inolvidable maestro Alfredo Etcheberry O.

Trabajo recibido el 22 de febrero de 2025 y aceptado para su publicación el 26 de junio de 2025.

I. INTRODUCCION. IDEAS PRINCIPALES DEL PROYECTO

Con ocasión del centenario del Código Penal chileno (en 1975), el profesor Alfredo ETCHEBERRY expresó lo siguiente: “El Código penal de 1874 fue un cuerpo de leyes adecuado para su época, y que ha cumplido decorosamente su función reguladora en el siglo que lleva de vigencia. No obstante, creemos llegado el momento de que deje paso a un nuevo código, que, sin renegar del noble ideario liberal que inspiró a aquél, recoja los progresos de la ciencia, se haga eco de los nuevos criterios ético-sociales y responda a las necesidades prácticas que las condiciones modernas de vida presentan.”¹

En la *Introducción al Proyecto de Código Penal de 2016*, el autor explica que “El Proyecto que presentamos no pretende apartarse radicalmente del pensamiento liberal, humanizador y garantista que inspira nuestro antiguo código vigente, sino perfeccionarlo para que se adapte mejor a las modernas condiciones sociales y supere algunas deficiencias técnicas que la doctrina ha ido advirtiendo y la jurisprudencia encarando, con mayor o menor fortuna, a lo largo de los casi 150 años de vigencia de aquél”.²

Las “Ideas o principios centrales” del Proyecto son las siguientes:

a) Vigencia del principio de reserva, en su triple sentido de legalidad, irretroactividad y tipicidad.

b) Las finalidades de la pena son la protección de los bienes jurídicos y procurar la enmienda del condenado.

c) Debe evitarse el abuso de las penas absolutamente privativas de libertad y la ejecución penitenciaria ha de poseer las condiciones que hagan posible la enmienda de los penados.

d) Una pena sólo puede imponerse cuando el responsable de cualquiera forma de acción delictiva la ha ejecutado con dolo o intención, o excepcionalmente, por culpa o imprudencia, cuando la ley expresamente así lo prevé.

e) La responsabilidad penal es personal y basada en la culpabilidad; no hay responsabilidad penal de las personas jurídicas.

f) Cuando la pena cumplida se revela ineficaz o insuficiente para cumplir la finalidad de proteger los bienes jurídicos, dando protección a los ciudadanos, procede recurrir a las medidas de seguridad *post-delictuales*.

g) El Proyecto está dividido en los Libros I y II, correspondientes a las Partes

¹ “Centenario del Código Penal Chileno: ¿Permanencia o Caducidad?”, en: *Actas de las Jornadas Internacionales de Derecho Penal en celebración del centenario del Código Penal Chileno*, Edeval, Valparaíso, 1975, p. 379.

² ETCHEBERRY, Alfredo, *Proyecto de Código Penal para Chile*, LOM, Santiago, 2016, p. 5, Introducción.

General y Especial, respectivamente. La Parte General consta de nueve Títulos y la Parte Especial comprende quince títulos, cada uno de ellos divididos en párrafos.

h) Tratándose de las penas privativas de libertad, se fija en tres años el límite inferior de duración de la reclusión o encierro permanente (para evitar las llamadas “penas cortas de prisión”) y en quince años el límite superior absoluto, que no puede ser sobrepasado ni por agravación, ni por acumulación.

i) No se contemplan nóminas de circunstancias atenuantes y agravantes genéricas, sino un conjunto de circunstancias que el juzgador debe ponderar en el cálculo de la pena específica dentro del marco legal. Algunas de ellas conducen a una mitigación de la pena, otras a su incremento.

j) La reincidencia deja de ser una agravante de la responsabilidad penal y pasa a justificar la imposición de una medida de seguridad.

k) Se introduce la categoría de *delito continuado* y se regula el concurso aparente de leyes penales, sobre la base de los principios de especialidad y consunción.

l) La ejecución, tanto de las penas como de las medidas de seguridad, deben realizarse bajo el control de Tribunales de Ejecución Penitenciaria, separados de los tribunales de juicio y sentencia.

II. ALGUNOS ASPECTOS RELEVANTES DE LA PARTE GENERAL DEL PROYECTO

2.1.- Principio de culpabilidad - *Nullum crimen nulla poena sine culpa*.

Art. 18. Es punible únicamente quien ejecuta una acción o incurre en una omisión penada por la ley, con dolo o intención.

Las acciones u omisiones en que ha habido imprudencia o negligencia son punibles exclusivamente en los casos en que la ley así lo dispone en forma expresa y señala su penalidad.

Las únicas formas de imputación subjetiva (culpabilidad) son el dolo y la culpa (ésta con carácter excepcional), de manera que éstas son las *especies o formas* de la culpabilidad.³

“El destino del derecho de penar se ha sellado definitivamente en compañía de la culpabilidad.”⁴

³ POLITOFF, Sergio - MATUS, Jean Pierre - RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2004, pp. 245-246.

⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, T. V, Losada, 1992, 4ª edición, p. 102.

“Mientras haya pena, el principio de culpabilidad resultará imprescindible.”⁵

“Un problema como el de la culpabilidad en el Derecho Penal nunca podrá ser archivado como si estuviera resuelto definitivamente, sino que tendrá que seguir siendo meditado una y otra vez.”⁶

El maestro homenajeado al respecto nos enseñó que: “El principio “no hay pena sin culpa” ha sido considerado por la doctrina tradicional, más allá de las discrepancias sistemáticas, como uno de los puntos cardinales que orientan el derecho penal moderno, fundado en el reconocimiento de la dignidad humana y del hombre como un ser libre, aun con todas las limitaciones fácticas que esta libertad pueda experimentar.”⁷

2.2.- Definición de dolo

El Proyecto opta por la solución de definir el dolo en la ley, alternativa que han adoptado otras legislaciones.⁸ “Obra con dolo o intención quien realiza un acto o incurre en una omisión penada por la ley con conciencia y voluntad, como también el que obra aceptando la verificación de su resultado, si lo ha previsto al menos como posible.” (art. 19)

MEZGER apuntó hace muchos años que el problema del dolo eventual es uno de los más difíciles y a la vez de los más importantes del Derecho Penal.⁹

A propósito de la definición legal de dolo, que no es una técnica generalizada en Derecho Comparado, cabe tener en cuenta las dificultades que plantea la delimitación entre las diversas clases de dolo y de culpa. La Sala Penal de la Corte Suprema ha aceptado, como mejor doctrina, la de que el dolo eventual exige que el agente se haya representado como posible el resultado fatal no querido y, no obstante, esta representación, lo haya aceptado o aprobado, mostrándose indiferente

⁵ STRATENWERTH, Günter, *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, versión castellana de Enrique BACIGALUPO, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1980, p. 124.

⁶ ROXIN, Claus, *La teoría del delito en la discusión actual*, T. I, traducción de Manuel Abanto, Editorial Grijley, 2016, p. 310.

⁷ ETCHEBERRY, Alfredo, Prólogo a la primera edición de Culpabilidad y Pena (Carlos Künsemüller), Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2001.

⁸ Código Penal de Costa Rica.

⁹ DÍAZ PITA, María del Mar, *El Dolo Eventual, Introducción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pp. 15 y s.s.

a la lesión –también representada– del respectivo bien jurídico puesto en peligro. “No es suficiente para el surgimiento de la categoría en análisis, y conforme a las teorías volitivas, con la representación del resultado previsible, como posible evento ligado causalmente a la acción emprendida, sino que a ello debe añadirse como plus subjetivo esencial, la conformidad con ese resultado, su aceptación o aprobación, dada a conocer con la continuación de la conducta peligrosa puesta en marcha, que pudo haber detenido.”¹⁰

Es oportuno recordar aquí el complejo problema que representa la prueba del dolo en el procedimiento penal.¹¹

2.3.- Definición de culpa

De acuerdo al artículo 20 del proyecto:

“Obra con imprudencia o negligencia quien causa o permite un evento dañoso penado por la ley, por falta del deber de cuidado que le incumbe de acuerdo con las leyes, las circunstancias y sus condiciones personales, y en caso de haber previsto aquel resultado como posible, se conduce en la confianza de poder evitarlo.”

La definición comprende la culpa consciente o con representación y la culpa inconsciente o sin representación, que son las modalidades generalmente aceptadas por la doctrina.

2.4.- Delito preterintencional

El artículo 21 prescribe que “Si la ley contempla una pena más grave por una consecuencia especial del hecho, ella sólo se aplicará al autor o partícipe que hubiere obrado con dolo respecto de la misma, o al menos con imprudencia, si la ley sanciona, en el caso, esta forma específica de delito.”

Esta norma se refiere, obviamente, a los casos en que el resultado lesivo final excede el ámbito del dolo del autor, *praeter intentionem*, el resultado ofensivo del

¹⁰ Corte Suprema, 22 de febrero de 2024, Rol Nro. 250819-23. A propósito del mismo fallo así lo hemos comentado: KÜNSEMÜLLER, Carlos, “Sentencia de la Corte Suprema (Segunda Sala-Penal), de 22.02.2024, Rol Nro.250819-23 (Delito doloso-Delito culposo)”, 2024, en línea: <https://www.icpenales.cl/entrada/sentencia-de-la-corte-suprema-segunda-salapenal-de-22022024-rol-nro25081923-delito-dolosodelito-culposo/>.

¹¹ RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Universidad Externado de Colombia Bogotá, 2002.

bien jurídico está más allá del dolo o intención del agente. Si el dolo del autor ha abarcado esa consecuencia más gravosa, no hay problema, deberá responder por ello. Pero si tal consecuencia ha estado fuera del ámbito del dolo del sujeto –sólo quería lesionar, no matar– ha de determinarse a que título responderá el agente, en relación con el evento no querido.

La fórmula que la doctrina y la jurisprudencia nacionales han aceptado para resolver estos asuntos es la del concurso entre dolo y culpa, el criterio de la *mixtura*, dolo en el antecedente querido, culpa en el consecuente no querido.¹²

2.5.- *Formas punibles del delito*

Además del delito consumado, es punible la tentativa de crimen. La tentativa de simple delito sólo es punible cuando la ley lo disponga expresamente, salvo que los hechos cometidos fueren punibles a otro título. Artículo 51.

La tentativa consiste en que el sujeto, con el fin de cometer un delito determinado, realiza todos o parte de los actos de ejecución que deberían producir el resultado, sin que este llegue a verificarse por causas ajenas a la voluntad de aquel.

Por de pronto, cabe señalar que no se contempla como etapa ejecutiva el delito frustrado, recogiendo la tendencia dominante en esta materia.

2.6.- *Participación*

El artículo 41 establece que son penalmente responsables de los delitos los autores, los inductores y los cómplices.

No se contempla el encubrimiento como forma de participación, criterio ya manifestado por el autor del Proyecto en 1975, con ocasión del centenario del Código Penal chileno. En esa oportunidad y a través del artículo “El encubrimiento como forma de participación”,¹³ ETCHEBERRY fundamentó la tesis que excluía al encubridor del ámbito de la intervención delictiva, consagrando al encubrimiento como delito contra la administración de justicia, criterio recogido en los Anteproyectos de Código Penal chilenos.

¹² KÜNSEMÜLLER, Carlos, “*Praeter Intentionem* y principio de culpabilidad”, en: *Delito, Pena y Proceso. Libro Homenaje a la memoria del Profesor Tito Solari Peralta*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pp. 249 y ss.

¹³ Actas de las Jornadas Internacionales, cit., pp. 277 y s.s.

2.7.- *Circunstancias modificatorias*

No hay atenuantes ni agravantes genéricas, en la Parte Especial se establecen para cada delito en particular.

Según se hace presente en la Introducción, la única circunstancia que parecería tener el carácter de agravante genérica es la establecida en el artículo 100:

“Si los móviles, medios o circunstancias de comisión revelaren una especial baja, crueldad o perversidad por parte del hechor...”¹⁴

El Proyecto señala un conjunto de circunstancias que el juzgador debe ponderar antes de fijar la pena específica dentro del marco legal. Algunas de ellas conducen a una mitigación de la pena, otras a su mayor severidad.

- “1°. Si el hechor ha obrado impulsado por la miseria.
- 2°. Si ha obrado bajo la influencia de padecimientos o amenazas graves e injustos para sí, sus familiares o personas próximas por amistad, gratitud o afecto.
- 3°. Si ha obrado bajo el ascendiente de una persona de la que depende o a la cual debe obediencia.
- 4°. Si ha actuado inducido por provocación, solicitud o incitación grave por parte de la víctima.
- 5°. Si ha obrado por codicia o móviles abyectos.
- 6°. Si ha actuado por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebato u obcecación.
- 7°. Si ha demostrado arrepentimiento después del hecho o procurado en lo posible reparar el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias
- 8°. Si no ha sido anteriormente condenado por crimen o simple delito y ha observado una conducta socialmente correcta.
- 9°. Si se ha puesto voluntariamente a disposición de la justicia, o confesado verazmente su intervención en el delito, o tratado de contribuir de cualquiera manera al esclarecimiento de los hechos.
- 10°. La mayor o menor extensión del daño o peligro producido por el delito, o la insignificancia de aquellos, siempre que hubieren sido al menos previstos por el agente.” (Art. 98)

¹⁴ Introducción, p. 22.

Se inclina el autor por un sistema “abierto”, que permite tener en consideración otras circunstancias relevantes, distintas de las expresamente reguladas, siempre que ellas digan relación con “los medios para cometer el delito, los móviles o fines del autor y su edad, educación y modo de vida precedente.”¹⁵

III. ALGUNOS ASPECTOS RELEVANTES DE LA PARTE ESPECIAL DEL PROYECTO

1.- No se contemplan ni el parricidio ni el femicidio como delitos autónomos. Tampoco el infanticidio.

2.- Determinado vínculo de parentesco, de matrimonio o de vida marital de hecho entre autor y víctima integra la figura de homicidio agravado, criterio éste, acogido en la mayoría de las legislaciones penales desde hace mucho tiempo.

3.- Sólo el móvil pecuniario o la codicia del agente originan un homicidio agravado, quedando excluidos beneficios de otra naturaleza, como los que incluye el actual artículo 391 nro. 2 de nuestro Código Penal, que, a mi modesto entender, no se puede diferenciar de la agravante genérica del art. 12, que la doctrina siempre relacionó con mercedes o recompensas no necesariamente pecuniarias.

4.- Se tipifica el denominado homicidio a ruego o por piedad, que ya figuraba en las otras propuestas de nuevo Código.

Lo comete el que matare a una persona mayor de edad y en posesión de sus facultades mentales, a pedido serio, insistente e inequívoco de la víctima, si ésta padeciere de enfermedad o herida pronosticablemente mortal y que le produjere graves sufrimientos. La pena del homicidio simple se aplica en forma atenuada. En este caso no deben tomarse en cuenta las relaciones entre el hechor y la víctima que originan un homicidio agravado.

5.- La cooperación al suicidio de otro y la inducción al mismo son punibles sólo en la medida que se produzca la muerte. Si sólo ha habido tentativa por parte del suicida, al inductor o cooperador se le podrá imponer una medida de seguridad de vigilancia.

6.- En materia de lesiones corporales se resuelve la discusión sobre si las meras vías de hecho, sin resultado corporal lesivo constituyen o no el delito, en el art. 154: El que agrediere a otro por vías de hecho, será penado con reclusión de fin de semana, aunque no le produjere secuelas permanentes. Este delito es de acción privada.

¹⁵ Introducción, p. 23; Art. 11.

El art. 164 resuelve otro problema también debatido: prescribe que el consentimiento del ofendido no justifica las lesiones recibidas; tampoco el de la mujer embarazada las inferidas al feto.

7.- En materia de delitos contra la propiedad, el proyecto mantiene el tipo penal de robo con fuerza en las cosas, distanciándose de la opinión dominante, que propone incluir esta figura dentro del tipo de hurto, restringiendo el robo sólo la apropiación mediante violencia o intimidación.

Conforme al artículo 229, la apropiación sancionada es la que se verifica mediante la entrada en un lugar que sirve ordinariamente de habitación a una o más personas, aunque estas se encuentren transitoriamente ausentes.

Otra propuesta novedosa en esta materia es la regulación del denominado hurto de uso, cuya atipicidad ha sido mayoritariamente aceptada por la doctrina y jurisprudencia nacionales, por la falta de ánimo de señor y dueño. El artículo 226 prescribe que, si la cosa mueble ha sido sustraída para hacer un uso transitorio de la misma y luego restituida, el responsable será penado sólo por el daño o menoscabo que haya sufrido la cosa mientras estuvo en su poder, sin perjuicio de su responsabilidad civil. La pena, en su caso, será de multa y el delito, de acción privada. La restitución de la cosa juega un rol preponderante.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

a) Doctrina

- DÍAZ PITA, María del Mar, *El Dolo Eventual*, Introducción, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- ETCHEBERRY, Alfredo, *Proyecto de Código Penal para Chile*, LOM, Santiago, 2016.
- ETCHEBERRY, Alfredo, Prólogo a la primera edición de Culpabilidad y Pena (Carlos Künsemüller), Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2001.
- ETCHEBERRY, Alfredo, “Centenario del Código Penal Chileno: ¿Permanencia o Caducidad?”, en: *Actas de las Jornadas Internacionales de Derecho Penal en celebración del centenario del Código Penal Chileno*, Edeval, Valparaíso, 1975.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo V, Ed. Losada, Buenos Aires, 1992, 4ª edición.
- KÜNSEMÜLLER, Carlos, “*Praeter Intentionem* y principio de culpabilidad”, en: *Delito, Pena y Proceso. Libro Homenaje a la memoria del Profesor Tito Solari Peralta*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2008.
- POLITOFF, Sergio - MATUS, Jean Pierre – RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2004.
- RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Universidad Externado de Colombia Bogotá, 2002.

ROXIN, Claus, *La teoría del delito en la discusión actual*, T. I, traducción de Manuel Abanto, Editorial Grijley, 2016.

STRATENWERTH, Günter, *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, versión castellana de Enrique BACIGALUPO, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1980.

b) Legislación

Código Penal de Costa Rica

c) Jurisprudencia

Corte Suprema, 22 de febrero de 2024, Rol Nro. 250819-23.



El contenido de la *Revista de Derecho Universidad de Concepción* se publica bajo la licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional, y puede usarse gratuitamente, dando los créditos a los autores y a la revista, conforme a esta licencia.