

# Derecho Penal

## PARTE GENERAL

### ENRIQUE CURY URZÚA

EDICIONES UNIVERSIDAD CATOLICA DE CHILE  
Vicerrectoría de Comunicaciones y Extensión  
Casilla 114-D Santiago, Chile  
Fax (56-2) - 635 4789  
mriverv1@puc.cl  
www.puc.cl/edicionesuc/

**DERECHO PENAL**  
**PARTE GENERAL**  
Enrique Cury Urzúa

© Inscripción N° 143.944  
Derechos reservados  
1982  
I.S.B.N. 956-14-0808-2

Segunda edición, 1988  
Tercera edición revisada, 1992  
Cuarta edición, 1996  
Quinta edición, 1999  
Sexta edición, 2001  
Séptima edición ampliada, marzo 2005, 1.500 ejs.

Diseño:  
Publicidad Universitaria  
Impresor:  
Imprenta Salesianos S.A.

C.I.P. - Pontificia Universidad Católica de Chile  
Cury Urzúa, Enrique  
Derecho penal: parte general  
Enrique Cury Urzúa, 3ª. ed.  
Incluye bibliografía.  
1. Derecho penal—Chile.  
I. t.  
2004 345.83 dc.21 RCA2



CAPÍTULO I  
**EL DERECHO PENAL  
EN GENERAL**

**§1. CONCEPTO, DENOMINACIÓN Y FUNCIONES  
DEL DERECHO PENAL**

**I. CONCEPTO**

*El derecho penal está constituido por el conjunto de normas que regulan la potestad punitiva del Estado, asociando a ciertos hechos, estrictamente determinados por la ley, como presupuesto, una pena o una medida de seguridad o corrección como consecuencia, con el objeto de asegurar el respeto por los valores elementales sobre los cuales descansa la convivencia humana pacífica.<sup>1</sup>*

Esta definición procura ser tan comprensiva como lo exige la situación actual del derecho penal, cosa que a mi juicio no cumplen del todo las contenidas en otras obras generales.

Para ETCHEBERRY, por ejemplo, el derecho penal "es aquella parte del ordenamiento jurídico que comprende las normas de acuerdo con las cuales el Estado prohíbe o impone determinadas acciones, y establece *penas* para la contravención de dichas órdenes."<sup>2</sup> Por consiguiente, su concepto prescinde de las medidas de seguridad y corrección, que no son *penas* y que, sin embargo, se consideran integrantes del derecho penal contemporáneo. La definición de LABATUT parece más amplia, pues, con arreglo a ella, el derecho penal es "la rama de las ciencias jurídicas, plenamente autónoma, que consagra normas encargadas de regular las conductas que se estiman capaces de producir un daño social o de originar un peligro para la comunidad, bajo la amenaza de una *sanción*".<sup>3</sup> Pero aunque el concepto de sanción es más amplio que el de pena, LABATUT los identifica<sup>4</sup> y, además, no conviene a las medidas de seguridad y corrección, por lo menos en teoría. NOVOA estima que "puede definirse al derecho penal como la parte del derecho público que trata del delito y del delincuente, desde el punto de vista del interés social, y que establece las medidas legales apropiadas para prevenir y reprimir el delito".<sup>5</sup> Sin embargo, en el derecho penal de actos que impera entre nosotros, el delincuente como tal no forma parte directa de la materia de la regulación, pues las normas mandan o prohíben acciones u omisiones y no enjuician la

<sup>1</sup> En NOVOA, I, 10, pág. 25, se puede encontrar una enumeración crítica de otros conceptos.

<sup>2</sup> ETCHEBERRY, I, pág. 21.

<sup>3</sup> LABATUT, I, 1, pág. 3.

<sup>4</sup> Idem.

<sup>5</sup> NOVOA, I, 10, pág. 25.

personalidad de su autor.<sup>6</sup> Por esto, a mi juicio, la noción de NOVOA desborda los contenidos del ordenamiento punitivo en vigor.<sup>7</sup> Por otra parte, no siempre las medidas de prevención tienen por objeto evitar la comisión de *delitos* en sentido estricto, sino sólo de acciones típicamente antijurídicas. COUSIÑO,<sup>8</sup> aunque se hace cargo de las limitaciones de este género de conceptos, acepta la definición de LISZT, acogida también por MEZGER,<sup>9</sup> conforme a la cual el derecho penal es “el conjunto de normas jurídicas que regulan el ejercicio del poder punitivo del Estado, asociando al delito, como presupuesto, la pena como consecuencia jurídica”.<sup>10</sup> El silencio que guarda sobre las medidas de seguridad y corrección sería lógico si él aceptara que todas ellas son ajenas al ordenamiento penal porque incluso cuando son postdelictuales tienen carácter administrativo. Pero COUSIÑO no piensa así.<sup>11</sup> Además, esa concepción encierra un riesgo de arbitrariedades que no debe asumir ni el derecho penal del presente ni el del futuro.<sup>12</sup> Por último, GARRIDO sostiene que el derecho penal “es una parte del sistema jurídico constituido por un conjunto de normas y principios que limitan el poder punitivo del Estado, describiendo qué comportamientos son delitos, la pena que les corresponde y cuándo se debe aplicar una medida de seguridad”.<sup>13</sup> Así se aproxima al concepto presentado aquí, pero recogiendo sólo su parte formal y atribuyendo, además, a las medidas de seguridad, un carácter sancionador que en rigor no debiera reconocerseles.<sup>14</sup>

Mi concepto coincide en parte con el de BAUMANN,<sup>15</sup> a quien pertenecen asimismo la mayoría de las críticas que dirijo a las otras definiciones. Sin embargo, el suyo, por su excesiva amplitud, me parece impreciso, por esto lo he adicionado con una referencia material que alude al fin perseguido por las distintas formas de reacción penal.<sup>16</sup>

a) Lo más característico del ordenamiento punitivo es que sus consecuencias constituyen las *formas de reacción más severas con que cuenta el derecho*, pues implican irrupciones muy enérgicas en la esfera de los derechos del afectado.<sup>17</sup> Además, esas sanciones se *superponen* a los efectos jurídicos ordinariamente previstos para los hechos ilícitos, lo cual les confiere una apariencia de irracionalidad. En efecto, la exigencia civil de que quien no paga el precio restituya la cosa e indemnice el perjuicio es lógica. También lo es que deba hacer eso mismo el que la sustraiga furtivamente o el que se la hizo dar sirviéndose de engaño. En cambio, resultan enigmáticos los motivos por los cuales a estos últimos se les impone, *además*, una privación de libertad por tiempo más o menos prolongado. Esa *adición* requiere de una fundamentación especial que en la definición se postula, identificándola con la necesidad de “asegurar el respeto por los valores fundamentales sobre los cuales des-

<sup>6</sup> Sobre este punto, véase infra, 3. VI.

<sup>7</sup> En el mismo sentido, SOLER, I, 2, págs 24 y 25.

<sup>8</sup> COUSIÑO, I, 1, 8, págs 9 y sigs.

<sup>9</sup> LISZT, I, 1, 1, pág. 5. MEZGER, I, 1, 1, pág. 3 y *Libro de Estudio*, I, 4, I, pág. 27.

<sup>10</sup> En el mismo sentido POLITOFF, I, 1, pág. 3.

<sup>11</sup> COUSIÑO, I, 1, B, pág. 10, sólo excluye del derecho penal a las medidas de seguridad y corrección predelictuales.

<sup>12</sup> Sobre ello, infra, III, c), dd).

<sup>13</sup> GARRIDO I, pág. 13.

<sup>14</sup> Debo reconocer que, en este punto, existe una contradicción entre la concepción teórica de las medidas y la realidad—como se destaca infra 56, II. Pero, a menos que aceptemos prescindir de estas instituciones para intentar un sistema de punibilidad monista—cosa que, por ahora, no parece próximo a suceder—la atribución a las medidas de seguridad de una naturaleza sancionadora, ya a un nivel conceptual, sólo contribuye a incrementar los riesgos asociados a ellas.

<sup>15</sup> BAUMANN, 3, I, pág. 6.

<sup>16</sup> Contra esta clase de menciones, POLITOFF, I, pág. 3, nota 1).

<sup>17</sup> MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal y control social*, Fundación Universitaria de Jerez, 1985. Introducción, pág. 14: “Hablar del Derecho penal es hablar, de un modo u otro, siempre de la violencia. Violentos son generalmente los casos de que se ocupa el Derecho penal (robo, asesinato, violación, rebelión). Violenta es también la forma en que el Derecho penal soluciona estos casos (cárcel, manicomio, suspensiones e inhabilitaciones de derechos)”. El énfasis es mío.

cansa la convivencia humana pacífica”, pero que ha de examinarse con más profundidad en los apartados siguientes.<sup>18</sup>

De todas maneras, puede entenderse desde luego que esta peculiaridad de las reacciones penales exige que los hechos a que se aplica estén *determinados legalmente en forma rigurosa*. Aunque se consiga justificarla, no puede prodigarse una consecuencia grave, que *no se explica* inmediatamente por sí misma. Es preciso evitar, a toda costa, la “superfluidad” de las penas y medidas de seguridad y corrección. Por esto, el derecho penal tiene que ser empleado siempre como un recurso de *última ratio*—cuando todos los otros de que dispone el ordenamiento jurídico han fracasado—y sólo si existe evidencia de que los sustituirá o complementará ventajosamente (*carácter subsidiario del derecho penal*).<sup>19</sup> Ello explica también la naturaleza *fragmentaria* de sus prescripciones (BINDING),<sup>20</sup> pues sólo en “porciones” aisladas de lo ilícito, delimitadas por su gravedad extrema, se justifica el empleo de un instrumento tan riguroso.<sup>21</sup> Todo esto será reexaminado en las páginas siguientes, pero conviene tenerlo presente desde el principio.

b) De la definición del derecho penal se deduce que los objetos de su regulación son dos: por una parte, los *hechos* que son o pueden ser objeto de una de sus reacciones características; por la otra, las *formas de reacción* mismas.

Pese a que el empleo de los recursos propios del derecho penal no siempre presupone la existencia de un delito en sentido estricto, ésta es la situación más frecuente: es decir, las penas y las medidas de seguridad y corrección se imponen, usualmente, como consecuencias de la ejecución de un delito. Por esto, al estudio del conjunto de los presupuestos que autorizan la aplicación de una reacción propia del derecho punitivo se lo denomina *teoría del delito*. En cambio, la expresión *teoría de la pena*, que solía emplearse para designar el análisis de los efectos característicos del derecho penal<sup>22</sup> ha ido cediendo el paso a otras más comprensivas, tales como “teoría de la reacción penal”,<sup>23</sup> “teoría de la reacción social”,<sup>24</sup> “teoría de las consecuencias jurídicas del delito (o hecho punible)”<sup>25</sup> o, pormenorizadamente, “teoría de las penas y medidas de seguridad”.<sup>26</sup> En principio, cualquiera de ellas es satisfactoria. Aquí he preferido emplear la primera por su flexibilidad. Por el contrario, la expresión “penología”—que también se ha usado una que otra vez—me

<sup>18</sup> Infra, III, c).

<sup>19</sup> Infra, 3, III. Véase, además, entre muchos otros, por la forma sencilla en que está expuesto, RONIN, *Iniciación*, págs 30 y sigs.

<sup>20</sup> Citado por BAUMANN, 3, II, 2, pág. 9.

<sup>21</sup> En la actualidad se ha llegado a sostener que nunca es adecuado servirse de él. Esta posición abolicionista del derecho penal es defendida en especial por HULSMAN, *passim*.

<sup>22</sup> Así, con todo, ETCHEBERRY, II, pág. 131. Véase también MEZGER, II, pág. 73 y sobre todo, *Libro de Estudio*, I, antes de 101, pág. 353, donde se explica que “la pena en un sentido amplio abarca todas las consecuencias jurídico-penales del hecho punible, esto es, las consecuencias reguladas por el derecho penal. De ahí que no constituyen una pena, por ejemplo, las indemnizaciones tratadas en el Código Civil, *pero sí las medidas de seguridad y corrección*”. (El énfasis es mío.)

<sup>23</sup> MAURACH, II, pág. 488.

<sup>24</sup> LABATUT, I, pág. 243; NOVOA, II, pág. 295.

<sup>25</sup> JESCHECK, antes de 70, pág. 677, PISAPIA, *Instituzioni di Diritto Penale*, Cedam, Padova, 1970, XIV, pág. 162.

<sup>26</sup> WEIZEL, pág. 326.

parece incorrecta, pues sugiere la idea de una ciencia autónoma que no existe como tal. Asimismo es insatisfactorio reunir, bajo un rótulo común, las cuestiones relativas a la pena y las sanciones civiles.<sup>27</sup>

Se discute si además debe separarse una *teoría de la ley penal*, con autonomía semejante a la del delito y la reacción penal. Esta es la tendencia dominante en la literatura nacional.<sup>28</sup> Sin embargo, la existencia de esa teoría es dudosa. Su objeto, desde luego, no es sino la ley en sentido estricto, tal como la conoce el derecho civil o cualquier otra rama del ordenamiento jurídico. Por consiguiente, su estudio pertenece a la *teoría general de la ley*. En el derecho penal, es cierto, ella presenta peculiaridades relativas a su estructura, interpretación y efectos, pero sólo se trata de excepciones a las reglas generales, que no pueden integrarse a un sistema sin incurrir en reiteraciones inútiles de éstas. Por eso he preferido incluir su examen en la parte introductoria de este libro, como suele hacerlo parte importante de la literatura extranjera reciente.<sup>29</sup>

c) Se debe distinguir el *derecho penal subjetivo (ius puniendi)* del *objetivo (ius poenalis)*.<sup>30</sup> El primero consiste en una facultad del Estado de prohibir o mandar ciertos hechos bajo la amenaza de sancionar la trasgresión con una pena. El segundo, en la manifestación de ese poder en el derecho positivo.

Esta clasificación es objeto de reparos por una parte de la doctrina que cuestiona la existencia del *ius puniendi*.<sup>31</sup> La crítica fundamental consiste en que el poder del Estado para imponer un castigo no reconoce límites establecidos desde afuera, sino sólo aquellos que él mismo se establezca, usualmente reconociendo ciertos derechos individuales consagrados en la Constitución respectiva. Pero -se dice- una limitación inmanente no es tal, sino un puro arbitrio emboscado tras una apariencia engañosa.<sup>32</sup>

En la literatura contemporánea, sin embargo, la opinión dominante reconoce la vigencia del *ius puniendi* o *poder punitivo del Estado*, si bien realizando algunas precisiones indispensables.<sup>33</sup>

<sup>27</sup> Así, BETTIOL, pág. 623. Sobre ello, véase la observación de MEZGER, supra en nota 22.

<sup>28</sup> COUSIÑO, I, págs. 79 y sigts.; ETCHEBERRY, I, págs. 65 y sigts.; LABATUT, I, págs. 39 y sigts.; NOVOA, I, págs. 111 y sigts. Los dos últimos autores no hablan, en rigor, de una "teoría de la ley penal." Pero esto es sólo una cuestión de nomenclatura, pues tampoco emplean esa denominación cuando tratan del delito y la reacción penal. Lo importante es que conceden autonomía a la exposición sobre la materia. Como en el texto, en cambio, POLITOFF, I, 4, pág. 95.

<sup>29</sup> Véase, por todos, BAUMANN, 6, págs. 56 y sigts.; CEREZO, I, VII, págs. 178 y sigts.; MAURACH, I, 8 y sigts., págs. 84 y sigts.; RODRIGUEZ MOURULLO, IV, págs. 57 y sigts. (aunque, en realidad, este autor tampoco separa expresamente la teoría del delito); SCHMIDTHÄUSER, 5 y sigts., págs. 66 y sigts., WELZEL, 5 y sigts., págs. 35 y sigts. Se adhiere, en cambio, a la sistematización tradicional, JESCHECK, antes de 7, pág. 43.

<sup>30</sup> Véase, por todos, COUSIÑO, I, 1, pág. 7, quien establece la diferencia al nivel de los conceptos más generales, dando una definición distinta para cada uno de ellos.

<sup>31</sup> Así, EUSEBIO GOMEZ, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1939, I, 21, pág. 89 y sigts., que expresa un punto de vista generalizado entre los autores partidarios del "positivismo" italiano; MANZINI, I, pág. 113. Véase, además, la referencia de MEZGER a GERLAND, I, 1, I, pág. 7, nota 6. La exposición de COUSIÑO en el texto a que se refiere la nota anterior me parece inductiva a error. Aunque introducen limitaciones al contenido del concepto, BETTIOL, JESCHECK, JIMENEZ DE ASUA, MAGGIORE o MEZGER no impugnan la existencia del *ius puniendi*, sino todo lo contrario. Sus precisiones tienen por objeto, más bien, poner a salvo la practicabilidad de esa idea.

<sup>32</sup> Una exposición detallada de este criterio en MAGGIORE, I, pág. 171.

<sup>33</sup> En este sentido, especialmente MAURACH, I, 1, I, A, pág. 5.

Hasta los teóricos del derecho penal marxista, no obstante su hostilidad a la noción de los derechos subjetivos, reconocían que el Estado tiene el *deber* de emplear los recursos penales y el culpable *derechos* cuyo respeto exigirle.<sup>34</sup> Por otra parte, es preciso recordar que el *ius puniendi* pertenece a la esfera del derecho público y, por consiguiente, es necesario examinar sus características prescindiendo de criterios privatistas.<sup>35</sup> En efecto, los derechos subjetivos de esta clase no corresponden, en su noción y estructura, a los que maneja el derecho civil. Corresponden, más bien, a los que se consagran en la Constitución Política de la República y se encuentran reconocidos en el catálogo de garantías que contempla el art. 19 de la Carta Fundamental.

Por lo que se refiere a la *existencia y naturaleza* de los límites del *ius puniendi*, se ha producido, a mi juicio, una confusión.

Esos límites del poder punitivo del Estado constituyen, ante todo, una *experiencia existencial* y una idea enraizada en convicciones histórico-culturales, no una cuestión de lógica formal. En efecto, que ese poder tiene unos límites se aprecia históricamente como algo verdadero, pues ni la organización más autoritaria ha conseguido desbordarlos sin exponerse, tarde o temprano, a que su imperio la doblegue. Incluso cuando el legislador democrático abusa más o menos inconscientemente del *ius puniendi* -por ejemplo, amenazando con penas excesivas hechos insignificantes- sus límites se le imponen provocando el fracaso práctico de la norma. Por esta causa, precisamente, casi todos los ordenamientos jurídicos cuentan con un grupo de figuras delictivas vigentes pero muertas. En el nuestro, por desgracia, las situaciones de esa índole son numerosas.<sup>36</sup> Por esto, decir que un límite no puede, lógicamente, ser inmanente, significa poco. Cuando se trata de analizar el juego de acciones y reacciones ético-sociales, la coherencia lógica suele ser superada por la realidad, que impone soluciones axiológicas cuya capacidad limitativa es superior a la de la coactividad trascendente.

Pero, además, no es exacto que el poder punitivo del Estado sólo esté sometido a limitantes inmanentes. La sumisión y disolución de la dignidad del hombre, de su naturaleza y su responsabilidad, en obsequio al dogma del Estado omnipotente, sólo puede defenderse si se aspira al entronizamiento de un totalitarismo cualquiera o, cuando menos, arriesgándose conscientemente al triunfo de esa alternativa. Estas convicciones no corresponden al estado cultural y a los sentimientos que imperan actualmente en el pueblo, el cual, con razón, los resiste, defendiendo con energía -y desde afuera- las fronteras del poder punitivo del Estado. Por esto, cuando se dice, por ejemplo, "que al *ius puniendi* le han sido trazados unos límites por la dignidad humana y por una firme relación entre culpa y castigo",<sup>37</sup> se debe agregar también lo que demuestra la experiencia existencial: que esos límites son custodiados por el grupo social, y que su trasgresión suele ser sancionada -más allá de cualquier "concesión" constitucional o legal- por actos de fuerza -esto es, de manera *trascendente* mediante los cuales el pueblo reasume la detentación de la soberanía.

<sup>34</sup> ZDRAVOMISLOV y otros, pág. 6: "En particular, el Estado (representado por los órganos encargados de administrar justicia) adquiere el *derecho* y la *obligación* de enjuiciar al especulador". Por otra parte, inmediatamente, tras una formulación complicada, se deslizaba la aceptación de auténticos derechos subjetivos individuales: "Como sujeto de las relaciones jurídicas surgidas a consecuencia del delito, el *culpable* tiene *derecho* a que se le haga responsable precisamente *por el delito que cometió y no por otro delito distinto* y a que la medida de la pena para ese delito *no sea mayor que la prevista para ese delito por la ley*". (Los énfasis son míos). Se agregaba, además, que "la ley obliga al tribunal a cumplir estos y otros requisitos *por ella previstos*", pero, naturalmente, no se explicaba la causa por la que había realizado esas previsiones, porque eso habría conducido a una franca confesión de que el individuo posee unos derechos anteriores a los del Estado y vinculatorios para éste, lo que sobrepasaba a la ortodoxia marxista sobre el punto. En todo caso, sobre las profundas diferencias que separaban al derecho penal de los países marxistas del de los democráticos -que, por supuesto, no eran todos los no marxistas ni mucho menos los que hacían profesión de antimarxismo- véase JESCHECK, *El Derecho Penal y su aplicación en la Zona Soviética de Ocupación de Alemania*, Tübingen, 1965, págs. 5 y sigts. En gran parte, todo esto pertenece ahora a la historia, pero subsisten vestigios de ello en Cuba, China continental y algunos otros países asiáticos o africanos.

<sup>35</sup> BETTIOL, pág. 61.

<sup>36</sup> Véase, por todos, el ejemplo propuesto por ETCHEBERRY en *Objetividad jurídica del delito económico*, en R.C.P., tomo XXI, N° 1, 15, pág. 73, relativo al empleo del instrumento punitivo, incluso con un "propósito noble y elevado", pero sin tener en cuenta "el sentimiento moral y político de los ciudadanos". Asimismo, lo que se expone infra, I, II, b).

<sup>37</sup> MAURACH, I, 1, I, B, pág. 5. <sup>38</sup> Con detalle, JESCHECK, 2, I, 2, págs. 9 y 10.

Por último, nuestro tiempo se caracteriza por los esfuerzos que se realizan con el objeto de perfeccionar instrumentos de derecho internacional destinados a limitar objetivamente la potestad punitiva del Estado<sup>38</sup>. Por supuesto, la coactividad y el contenido de tal normativa todavía son imperfectos. Más que trazar los contornos del *ius puniendi* se contenta con establecer la punibilidad de conductas determinadas mediante las cuales se lo desborda.<sup>39</sup> Aun así, en los últimos años se han hecho progresos, que en nuestro país se expresaron, sobre todo, en la reforma del art. 5º de la Constitución Política de la República, con arreglo a cuyo inciso segundo actual "el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana" y "es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes". Basándose en esta disposición, la jurisprudencia ha pronunciado algunos fallos que implican un reconocimiento, siquiera sea indirecto, de un *ius puniendi* supraestatal. Cabe esperar que en el futuro se realicen nuevos progresos, y es tarea del jurista abogar por la concertación de un amplio acuerdo en este sentido.

En todo caso, si el derecho penal está llamado a crear unas condiciones de convivencia mínimas para que los ciudadanos puedan desarrollar en su seno sus mejores posibilidades, es indispensable reconocer la existencia de un auténtico *derecho a castigar* que, como tal, no sólo confiere facultades, sino que impone obligaciones y reconoce límites. Únicamente así se puede realizar la idea de que "el Derecho penal no sólo restringe la libertad sino que también la crea".<sup>40</sup>

En la definición del derecho penal se alude a la existencia del *ius puniendi* cuando se confía a las normas punitivas la misión de regular "la potestad punitiva del Estado". En consecuencia, el derecho penal tal como aquí se lo concibe presupone un Estado de Derecho democráticamente organizado. Las sanciones que no son establecidas por éste, que no respetan su idea o que trasgreden los límites que ella les impone, tienden a convertirse en terrorismo estatal, aunque aparezcan ataviadas con el ropaje de leyes formales.

d) Tanto las penas como las medidas de seguridad y corrección tienen por objeto "asegurar el respeto por los valores elementales sobre los que descansa la convivencia humana pacífica".<sup>41</sup> Este punto de vista es controvertido. No todos están de acuerdo en formular así el objetivo del derecho penal, y ni siquiera quienes lo están coinciden en el significado que le atribuyen. Por esta razón, debe examinarse el asunto en un apartado especial.<sup>42</sup> Allí también se explicarán los motivos por los cuales esta característica se incluyó en la definición.

<sup>38</sup> Con detalles, JESCHECK, 2, 1, 2 págs. 9 y 10.

<sup>39</sup> Idem.

<sup>40</sup> JESCHECK, 1, 1, 2, pág. 3.

<sup>41</sup> Así, parcialmente, JESCHECK, 1, 1, 1 pág. 2; también WELZEL, 1, 1, pág. 11, aunque no incorpora esta connotación material a su definición del derecho penal, la cual es puramente formal. Con gran claridad ROXIN, *Iniciación*, págs 60 y 60: "Esto no significa, sin embargo, que si se rechace la idea de la pena como retribución, la pena y la medida tengan fines distintos, sino sólo una diferente limitación del poder de intervención estatal". Pero, como se destaca a continuación en el texto, es preciso enjuiciar con cautela estas coincidencias de expresión, pues suelen ocultar diferencias de pensamiento así en los puntos de partida como en las conclusiones.

<sup>42</sup> *Infra*, 1, III.

## II. DENOMINACIÓN

En la literatura chilena esta rama del ordenamiento jurídico se ha denominado siempre *derecho penal*.<sup>43</sup> Pero esto se debe a que ella no se ha desarrollado sino a partir de este siglo, pues en el derecho comparado ese nombre es relativamente nuevo. Los alemanes lo atribuyen a "un discípulo del filósofo CRISTIAN WOLF, el Consejero de Guerra REGNERIUS ENGELHARD"<sup>44</sup>, quien lo habría empleado por primera vez en 1756.<sup>45</sup> De todas maneras, hoy disfruta de aceptación general y ha desplazado al nombre *derecho criminal* que se prefirió por largo tiempo, aunque en Francia y los países anglosajones se continúan usando hasta ahora, indiferentemente, las denominaciones *droit pénal* y *droit criminel*, *penal law* y *criminal law*. Otro tanto ocurre en los países del Este.<sup>46</sup>

A pesar de su carácter nominal, la cuestión relativa a la corrección de estas expresiones suele discutirse con algún detalle.<sup>47</sup> Para algunos el rótulo "derecho penal" tiene el inconveniente de acentuar sólo una de las posibles formas con que la ley reacciona en su "lucha contra la criminalidad".<sup>48</sup> Por eso MEZGER piensa que "hay [...] más de un motivo para volver al antiguo nombre de derecho criminal"<sup>49</sup> y SCHMIDTHÄUSER que, si se lo quiere denominar atendiendo a sus efectos, sería preferible hablar de un "derecho de las consecuencias jurídico-penales" (*Recht der strafgesetzliche Rechtsfolgen*) al paso que, si se pretende subrayar la índole de los presupuestos necesarios para la imposición de tales consecuencias, debería emplearse la antigua fórmula "derecho criminal".<sup>50</sup>

En mi opinión estas objeciones no son convincentes.

Por una parte, cuando se sugiere emplear el término "derecho criminal" se prescinde de que en algunos casos las medidas de seguridad y resocialización se imponen al autor de hechos que, en rigor, no constituyen un "crimen" (delito). Es de esta clase, por ejemplo, la "internación en un establecimiento destinado a enfermos mentales" que se contempla en el art. 682 del C. de P.P. para "el acusado absuelto o sobreseído por estar exento de responsabilidad criminal" a causa de su enajenación, pero "cuya libertad constituya un peligro", con arreglo a lo cual la medida se impone a quien no ha cometido un hecho que constituye verdaderamente un delito, puesto que el enfermo mental es incapaz de culpabilidad; y otro tanto ocurre con "la fianza de custodia y tratamiento". Por esto, hablar de un "derecho criminal" resulta tan inadecuado como denominarlo "derecho penal"; salvo, por supuesto, para aquellos que prescinden de la culpabilidad como elemento integrante del hecho punible.<sup>51</sup>

La denominación sugerida por SCHMIDTHÄUSER es comprensiva, pero tan complicada que difícilmente podría adoptársela en el uso común. Además, también en ella subsiste,

<sup>43</sup> Así, ORTIZ (1933), DEL RIO (1946), LABATUT, desde la primera edición hasta el 2000, NOVOA (1960-1966), ETCHEBERRY (1964-1976-1998), GRISOLIA-POLITOFF-BUSTOS (1971), COUSIÑO (1975), GARRIDO (1997), NÁQUIRA (1998), POLITOFF (1997-1998) y yo mismo, desde *Orientación*, 1ª edición, en 1973, hasta la segunda edición de este libro, en 1992.

<sup>44</sup> MEZGER, 1, 1, 1, pág. 3.

<sup>45</sup> Sin embargo, esto es sólo relativamente exacto, porque en realidad se refiere a la adopción de las expresiones de raíz germana (*Strafrecht*). En cambio, la de raíz latina (*peinlichen Recht*) se usaba desde antes, como también lo señala MEZGER, 1, 1, 1, pág. 3.

<sup>46</sup> JESCHECK, 2, 1, 1, págs. 8 y 9.

<sup>47</sup> Una contribución relativamente reciente al tema pertenece a GERARDO LANDROVE DIAZ, *Sobre la determinación y naturaleza del derecho penal. Estudios Penales I*. Universidad de Santiago de Compostela, 1977, págs. 251 y sigs., que contiene información bibliográfica. Véase, además, GARRIDO, 1, 1, IV, págs. 22 y sigs.

<sup>48</sup> MEZGER, 1, 1, 1, págs. 4 y sigs.

<sup>49</sup> MEZGER, 1, 1, 1, pág. 6, con referencias a la bibliografía alemana precedente.

<sup>50</sup> SCHMIDTHÄUSER, 1, 1, pág. 9.

<sup>51</sup> Véase *infra*, 26, II.

aunque atenuada por un rodeo, la referencia a la pena. Entre decir que un derecho es *penal* y hablar de un derecho de las consecuencias *jurídico-penales*, sólo media un abultamiento del lenguaje.

Al parecer, por consiguiente, nada aconseja abandonar por ahora la denominación habitual. A fin de cuentas, también en el derecho penal vigente la *pena* es el recurso de reacción predominante del ordenamiento punitivo<sup>52</sup>, aun prescindiendo de la desconfianza con que la doctrina más reciente contempla a su otro instrumento, esto es, la medida de seguridad y resocialización.<sup>53</sup> Pero quizás lo más importante es que "el término derecho penal alude a la ley, por cuyo solo mandato, con derogación de derecho consuetudinario, omnipotencia judicial y arbitrio del gobierno, se convertirá una determinada conducta desvalorada en delito punible, sometido al poder punitivo del Estado". En el "cambio terminológico de derecho criminal a derecho penal se agita el principio rector que ha dominado al derecho penal" desde el siglo XIX "el principio *nulla poena sine lege* en sus tres manifestaciones esenciales e imprescindibles para el derecho penal".<sup>54</sup>

Por el contrario, generalmente se cuestiona la expresión "derecho penal de los jóvenes" o "derecho penal de menores" con la que en algunos países suele designarse al conjunto de normas que regulan las medidas de reacción aplicables a una parte, por lo menos, de los adolescentes que delinquen.<sup>55</sup> Esta sólo se considera aceptable si se tiene debidamente en cuenta que ese derecho penal es un recurso de *ultima ratio* en el contexto de un "derecho protector de los jóvenes" (*Jugendpflegrecht*) mucho más extenso, para el que se encuentran en primer lugar las medidas de protección, formación, educación y disciplina.<sup>56</sup> En Chile no existe un correlato de lo que en los sistemas aludidos se denomina "derecho penal de menores".<sup>57</sup> Más adelante se discutirá si sería deseable contar con él,<sup>58</sup> aunque, en atención a la índole de este libro, sólo de pasada.

### III. FUNCIÓN

En mi opinión la polémica relativa a la función del derecho penal se encuentra hipertrofiada. En efecto, hay un buen número de cuestiones fundamentales respec-

to a las cuales existe coincidencia, de manera que la discusión versa sobre ciertos problemas cuya importancia es innegable, pero en relación a los cuales podría llegarse también a un compromiso si se los identifica con claridad o que, por su carácter limitrofe, son de ocurrencia infrecuente en la práctica -lo cual, a pesar de todo, no significa que deba desatendérselos.

a) Desde luego, existe un acuerdo amplio sobre el objetivo último que se persigue.

En toda sociedad se ejecutan hechos que atentan en contra de ciertos valores *elementales* sobre los que descansa la convivencia: es decir, valores tan básicos que su quebrantamiento pone en peligro la posibilidad misma de una agrupación social, pues implica una pérdida del respeto recíproco mínimo y, por consiguiente, de las condiciones para que la vida en común sea tolerable e, incluso, realizable.<sup>59</sup> La finalidad del derecho penal, en consecuencia, no puede ser sino evitar, hasta donde sea posible, la proliferación de tales actos, con el objeto de asegurar la practicabilidad y, con ello, la continuidad de la vida humana, que sin *coexistencia* estaría condenada a extinguirse.<sup>60</sup>

La mayoría de los penalistas estamos también de acuerdo en que la naturaleza de los valores dignos de protección es cambiante, así como lo es la forma que adopta la estructura de una sociedad a lo largo del tiempo o, incluso, la de dos sociedades contemporáneas.<sup>61</sup> Convenimos, asimismo, en que la pretensión de erradicar totalmente las conductas que los infringen es utópica, pues una comunidad sin delito es tan inimaginable como una vida sin dolor, angustia o enfermedad<sup>62</sup> y, probablemente, ni siquiera sea deseable.<sup>63</sup> A lo que se aspira, por lo tanto, es a mantener un estado de cosas tolerable, una situación de paz en la cual los individuos pertenecientes al grupo puedan desarrollar, tanto como sea posible, las capacidades de que están dotados,<sup>64</sup> en que la dignidad de la naturaleza humana sea reconocida y en la cual la convivencia no se transforme en un campo de batalla donde "el hombre sea un lobo para el hombre".

Así, las cuestiones debatidas se reducen finalmente a dos. La primera se refiere a si el Estado tiene derecho a emplear reacciones suplementarias tan gravosas como la pena y las medidas de seguridad y resocialización para obtener los objetivos des-

<sup>52</sup> JESCHECK, 2. I. 1, pág. 8. En el mismo sentido MIR, *Introducción*, I. 3, pág. 26, para quien "la pena no sólo es... el concepto central de nuestra disciplina sino que su presencia es siempre el límite de lo que pertenece a ella". En esto sigue a RODRIGUEZ DE VESA, I. pág. 13, con arreglo a cuya opinión para que las medidas de seguridad (y resocialización) "puedan actuarse, hay que comprobar siempre si estamos ante una conducta a la que la ley señala una pena".

<sup>53</sup> JESCHECK, 1. II. 3, pág. 5; SCHMIDTHÄUSER, 2. III, 19, pág. 21. Sobre la posición de COUSIÑO, véase la nota 11 de este capítulo. En el sentido del texto ETCHEBERRY, I, pág. 15. Respecto a mi criterio, infra, I. III, c), ee).

<sup>54</sup> MAURACH, I. 1. A. 2, págs. 4 y 5. En el mismo sentido LANDROVE DIAZ, *op. cit.* págs. 257 y sigts. Sobre las otras manifestaciones del principio *nulla poena* a que alude el texto, infra I. b). El argumento no convence a MIR, *Introducción*, I. 2, pág. 21, porque "la expresión "Derecho Penal" no alude mayor vinculación a la ley que la que supone la de "Derecho Criminal". Sin embargo, lo importante es que la primera enfatiza la *sujeción de la pena a los límites impuestos por la ley*. La idea de que sólo se puede castigar la infracción de una norma si ésta se encuentra consagrada antes de la ejecución del hecho es antigua. Pero lo que procede de la ilustración es el principio según el cual también la pena debía estar legalmente establecida previamente. Sobre esto, véase STRATENWERTH, 64 y 65, págs. 28 y 29, e infra. Por tal motivo, la crítica de MIR me parece equivocada.

<sup>55</sup> JESCHECK, 2. I, págs. 8 y 9.

<sup>56</sup> Idem.

<sup>57</sup> Sobre el significado de este concepto en el derecho alemán, WELZEL, 36, I, págs. 270 y 271.

<sup>58</sup> Infra, 27, III, antes de a).

<sup>59</sup> Una descripción detallada de los procesos que dan origen a la necesidad de la regulación penal, en MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal y Control Social*, cit. I. 1, págs. 21 y sigts. Véase también JESCHECK, 1, págs. 2 y sigts.

<sup>60</sup> COUSIÑO, I. 2, pág. 13; LABATUT, I. 1, pág. 3, en el contexto de la definición que encabeza el párrafo: NOVOA, I. 3, pág. 16; DEL RIO, *Explicaciones de Derecho Penal*, Nascimento, Santiago, 1945, I, pág. 208. Entre las opiniones extranjeras recientes, BOCKELMANN, *Law and security in the modern state*, en L.S., vol. 9, 1974, pág. 131 y 132; JESCHECK, 1. I. 1, págs. 1 y 2; RÖXIN, *Sentido y límites de la pena estatal*, en *Problemas Básicos*, B. 1, Pág. 21, e *Iniciación*, 1, II, pág. 32. En el mismo sentido, desde su punto de vista funcionalista, JAKOBS, 1, 4 y sigts, págs. 9 y sigts.

<sup>61</sup> ETCHEBERRY, I, pág. 29; RÖXIN, 2, 15, págs. 57 y 58.

<sup>62</sup> RÖXIN, *Sentido y límites de la pena estatal*, cit. B. III, págs. 32 y 33; en el mismo sentido JESCHECK 1. I. 1, pág. 2 y JAKOBS, 15, pág. 18: "La protección tiene lugar reafirmando al que confía en la norma en su confianza. La reafirmación no tiene por contenido el que posteriormente no vaya nadie más a infringir la norma..." (El énfasis es mío).

<sup>63</sup> Una sociedad que se contentara con que nadie transgreda las normas que actualmente la rigen habría renunciado de antemano a todo perfeccionamiento.

<sup>64</sup> JESCHECK, 2. I. 2, pág. 9.

critos, esto es, si el *ius puniendi*, además de existir como tal y encontrarse limitado,<sup>65</sup> está, además, justificado. La segunda -que presupone una respuesta afirmativa de la anterior-, a la forma concreta en que debe operar y de hecho opera el derecho penal para alcanzarlos.

b) Por lo que se refiere al derecho del Estado a reprimir y castigar conductas dañinas de los valores básicos, la discusión es más bien teórica. Ninguna sociedad puede subsistir sin echar mano de esos recursos "límites".<sup>66</sup> Por supuesto, en la mayoría de los casos basta con acudir a la sanción civil, que se contenta con restablecer la situación correcta mediante su sistema de restitución, pago, nulidad e indemnización coactivamente ejecutables. Pero en las hipótesis más graves estas soluciones son insuficientes, pues, como atacan aquello sobre lo que reposan las bases de la organización social, su reiteración conduciría a un estado de cosas caótico, en que el ordenamiento jurídico carecería ya de eficacia para imponerse a los transgresores y obtener el reajuste. Siendo así, no hay otra forma práctica para limitar la proliferación de esas infracciones que amenazarlas con una reacción más enérgica -y, por llamarla de algún modo, "supernumeraria"- o, cuando menos, con la adopción de medidas encaminadas a suprimir en el caso concreto la posibilidad de nuevos atentados.

Este modo de proceder, sin embargo, implica costos y peligros que es preciso tener en consideración.

Desde luego, el costo económico de las penas y las medidas de seguridad y resocialización es muy grande, ya que, cuando importan una privación de libertad no sólo comprende la mantención del recluso sino, además, los gastos del proceso penal, el "lucro cesante" social irrogado por la sustracción total o parcial del sujeto a sus actividades normales, la pauperización del grupo familiar y las obligaciones de asistencia social que ello genera -o debería generar-, el valor del tratamiento cuando es necesario, etc.<sup>67</sup> Pero, además, respecto de toda pena existen costos de otra índole, constituidos por el desajuste que provoca en la sociedad la severidad de una reacción capaz de alterar, incluso, sus valoraciones. En este sentido, un poder punitivo mal administrado puede ser hasta más devastador que la suma de todos los delitos a cuya ejecución trata de oponerse.

Por otra parte, toda pena o medida de seguridad y resocialización significa quebrantar la libertad del afectado. Naturalmente, puede discutirse la existencia de dicha libertad, y hasta convenir en que nadie ha presentado pruebas concluyentes de ella.<sup>68</sup> Pero la sola sospecha de que el hombre puede ser libre nos obliga a obrar con cautela cuando se trata de reaccionar en una forma que involucra lesionar ese atributo, incluso concebido como mera posibilidad. Por supuesto es más cómodo y aparentemente más eficaz comportarse como si los individuos fueran objetos determinados a los que se puede manipular con arreglo a las necesidades del grupo social. Pero para un sistema así el costo del error es enorme: pues si, contra lo presupuestado, el ser humano es libre, se habrá hecho al "delin-

<sup>65</sup> Supra, I. c).

<sup>66</sup> Así, MAURACH, I. 6. I. A, pág. 63: "La necesidad del derecho penal constituye una realidad que nos ofrece el conocimiento empírico". Asimismo, JESCHECK, 2, I, 2, pág. 9: "...La necesidad de la coacción penal forme parte de las primeras experiencias de la humanidad y el castigo de los delitos ha sido en todas las culturas una de las más antiguas tareas de la comunidad".

<sup>67</sup> Véase, por todos, JOAQUIN MARTIN CANIVELLI, *Prevención y predicción del delito y de la peligrosidad social*, en el volumen *Peligrosidad social y medidas de seguridad*, Universidad de Valencia, 1974, pág. 263, cuyas cifras siguen siendo impresionantes no obstante el tiempo transcurrido.

<sup>68</sup> La "aporía" de la libertad se encuentra expuesta de la manera más convincente por KANT, *Prolegómenos a toda metafísica futura*. Aguilar, Buenos Aires, 1956, 51 y sigts., págs. 158 y sigts.

cuente" víctima de la mayor indignidad y del sufrimiento suplementario que comporta el sentirse tratado injustamente.<sup>69</sup>

Por consiguiente, la selección de los valores a que se otorgará tutela penal debe ser rigurosa. Desde luego, sólo deben protegerse de esta manera los de "umbral más bajo",<sup>70</sup> es decir, los que en atención al reconocimiento generalizado de su importancia para la convivencia suelen ser acatados hasta por los integrantes menos respetuosos de la comunidad. Entre éstos se encuentran, en la cultura a que pertenecemos, aquellos que se confunden con la existencia y la personalidad del hombre (los derechos humanos), así como las funciones estatales que sirven a la preservación de la convivencia pacífica en un marco de bienestar y seguridad básicos.<sup>71</sup> Pero aun dentro de estas fronteras estrechas hay que efectuar restricciones. En primer lugar, no se han de cautelar con medidas de reacción penal valores puramente éticos, cuya infracción "carece de víctima" individual o colectiva.<sup>72</sup> Asimismo se debe excluir de tal protección a los que por su naturaleza no la admiten, porque su vigencia está condicionada a que se los acate voluntaria y no coactivamente. Por último, incluso aquellos valores que reúnen todos los requisitos señalados sólo pueden tutelarse mediante reacciones penales cuando se encuentra demostrado que no es posible defenderlo satisfactoriamente acudiendo a recursos menos drásticos (*naturaleza subsidiaria del derecho penal*)<sup>73</sup> y si, además, existe evidencia fiable de que el instrumento punitivo aumentará el respeto por su vigencia en una medida razonable.<sup>74</sup>

Por desgracia en la práctica el legislador suele olvidar estos criterios de política criminal. Con frecuencia se intenta tutelar penalmente valores con escasa significación social, tipificando "delitos de bagatela", como ocurre a lo largo de todo el Libro III del C.P. (faltas), y también en muchas otras disposiciones de las que pueden citarse los arts. 385 y 386 del C.P. por sólo mencionar algunos. Constituyen casos de delitos sin víctima, destinados a proteger sólo valores éticos cuya infracción no repercute socialmente, el incesto consentido entre adultos, que cae dentro de la previsión del art. 375. nueva redacción. El adulterio y la mancebia, contemplados antes en los antiguos arts. 375 y sigts. del C.P., hoy derogados,<sup>75</sup> son situaciones en las que se trataba de tutelar penalmente un valor cuya vigencia depende de que se lo acate voluntariamente, con la consecuencia de que la acción penal (privada) se había convertido en un instrumento mediante el

<sup>69</sup> ROXIN, 3, 49, págs. 101 y 102, e *Iniciación*, págs. 145 y 146: "...Pues no se trata del problema epistemológico de si el hombre es libre, sino del postulado normativo -perteneciente por tanto a otro ámbito totalmente distinto al del ser- de que en el Derecho el hombre debe ser *tratado* como libre y capaz de responsabilidad, en tanto en cuanto, claro está, sea en principio motivable y accesible a los preceptos jurídicos".

<sup>70</sup> WELZEL, 1, I, 2, pág. 16.

<sup>71</sup> ROXIN, *Sentido y límites de la pena estatal*, cit., B. I, pág. 21: "En el estado moderno, junto a (la) protección de bienes jurídicos previamente dados, aparece la necesidad de asegurar, si es necesario con los medios del Derecho penal, el cumplimiento de las prestaciones públicas de que depende el individuo en el marco de la asistencia social por parte del Estado".

<sup>72</sup> ROXIN, *Idem*, B. I, 2, pág. 23.

<sup>73</sup> ROXIN, 3, 3, págs. 52 y 12, pág. 56, e *Idem*, B. I, 1, págs. 21 y 22, e *infra*, 2, III. Hoy este criterio corresponde al de la abrumadora mayoría de la doctrina comparada, aunque todavía no se proyecta en los ordenamientos positivos con suficiente eficacia.

<sup>74</sup> MAIHOFFER, *Legislation and the administration of justice between the conflicting claims of state and society*, en *L.S.*, vol. 4, 1971, págs. 23 y sigts. Con énfasis ROXIN, I, 2, pág. 66: "Pues supone una vulneración de la prohibición de exceso el hecho de que el Estado eche mano de la afilada espada del Derecho penal cuando otras medidas de política social puedan proteger igualmente o incluso con más eficacia un determinado bien jurídico". Véase, además, en general, WURTHENBERGER, *Humanity as an element in penal law*, en *L.S.*, vol. 4, 1971, págs. 106 y sigts. Sobre todo el asunto, en el mismo sentido ahora, MUÑOZ CONDE, *Introducción*, II. A) b), págs. 71 y sigts.

<sup>75</sup> Los arts. 375 a 381 inclusive del C.P. fueron derogados por la Ley N° 19.335 de 23 de Septiembre de 1994.

cual maridos inescrupulosos extorsionaban a cónyuges o amantes adinerados. Cuando se incriminó en el art. 3º (hoy, 23) de la Ley de Cambios Internacionales de operaciones de cambio que infringían los acuerdos del Banco Central de Chile, en lugar de obtenerse un mayor acatamiento de los ciudadanos a la regulación cambiaria se fomentó el mercado negro de divisas, transformando a casi todos los habitantes del país en delincuentes, y a una gran parte de ellos en alegres y confiados recidivistas. Lo sucedido fue que los valores protegidos por ese tipo no eran familiares para el hombre común, el cual, a causa de eso, no los internalizó ni entendió las razones por las cuales se castigaban conductas en las que no percibía la infracción debido a la complicación técnica del asunto.<sup>76</sup> Finalmente, la difusión de material pornográfico (contrario a las buenas costumbres) del art. 373 del C.P. es una norma simbólica, sin aplicación práctica, porque el instrumento penal parece ser ineficiente para defender el valor comprometido, no obstante que en este caso la conducta crea un riesgo social efectivo.

Siempre que se ignoran los criterios mencionados la amenaza penal fracasa y, lo que es peor, tiende a desvalorizar todo el ordenamiento criminal, pues una norma que no se cumple desalienta a los que lo respetan y estimula con la esperanza de la impunidad a los que experimentan la tentación de desafiarlo. La eficacia del derecho penal está condicionada por la *certeza* de que sus medidas de reacción operan realmente cuando sus prohibiciones o mandatos son infringidos,<sup>77</sup> y esta seguridad es inversamente proporcional a la frondosidad de las incriminaciones.

Desde luego, es imposible evitar errores, pues en los límites las valoraciones son difíciles de realizar. Sin embargo, cuando las incriminaciones desafortunadas son consecuencia de una equivocación o de la confusión provocada por circunstancias coyunturales, sus efectos indeseables pueden repararse. Pero si el Estado echa mano deliberadamente de los recursos penales para superar dificultades ocasionadas por los defectos de la organización imperante o para imponer arbitrariamente la voluntad de los que gobiernan, la situación se vuelve insostenible, pues tan pronto como el Derecho penal deja de garantizar la seguridad y el orden, entra en escena la autodefensa de los ciudadanos, e incluso la lucha de todos contra todos, según ha enseñado repetidas veces la más reciente experiencia histórica.<sup>78</sup>

A causa de los peligros generados por la reacción penal, en las últimas décadas se desarrolló una concepción que propicia su abolición.<sup>79</sup> La idea es atractiva y coincide con los requerimientos de la doctrina para que se despenalice un buen número de hechos punibles. Pero el propio HULSMAN -que es quien la ha formulado y defendido con más entusiasmo- conviene en que la desaparición del derecho penal y sus sanciones no suprimiría los conflictos sociales contra los cuales este reacciona.<sup>80</sup> El cree que el sistema civil y algunas fórmulas

<sup>76</sup> Estas es una experiencia que se repite incluso en países tan avanzados como los que integran la Comunidad Europea. Pueden encontrarse informaciones sobre la ineficacia de tales tipos en algunos de ellos, en DE BRESSON, JEAN-JACQUES, *Inflation des lois pénales et législation ou réglementations "techniques"*, en *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, N° 2 de 1985, págs. 241 y sigts.

<sup>77</sup> Así lo advirtió, ya en el siglo XVIII, BECCARIA, XX, págs. 131 y sigts. Hoy es un lugar común, como lo señala ROXIN, *Iniciación*, pág. 47.

<sup>78</sup> JESCHECK, I, 1, 1, pág. 2. En el mismo sentido WELZEL, I, 1, 2, pág. 17; MAURACH, I, 2, III, B, pág. 32.

<sup>79</sup> HULSMAN, *passim*; MILLER GERARD, *Entrevista con Louck Hulsmán*, en *Nuevo Foro Penal*, N° 30, octubre-noviembre-diciembre de 1985, Bogotá, 1985, págs. 493 y sigts. que reproduce una entrevista de HULSMAN con MIREILLE DELMAS-MARTY, en la cual aquel responde objeciones dirigidas contra su teoría de la despenalización; GARCIA MENDEZ, EMILIO, *Del control como delito al control del delito (Notas para una política criminal en la Argentina Democrática)* en *Nuevo Foro Penal*, N° 28, abril-mayo-junio de 1985, Bogotá, 1985, págs. 227 y sigts., y *La dimensión política del abolicionismo*, en *Nuevo Foro Penal*, N° 32, abril-mayo-junio de 1986, págs. 178 y sigts.

<sup>80</sup> HULSMAN, 38, pág. 93.

de control social desformalizadas bastarían para solucionarlos.<sup>81</sup> Pero esto, si bien puede funcionar con la "delincuencia blanda" y hasta con algunas manifestaciones de la "dura", sería insuficiente para enfrentar las infracciones más severas. Nadie sabe cómo se las arreglaría la sociedad con esos atentados si se suprimen las formalidades rígidas impuestas por el sistema penal. HULSMAN sostiene que debe dotarse a la policía, "en el marco del mantenimiento de la paz pública", de mayores facultades preventivas, instaurando al mismo tiempo "un serio control judicial del poder de coacción" que así se le confiaría.<sup>82</sup> Pero esto es más fácil de decir que de poner en práctica. ¿Cuánta capacidad de control es capaz de ejercitar la judicatura ante quienes detenta la fuerza -sobre todo en los países menos desarrollados- si, además, los que abusan ya ni siquiera se sienten obrando en forma ilegítima? ¿No florecerían en tales circunstancias modalidades encubiertas de venganza privada? Con toda razón se ha dicho que "quien pretende abolir el Derecho penal, lo único que quiere es ahuyentar al diablo con Belcebú" porque "en todo caso, lo que en el sistema de control social viniera a ocupar el sitio del Derecho penal sería quizás algo peor que el Derecho penal mismo".<sup>83</sup>

El abolicionismo se encuentra correctamente orientado y sus intenciones están fuera de toda duda, pero sus proposiciones son exageradas. Hay que abogar por la despenalización de numerosas conductas cuya punibilidad no está justificada. Al mismo tiempo, sin embargo, es necesario convenir en que no puede prescindirse de la pena para combatir hechos que lesionan la convivencia de manera grave; e, incluso, en que las complejidades de la vida moderna han creado nuevas posibilidades de atentar contra ella de modo insostenible, a causa de lo cual es indispensable, a menudo, consagrar delitos nuevos. Pero si se actuara con prudencia, no hay duda de que en el futuro el catálogo de hechos punibles tendría que experimentar una reducción.

c) Respecto a la forma en que actúa el derecho penal para cumplir su cometido, a mediados del siglo XX se produjo una polémica exagerada, provocada por confusiones y disensiones teóricas que no guardaban relación con la magnitud de sus resultados prácticos. En la primera edición de este libro todavía la describí como un antagonismo casi irreductible, aunque anticipé que podía resolverse "en un cierto compromiso".<sup>84</sup> En los años siguientes pensé que la discusión había formado parte de una evolución normal que ahora podía considerarse superada.<sup>85</sup> Debo reconocer, sin embargo, que el desarrollo posterior de la literatura no confirmó mis esperanzas. La discusión sigue vigente y, en algunos casos conserva cierta virulencia, porque compromete convicciones filosóficas y políticas difíciles de conciliar. La exposición presente, si bien persevera en una aspiración al compromiso, se hace cargo de la situación y, en algunos aspectos, toma postura frente a las cuestiones controvertidas.

aa) La concepción tradicional, que imperó desde la segunda mitad del siglo pasado, puso mucho énfasis en que la misión del derecho penal consiste en evitar que se produzcan ciertos resultados. La esencia del delito, es decir, su carácter *injusto*, radicaba en que *lesionaba un bien jurídico o lo ponía en peligro (desvalor de resultado)*. Con esto se obtenía un concepto de ilícito que se fundaba por entero en un acontecimiento objetivo, en el sentido de "externo" o "perceptible por los sentidos", asegurando la prueba cierta de sus componentes y garantizando al procesado contra apreciaciones arbitrarias del juzgador sobre su actitud espiritual. Al mismo tiempo, se satisfacían las tendencias naturalistas en boga, que aspiraron a dotar al derecho de un sustrato material, susceptible de verificación experimental.

<sup>81</sup> HULSMAN, 54 y sigts, págs. 120 y sigts.

<sup>82</sup> HULSMAN, 43, pág. 103.

<sup>83</sup> HASSEMER, 27, pág. 400.

<sup>84</sup> CURY, 1ª edición I, 1, III, e) págs. 26 y sigts. y *La función del Derecho Penal*, en R.C.P. XXXVI, N° 1, enero-junio de 1977, III, págs. 54 y sigts.

<sup>85</sup> CURY, I, 1, III, c) pág. 16.



La crítica principal que se ha dirigido a este criterio consiste en que desvincula la determinación de lo que es justo o injusto, de la acción u omisión dirigida a causar el resultado. Es inadmisibles afirmar que el derecho sólo prohíbe ocasionar resultados o manda evitar resultados. Este punto de vista, en efecto, provoca consecuencias que, si bien algunos juristas defienden todavía, para el hombre común son incomprensibles y ahora son rechazados también por la mayoría de la doctrina comparada. Así, por ejemplo, si alguien conduce un automóvil de manera prudente, pero atropella y da muerte a un suicida que se arroja sorpresivamente bajo las ruedas del vehículo, es absurdo sostener, *con prescindencia de que se ha comportado correctamente*, que ha incurrido en un hecho injusto porque infringió la prohibición de *causar un resultado mortal*. El ordenamiento jurídico no puede desvalorar la causación de una muerte *en sí*, dirigiendo mandatos al azar, porque este escapa a sus posibilidades de control. Por la inversa, si en el proceso está probado que un funcionario de policía privó de libertad, para intimidarlo, a un vecino con el cual había reñido, y sólo después se impuso de que contra el detenido se había librado una orden de arresto por un juez competente, es insatisfactorio afirmar que su conducta fue justa porque, aunque él no lo sabía cuando la provocó, la lesión de la libertad de ese hombre estaba autorizada por el derecho. La autorización imprevista para causar el resultado, *en sí*, es insuficiente para convencernos de que la conducta dirigida conscientemente a infringir una prohibición debe ser aprobada por el ordenamiento jurídico. Con este criterio el derecho penal renunciaría en estos casos a ordenar positivamente la convivencia pacífica, y se contentaría con que las cosas resultaran bien por casualidad.

bb) En la primera mitad de este siglo se reaccionó contra esta concepción, desencadenando la polémica que alcanzó su apogeo entre 1950 y 1960.

De acuerdo con el nuevo punto de vista, la misión del derecho penal se cumple asegurando el respeto por los valores fundamentales del sentir, es decir, por aquellos cuya importancia es reconocida por la mayoría de los ciudadanos, los cuales experimentan la necesidad de que todos los respeten como una exigencia vital para la convivencia ("valores del actuar conforme a derecho, arraigados en la permanente conciencia jurídica" que "constituyen el trasfondo ético social positivo de las normas jurídico-penales").<sup>86</sup> La tarea del ordenamiento punitivo consiste en fortalecer esa conciencia ético social elemental de la comunidad, afianzando la fidelidad de los súbditos a tales valores.

Con esto pasó a un segundo plano la causación del resultado lesivo o peligroso (*desvalor de resultado*) y se acordó prioridad a la reprobabilidad de que era portadora en general la acción en la cual se exteriorizaba una voluntad desobediente a los mandatos y prohibiciones del derecho (*desvalor de la acción*). Lo injusto es la infracción consciente al deber y no la mera producción causal del daño o peligro del bien jurídico. La protección de los bienes jurídicos se realiza "por inclusión",<sup>87</sup> es decir, como una consecuencia derivada de su función prevalente. Por tal motivo se debe castigar aun cuando la acción —la manifestación de voluntad desobediente— no ha causado daño ni puesto en peligro al bien jurídico, o en los que la lesión ocasionada estaba autorizada pero el autor lo ignoraba. A la inversa, cuando no existe desvalor de acción, el hecho es lícito aunque haya causado un resultado lesivo. Así, esta concepción resuelve los dos ejemplos presentados en el párrafo anterior en forma contraria a la de la teoría tradicional: el conductor prudente ha obrado de manera justa no obstante haber dado muerte al suicida; el funcionario de policía ha cometido un secuestro punible, aunque disponía, sin saberlo, de una autorización del ordenamiento jurídico para privar de libertad al vecino. Como este criterio acentúa la antijuridicidad del acto dirigido conscientemente a quebrantar un mandato, se lo identifica con la teoría finalista de la acción.<sup>88</sup> Ello es exacto en el sentido de que todos los partidarios de esta última concepción coinciden con el punto de vista expuesto, pero hoy existen muchos

autores que no participan de la posición finalista y reconocen la importancia del desvalor de acción en la determinación del injusto.<sup>89 90</sup>

El punto de vista expuesto tuvo el mérito de destacar la importancia del desvalor de acción en la constitución del injusto, pero creo que no fue acertado relegar el de resultado a un plano secundario e, incluso, prescindir por completo de él en algunos casos.

A causa de este énfasis en la reprobabilidad de la acción, por ejemplo, a la teoría no le es posible encontrar un criterio satisfactorio para fundamentar la impunidad de la tentativa absolutamente inidónea (tentativa irreal, tentativa supersticiosa), y se conforma con incluir en ella los casos que en forma tradicional se atribuyen a esas constelaciones, sea negando, prácticamente sin motivo, su ilicitud, sea afirmándola y pronunciándose por la impunidad sólo en el ámbito de la "necesidad de pena"<sup>91</sup> Por la misma razón, WELZEL impugna el sistema de las legislaciones, que establecen una pena más benigna para la tentativa que para el delito consumado, pues tanto en uno como en otro caso el desvalor de la acción es idéntico, y la diferencia relativa al resultado irrelevante<sup>92</sup> y lo mismo ocurre con la impunidad de la conducta imprudente que no ocasiona lesión alguna.<sup>93</sup> Sin embargo, desde el punto de vista político criminal estas críticas no son convincentes<sup>94</sup> y, aunque la regulación referente a tales materias ha experimentado en algunas legislaciones modificaciones que coinciden parcialmente con ellas, es poco probable que la tendencia se acentúe o prolifere en el futuro, pues ha sido objeto de considerable resistencia. Finalmente, el desprecio por la función del desvalor de resultado conduce a una solución inapropiada cuando en el caso concurren los presupuestos objetivos de una causal de justificación, pero el autor lo ignora: como la voluntad contraria al mandato se ha expresado igual que en cualquier otra situación, y la lesión del bien jurídico se ha producido, WELZEL aprecia un delito consumado, prescindiendo de que el resultado está autorizado.<sup>95</sup>

Este tipo de conclusiones ha provocado críticas, a menudo infundadas,<sup>96</sup> pero que han dificultado la comprensión del concepto del desvalor de acción<sup>97</sup> y, consiguientemente, la

<sup>86</sup> MIR, *Introducción*, págs. 280 y 281.

<sup>87</sup> Por otra parte, también se puede llegar a unos resultados parcialmente semejantes partiendo de otros puntos de vista. Así, por ejemplo, el positivismo de los italianos sostenía la punibilidad de la tentativa inidónea casi sin restricciones, como puede leerse en GAROFALO, *La Criminologie*, Paris, 1888, págs. 320 y sigts. Pero la coincidencia es superficial. Ese criterio enfatiza sólo la función "negativa" (COUSINÓ, I, 2, pág. 19) y defensiva del derecho penal y, justamente porque se considera a toda la acción y a su autor como consecuencias de la causalidad ciega, se intenta asegurar preventivamente a la comunidad contra el ataque mediante una prognosis relativa a la "peligrosidad" del sujeto. Se propugna, entonces, la punibilidad de la tentativa inidónea porque en ella se expresa la "temibilidad" del autor, no en atención al desvalor ético-social de que es portador el acto, pues este último no existe para tal punto de vista. La divergencia del enfoque fundamental se hace patente cuando el positivismo reclama responsabilidad penal a los inimputables, al paso que, por el contrario, estima (o debería estimar) innecesario el castigo, aunque el hecho sea portador de un desvalor de acción elevado, si la conducta se ha ejecutado en circunstancias irrepetibles y ha de negarse, por consiguiente, la peligrosidad del autor.

<sup>91</sup> *Infra*, 36, b). Cfr., además, JAKOBS, 25, 36, págs. 872 y 873, y SANCINETTI, MARCELO, *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa. Una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs*, Temis, Bogotá, 1995, 14, I, págs. 177 y sigts., los dos con bibliografía.

<sup>92</sup> WELZEL, 24, I, 5, pág. 262, sostiene que el legislador adopta esta decisión cediendo a una "mezcla" de "concepciones de raíces profundamente irracionales", según las cuales "el resultado también pertenece al hecho completo: asesino es sólo quien realmente ha dado muerte a otro".

<sup>93</sup> WELZEL, *Nuevo sistema*, IV, I, 2, pág. 75, lo expresa así: "Pues una acción es inadecuada o incorrecta -en resumen, no responde al cuidado- con independencia de que conduzca o no a un resultado no deseado. El desvalor de la acción, como tal, ni puede aumentar por la concurrencia del desvalor del resultado, ni disminuir por su falta".

<sup>94</sup> *Infra*, 36, III.

<sup>95</sup> WELZEL, 14, I, 3, b), págs. 121 y 122, MAURACH, I, 25, V, B, págs. 368 y sigts.; NIESE, *op. cit.* III, 2, b), págs. 284 y 285.

<sup>96</sup> Son grotescos, por ejemplo, los reparos que se oponen a la concepción de WELZEL en ZDRAVOMISLOV y otros, XX, 6, 8, págs. 547 y 548. Más allá de las apreciaciones políticas sesgadas que, a pesar de todo, son comprensibles con una visión unilateral acentuada, está el hecho de que esos autores no entienden en absoluto el sentido de lo que están comentando o, lo que sería peor, que lo distorsionan deliberadamente.

<sup>97</sup> En algunos casos se advierten dificultades para distinguir el desvalor de acción, entendido como la reprobabilidad general del hecho contrario al deber, de la reprochabilidad personal del autor por haberse comportado incorrectamente aunque podía hacerlo de otro modo. Véase, al respecto, *infra*, en este mismo apartado, cc), 2).

<sup>86</sup> WELZEL, I, I, pág. 12.

<sup>87</sup> WELZEL, I, I, pág. 15; NIESE, *La teoría finalista de la acción en el Derecho Penal Alemán*, apartado de la *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo XI, enero-julio de 1961, números 41-42, III, 2, pág. 283.

<sup>88</sup> *Infra*, 14, IV, véase, además, SUÁREZ MONTES, *Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuridicidad en el finalismo*, 1963, antes de I, pág. ii; en el mismo sentido, ARMIN KAUFMANN, *Estado de la doctrina del injusto*, en *Nuevo Pensamiento Penal*, N° 6, Buenos Aires, 1975, pág. 161.

ponderación de su importancia, no sólo en la determinación de las funciones del derecho penal, sino en la obtención de consecuencias prácticas adecuadas. Así, por ejemplo, no es cierto que la concepción de WELZEL signifique entronizar un "derecho penal del sentir",<sup>98</sup> en el que se castiga ya la "actitud mala del autor". Tanto WELZEL como sus seguidores han subrayado siempre que para la punibilidad es indispensable la exteriorización de la voluntad desobediente,<sup>99</sup> de manera que es erróneo atribuirles la idea de apoyar todo el injusto en factores subjetivos.<sup>100</sup> Por sus presupuestos filosóficos y su actitud general, WELZEL está lejos de ello. Pero como otorga una prevalencia tan marcada al desvalor de acción sobre el de resultado, algunas de sus consecuencias prácticas posponen la relevancia de los factores objetivos en la determinación de la ilicitud hasta aproximarse a las que defendería en esos casos el "derecho penal del ánimo".

Sin embargo, lo dicho no justifica rechazar el concepto del desvalor de acción ni las consecuencias que derivan de su reconocimiento. La solución debe encontrarse, más bien, en una apreciación equilibrada de su función y de la del de resultado en la constitución del injusto.

cc) En mi opinión, *el derecho penal cumple con su misión de preservar los valores elementales sobre los que descansa la convivencia, amenazando con una pena a quien lesiona o pone en peligro un bien jurídico mediante la realización de una acción o incurriendo en una omisión inadecuadas a sus prohibiciones y mandatos*. Por consiguiente, para la constitución del injusto penal se requiere tanto el *desvalor del resultado* como el *desvalor de la acción*.

1. El desvalor de resultado consiste en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico.

i) *Los bienes jurídicos son estados sociales valiosos, que hacen posible la convivencia y a los que, por eso, el ordenamiento jurídico les ha otorgado reconocimiento*.

Puesto que son *estados sociales*, los bienes jurídicos *preexisten* a su consagración como tales por el derecho, el cual se limita a conferirles ese carácter mediante el otorgamiento de su protección.<sup>101</sup> En efecto, la vida, la integridad corporal, la salud, el honor, la libertad, la probidad de los jueces y los funcionarios o la propiedad, existen y valen para sus titulares y para la sociedad *antes* de que el ordenamiento jurídico los reconozca. El derecho toma la decisión de preservarlos precisamente por esa razón, a causa de que percibe el significado de esos valores y la necesidad de conservarlos para asegurar la convivencia pacífica.

Los estados que constituyen el sustrato de los bienes jurídicos pueden adoptar distintas formas: un objeto psicofísico (la vida) o "espiritual-ideal" (el honor), un estado real (la intimidad de la morada), una relación vital (el parentesco), una relación jurídica (la propiedad) o la conducta que se espera de un tercero (la probidad

del funcionario público o la imparcialidad y sujeción al derecho del juez). Así, WELZEL los define en general como "cualquier estado social deseable que el derecho quiere resguardar de lesiones".<sup>102</sup>

Como BELING advirtió hace tiempo, para el legislador el acuñamiento de las figuras delictivas y, consiguientemente, la selección de los estados sociales a los que conferirá el carácter de bienes jurídicos "no significa ningún juego de capricho".<sup>103</sup> En efecto, sólo debe escoger aquellos cuya lesión o puesta en peligro constituye un riesgo para la convivencia porque deterioran las condiciones de supervivencia mínimas de la sociedad. Ahora bien, en el estado actual del desarrollo cultural de la humanidad, existe consenso en atribuir esa significación a algunos de tales estados, como la vida, la salud, la libertad ambulatoria y de autodeterminación sexual, etc. Pero la coincidencia no es completa, y cada ordenamiento jurídico tiende a extender el campo de la protección penal, incorporando bienes cuya importancia es discutible. La fijación de un límite a esta expansión es difícil aun en países que han logrado consolidar el Estado Democrático de Derecho.<sup>104</sup> Para orientar una solución hay que tener en cuenta, aparte de lo que ya se ha dicho,<sup>105</sup> que en la sociedad contemporánea se entiende que la soberanía procede del pueblo y que, por lo tanto, sólo se justifica la protección penal de bienes que pertenecen a todos los integrantes de la comunidad, y no sólo a grupos de clase, posición o poder, o a convicciones morales, religiosas o políticas determinadas.

La idea de que el derecho penal tiene por finalidad proteger bienes jurídicos se originó a fines del siglo XVIII. Pero los escritores liberales de la Ilustración no emplean este concepto, sino que se refieren a *derechos subjetivos*.<sup>106</sup> De acuerdo con su opinión, sólo pueden castigarse con una pena los hechos que lesionan a esas entidades espirituales (poderes), consustanciales a la naturaleza humana, pertenecientes al individuo, a las cuales se atribuye una existencia real susceptible de ser reconocida por la razón. De esta manera limitan el campo de lo punible, reservando la defensa penal sólo para las infracciones materiales a esos derechos, cuya *dañosidad social* es, por tal motivo, incuestionable. En esta concepción se inspira el *Code Pénal* francés de 1810, del cual son herederos el español de 1848-50 y, a través de éste, el chileno.

A medida que la complejidad de la sociedad contemporánea exigía al Estado una intervención mayor en el cumplimiento de tareas destinadas a salvaguardar intereses individuales y colectivos, el concepto de los derechos subjetivos resultó insuficiente para fundamentar la misión del derecho penal. Estas funciones estatales nuevas, que eran también decisivas para establecer una convivencia pacífica, no eran captadas correctamente por una noción construida de conformidad con la concepción individualista propia del liberalismo temprano.

De acuerdo con las informaciones disponibles, el primero en emplear el término *bien jurídico* fue BIRBAUM en 1874.<sup>107</sup> Sin embargo, quien lo impuso parece haber sido

<sup>98</sup> BAUMANN, 3. II. 2) a), pág. 14; *Derecho Penal* 1. I. 2. b), pág. 10, en donde se expresa con más reserva: "Estas opiniones... se encuentran siempre a poca distancia del precipicio del derecho penal del sentimiento". (El énfasis es mío).

<sup>99</sup> WELZEL, 1. I. 1, pág. 12; MAURACH, 1. 17. II, pág. 214; STRATENWERTH, 630 y sigts., págs. 200 y sigts.; COUSINO, 1. 2, pág. 19; CURY, 3. IV, a) pág. 30. Véase, además, NOVOA, *Causalismo y finalismo*, 17, pág. 101, quien, a pesar de su posición adversa al finalismo, lo reconoce en forma expresa: "Los partidarios de WELZEL podrían sostener que ellos no sustentan la idea de penar los puros pensamientos ni de que la ley pueda entrar en la interioridad del hombre no manifestada al exterior o de que pueda prescindirse en la acción de la exteriorización de ésta en el mundo real. Y eso es verdad". (El énfasis es mío)

<sup>100</sup> COUSINO, 1. 2, pág. 9.

<sup>101</sup> Este punto de vista corresponde al de LISZT, II, 14. 1. 1, págs. 6 y 7. *La idea del fin en el derecho penal*, traducción de Enrique Aimone, III, 2, pág. 85. En el mismo sentido, entre nosotros GRISOLIA-BUSTOS-POLITOFF, *Introducción*, III, pág. 30. Actualmente esta posición es dominante en el derecho comparado.

<sup>102</sup> WELZEL, 1. I. 1, pág. 15.

<sup>103</sup> BELING, *La doctrina*, pág. 5.

<sup>104</sup> Sobre este debate, véase principalmente la exposición sencilla pero convincente de GONZALEZ RUS, JUAN, *Bien jurídico y Constitución. Bases para una teoría*. Fundación Juan March. Serie Universitaria, Madrid, con Bibliografía. Asimismo HASSEMER, 5. II, págs. 36 y sigts.; JESCHECK, 26. I, págs. 231 y sigts.; ROXIN, 2. 28 y sigts., págs. 65 y sigts., y *Sentido y límites de la pena estatal*, cit. B. I, págs. 20 y sigts.; RUDOLPHI, HANS JOACHIM, *Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico*, traducción de Enrique Bacigalupo, en *Nuevo Pensamiento Penal*, año 4, Depalma, Buenos Aires, 1975, págs. 329 y sigts.

<sup>105</sup> Además de lo expresado precedentemente en el texto, véase supra, en este apartado, III, b).

<sup>106</sup> GONZALEZ RUS, op. cit. III, pág. 13; RUDOLPHI, op. cit., II, pág. 330.

<sup>107</sup> Véase, por todos, GONZALEZ RUS, op. cit., III, pág. 14; RUDOLPHI, op. cit., I, pág. 329; STRATENWERTH, 8, pág. 3.

BINDING,<sup>108</sup> que lo formalizó, poniéndolo al servicio de su concepción positivista del derecho: el bien jurídico es cualquier bien al que se ha otorgado protección jurídica. Con esto, el concepto ya no constituye un límite para el legislador, pues de éste depende conferir tal carácter a cualquier interés individual o social.

Por esto, es importante el giro que realiza LISZT cuando atribuye al bien jurídico un contenido material preexistente a su reconocimiento por el derecho.<sup>109</sup> Pero no consiguió hacerlo prevalecer. Durante gran parte del siglo XX el bien jurídico es, sobre todo, un concepto metodológico que se aproxima mucho a la idea de *ratio legis*, cuya función principal consiste en servir de instrumento para la interpretación de las normas y no de garantía política frente a la expansión de las pretensiones punitivas del Estado.<sup>110</sup> Debido a la enorme influencia del pensamiento europeo en nuestro medio, esta noción formalizada corresponde a la que se expone en las obras de autores chilenos hacia la década del sesenta.<sup>111</sup> Solamente GRISOLIA defendió explícitamente otro punto de vista en esa etapa.<sup>112</sup>

Es WELZEL, precisamente, quien inicia el movimiento que devuelve al bien jurídico su contenido material y la función consiguiente de limitar el arbitrio legislativo en la consagración de tipos penales.<sup>113</sup> En efecto, él lo vincula con las valoraciones ético-sociales, anteponiendo la vigencia de éstas a los propósitos ordenadores del legislador. Asimismo, él es quien introduce la idea de que el bien jurídico presupone un "estado social deseable", en lugar de un simple "interés", con lo cual materializa aún más el concepto, porque ya no depende de una pura apreciación sino de una situación objetiva.<sup>114</sup> Esto se reconoce ahora de manera amplia en la literatura y nada tiene que ver con que, a juicio de WELZEL, el modo preferible de defender los bienes jurídicos consiste en acentuar la prevalencia del desvalor de acción por sobre el de resultado. Tal conclusión es, más bien, una consecuencia de la significación que WELZEL atribuye a esos bienes, por lo cual su defensa no debe limitarse a la prohibición de lesionarlos o ponerlos en peligro, sino que exige también -y, en su opinión, principalmente- el acatamiento subjetivo de su vigencia.<sup>115</sup>

A partir de este momento se produjo el rescate progresivo de la concepción de LISZT<sup>116</sup> y un esfuerzo creciente por dar cada vez más concreción a su noción material del bien jurídico.

Sin embargo, el bien jurídico tal como lo entiende LISZT tiene un carácter *prejurídico*. Por tal motivo, cumple bien la función político-criminal de limitar el arbitrio legislativo, permitiendo exigir que sólo se consagren tipos destinados a salvaguardar intereses reales y preexistentes a su acuñación. En cambio, no se lo puede emplear como instrumento dogmático de interpretación teleológica, debido a que no procede del derecho en vigor.<sup>117</sup>

En Alemania, España o Italia, esto se ha solucionado -o, por lo menos, se intenta hacerlo- obteniendo un concepto material de las constituciones respectivas, cuya afirmación del Estado Democrático (y Social) de Derecho constituye el punto de apoyo dogmático para esa elaboración.<sup>118</sup> De esta manera, los tipos penales encuentran un límite en los principios fundamentales sobre los que descansa la idea del Estado de Derecho y no pueden atribuir el carácter de bienes jurídicos a prescripciones morales o ideológicas, lesionando las libertades básicas de los ciudadanos amparadas por la Carta Fundamental. Al mismo tiempo, el concepto de bien jurídico extraído del texto constitucional es capaz de cumplir también la función hermenéutica que se le había asignado a la noción formalizada imperante a principios del siglo, y para la cual esta era en verdad inútil a causa de su vacuidad.

A partir de las reformas que se le introdujeron en 1989, de la C.P.R. han desaparecido casi todas las disposiciones que dificultaban entre nosotros el empleo de este procedimiento y se citaban en la edición anterior de este libro.<sup>119</sup> Por consiguiente, a partir de ellas ese camino se encuentra expedito y perfeccionarlo depende de la elaboración jurisprudencial. El punto de partida es que en una "república democrática" (art. 4º de la C.P.R.) en la cual "el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana" y "es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes" (art. 5º inc. segundo de la C.P.R.), la función primordial de la Constitución consiste precisamente en la preservación de estos derechos, consagrándolos explícitamente, amparando al ciudadano contra abusos del poder que los lesionen pero, también, de manifestaciones legislativas que los desconozcan. A esta idea fundamental tienen que subordinarse todas las normas y, cuando la contradicen, son inválidas, incluso si alguna se contiene en el mismo texto constitucional pero se refiere a materias que, respecto de ella, son secundarias. Desde esta perspectiva es posible a los tribunales y la dogmática penal elaborar el concepto de bien jurídico en una forma semejante a la propuesta por la doctrina europea. En esta obra no cabe desarrollar más extensamente el criterio expuesto.<sup>120</sup> En todo caso, debe consignarse que hasta ahora la jurisprudencia sólo ha acogido en forma parcial las ideas que lo sustentan.

Finalmente, vale la pena destacar que, aunque el concepto del bien jurídico no es manejado por el derecho anglosajón de la manera en que lo hace la doctrina continental, la idea de emplear como límite trascendente a la legislación penal el estatuto de garantías constitucionales se ha impuesto implícitamente en los Estados Unidos de Norteamérica a través de algunas decisiones de la Corte Suprema sobre inconstitucionalidad de normas punitivas. En ese país, en efecto, el más alto tribunal de la federación ejerce un enérgico control, tanto sobre el ordenamiento jurídico federal como sobre los estatales, lo cual lo ha constituido históricamente en garante de las libertades ciudadanas y del Estado Democrático de Derecho.

Una posición contrastante con la expuesta expresa en la actualidad Jakobs, quien sostiene que "el rendimiento positivo de los esfuerzos por conseguir un concepto de bien jurídico es escaso"<sup>121</sup>, agregando que "bien jurídico-penal es la validez fáctica de las normas, que garantizan que se puede esperar el respeto a los bienes, los roles y la paz jurídica".<sup>122</sup> Pero ya

<sup>108</sup> STRATENWERTH, 8, pág. 3.

<sup>109</sup> Supra, nota 101.

<sup>110</sup> GONZALEZ RUS, op. cit., quien proporciona además una explicación histórica, filosófica y política de esta evolución. Una versión acentuada de esta concepción desvalorizada del bien jurídico es apreciable en ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, segunda edición, Dott. A. Giuffrè, Editor, Milano, 1949. "Quienquiera... se percate plenamente de la transformación que tiene lugar en el derecho penal y de la impronta cada vez más subjetiva que va asumiendo el derecho mismo, no puede no reconocer que la importancia del bien jurídico no sólo dista de ser grande en la actualidad, sino que está destinada con el tiempo a disminuir aún más".

<sup>111</sup> Así, en ETCHEBERRY, I, pág. 29, se hace depender la existencia de los bienes jurídicos del "sistema de valores filosóficos y políticos" que profesa el legislador. Por su parte, NOVOA, I, 2, págs. 14 y 15, se aproximaba entonces mucho al criterio de BINDING. Por el contrario, en *Causalismo y finalismo*, 20, págs. 111 y sigts, presenta una noción material: "Sólo un concepto de bien jurídico que aborde el contenido sustancial de éste y que lo ligue directamente con el valor que determinados intereses, derecho o situaciones institucionales de la vida real invisten para el ordenamiento jurídico será apto para explicar la existencia misma del Derecho Penal y para imprimir carácter a la noción de injusto" (pág. 113). Pero todavía no se decide a conferirle una función limitadora para el legislador.

<sup>112</sup> GRISOLIA, *El objeto jurídico del delito. Ensayo de una Teoría General*. Separata de la R.C.P., tomo XVII N° 3, Santiago, 1959, VI, págs. 27 y sigts.

<sup>113</sup> BUSTOS, *Política Criminal e Injusto*, cit. 3, pág. 75; GONZALEZ RUS, op. cit., III, pág. 21; ROXIN, 2, 35, pág. 69, y *Política criminal y sistema del Derecho Penal*, cit. V, 3, pág. 37; RUDOLPHI, op. cit., IV, pág. 343.

<sup>114</sup> RUDOLPHI, op. cit., IV, págs. 342 y 343.

<sup>115</sup> WELZEL, *La teoría de la acción finalista*, traducción de Carlos Fontán Balestra, Depalma, Buenos Aires, 1951, I, págs. 12 y 13: "La misión principal del derecho penal no es, como creyó la teoría anterior, de índole preventiva, sino ético-social. Mas esencial que el amparo de los bienes jurídicos concretos, es la misión de asegurar en los ciudadanos el permanente acatamiento legal ante los bienes jurídicos, es decir, la fidelidad frente al Estado, el respeto de la persona (de la vida ajena, la salud, la libertad, el honor, etc)" (El énfasis es mío). Basta leer estas líneas para advertir que en ellas la valoración del bien jurídico como concepto material está acentuada hasta el extremo, a causa de lo cual se aboga por atribuirle al derecho penal la misión de asegurar su acatamiento con prevalencia sobre la de impedir solamente su lesión o puesta en peligro. Por tal motivo, constituye un mal entendido de NOVOA, *Causalismo y finalismo*, 20, pág. 111, afirmar que el concepto de bien jurídico "erosiona" la construcción teórica de los autores finalistas. La posición de WELZEL con respecto a la protección de bienes jurídicos es bien aclarada por ROXIN, 2, 34, págs. 68 y 69.

<sup>116</sup> ROXIN, *Franz von Liszt y la concepción político-criminal del Proyecto Alternativo*, en *Problemas Básicos*, cit., II, 4, págs. 45 y sigts.

<sup>117</sup> RUDOLPHI, op. cit., IV, pág. 337.

<sup>118</sup> GONZALEZ RUS, op. cit., IV, págs. 23 y sigts., RUDOLPHI, op. cit., IV, págs. 337 y sigts.

<sup>119</sup> CURY, I, 1, III, c), cc), 1), pág. 23.

<sup>120</sup> Véase, con todo, supra, en este mismo apartado, III, b).

<sup>121</sup> JAKOBS, 2, 22, pág. 55.

<sup>122</sup> JAKOBS, 2, 25ª, pág. 58.

en esta formulación, así como en la exposición posterior de Jakobs permanece latente la idea de que, si bien se puede "modificar" el procedimiento de protección de los intereses jurídicos —por ejemplo, anticipando la punición o, a la inversa, renunciando a ella en muchos casos— en última instancia sólo esa finalidad protectora justifica las amenazas penales y su realización en los casos concretos. Si no fuera así, a nadie podría interesar seriamente "la validez fáctica de las normas", cuyo contenido sería indiferente para el ciudadano común.

ii) *La lesión del bien jurídico consiste en la destrucción, deterioro, supresión o menoscabo del estado social deseable protegido por el derecho.* Tiene carácter objetivo, en el sentido de que existe o no, con prescindencia de las percepciones o juicios del autor o de un tercero. Debe distinguírsele siempre de los resultados materiales del hecho punible, con los cuales a veces tiende a confundirse. Así, por ejemplo, en un homicidio la lesión del bien jurídico es la destrucción de la vida en cuanto derecho reconocido a la víctima por el ordenamiento jurídico, y el resultado material, la interrupción física de las funciones vitales de un hombre; en la falsificación de un documento público, la lesión del bien jurídico es el menoscabo a la seguridad del tráfico jurídico, y el resultado material puede faltar por completo —en las falsificaciones ideológicas— o consistir en algo como la contrafacción del instrumento —en las falsificaciones materiales— que, de todas maneras, es en sí jurídicamente irrelevante.

iii) *El peligro consiste en el pronóstico efectuado por un observador imparcial, en conformidad a las reglas de la experiencia, de que en el caso dado la acción ejecutada por el autor puede ocasionar la lesión del bien jurídico.*<sup>123</sup>

A diferencia del de lesión, el concepto de peligro descansa sobre un juicio (el pronóstico), que se pronuncia de acuerdo con las reglas que regulan los hechos de la naturaleza. Es, por consiguiente, *normativo*. Pero esto no quiere decir que se trata de un diagnóstico hecho al azar, pues debe contar con la base *objetiva* fundada en la experiencia general, sobre la probabilidad de que la acción ocasione el resultado. Por tal motivo se debe estar a la opinión del *observador objetivo*, esto es, *del hombre razonable que posee conocimientos apropiados sobre las leyes causales aplicables al caso (conocimiento nomológico)*. En la práctica este observador es el juez, quien debe procurarse los antecedentes necesarios mediante el estudio de los hechos y la información pericial relativa a los aspectos técnicos implicados.

El pronóstico recae sobre el *caso dado*, es decir, *tal como se lo representaba* el autor, lo cual depende de la *información de que disponía sobre las circunstancias objetivas concurrentes al hecho (conocimiento ontológico)*. Por eso, para efectuarlo, el juez tiene que imaginarse presente en el momento de ocurrir este último, y disponiendo de los mismos datos objetivos que el autor tenía en ese instante sobre las circunstancias concomitantes concretas. A este juicio, que se emite *después*, pero suponiendo

do que se lo hace en las condiciones que existían *antes*, se lo denomina *juicio ex ante, prognosis póstuma o prognosis posterior*.<sup>124</sup> Es, pues, un pronóstico *relativo* al hecho *concreto*, entre cuyos componentes fácticos se encuentra también la percepción que el autor tenía de él.

Finalmente, para que exista peligro basta con que de acuerdo a la prognosis posterior la lesión del bien jurídico sea *posible* dentro de términos razonables. No es necesaria la "probabilidad" entendida como un "alto grado de posibilidad".<sup>125</sup>

Ejemplos: *Existe peligro* cuando el autor realiza maniobras abortivas sobre una mujer que no está embarazada, si él creía, por razones objetivas, en la existencia de la preñez. Por el contrario, *no lo hay*, si estaba consciente de que el embarazo era aparente, porque había examinado a la paciente y verificado su estado real.<sup>126</sup> *Hay peligro* si el autor dispara sobre la víctima con un arma que él había cargado, pero a la que en el intervalo un tercero había quitado las balas subrepticamente (conocido como "caso Albrecht"); *no existe*, en cambio, si gatilla la pistola descargada, porque es tan ignorante en materia de armas de fuego que las supone capaces de matar con sólo accionar el disparador.

La prognosis póstuma plantea dificultades prácticas, por las inseguridades que implica siempre un juicio.<sup>127</sup> Sin embargo, estos inconvenientes son inevitables para el derecho, puesto que su misión consiste, precisamente, en efectuar valoraciones e imponer su acatamiento para el logro de fines sociales. La experiencia enseña que cuando se trata de eludir un problema de esta clase en una parte del sistema —arriesgándose incluso a distorsionarlo— reaparece en otra.<sup>128</sup> Para combatir la inseguridad es más apropiado elaborar criterios cada vez más diferenciados y precisos por grupos de casos, a fin de disminuirla al máximo. Por lo demás, quienes impugnan el procedimiento de prognosis póstuma por su falta de precisión, sólo proponen sustituirlo por otros, que son lógicamente indefendibles, o terminan renunciando a cualquier consideración del disvalor de resultado lo cual, por supuesto, es socialmente aún más riesgoso.<sup>129</sup>

2. *El desvalor de acción consiste en la reprobabilidad ético-social objetiva de la conducta que exterioriza una voluntad inadecuada a los mandatos o prohibiciones mediante los cuales el derecho asegura el respeto por los bienes jurídicos.*

Los distintos casos en los que una conducta es portadora de este desvalor serán examinados más adelante.<sup>130</sup>

La inadecuación objetiva de la conducta se establece en *abstracto*. Es, por consiguiente, un juicio referido al *deber*; y hay que diferenciarlo del reproche que luego se dirige al autor porque lo ejecutó *pudiendo* abstenerse de hacerlo en el caso concreto.<sup>131</sup> Cuando un enfermo mental da muerte dolosamente a otra persona realiza una acción ética y social-

<sup>124</sup> STRATENWERTH, 684, pág. 213.

<sup>125</sup> Otra opinión en RODRIGUEZ MOURULLO, I, XVI, V, 2, pág. 338. Pero esto es sólo aparente, porque él atribuye a la probabilidad precisamente todo aquello que es razonablemente posible.

<sup>126</sup> En este caso el aborto fingido debe quedar impune. Pero puede apreciarse un atentado a la propiedad si la superchería tuvo por objeto obtener ventajas patrimoniales aprovechándose de las creencias equivocadas de la mujer.

<sup>127</sup> STRATENWERTH, 216 y sigts., págs. 82 y sigts., que se ocupa del problema en relación con la *teoría de la adecuación*.

<sup>128</sup> STRATENWERTH, 217, pág. 83.

<sup>129</sup> Véase, al respecto, con cierto detalle, infra, 36, III.

<sup>130</sup> Infra, 16 y sigts.

<sup>131</sup> Infra, 25, I, a).

<sup>123</sup> Esta concepción de peligro, con algunas modificaciones, coincide con la de LISZT, II, 28, II, 3, pág. 301. También lo defiende RODRIGUEZ MOURULLO, XVI, V, 2, págs. 336 y sigts., con detalle y bibliografía. Pero el punto de vista que más se asemeja al del texto pertenece a MIR, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Bosch, Barcelona, 1982, pág. 65. No obstante, la sistemática de MIR difiere de la mía, porque él no atribuye el peligro así configurado al desvalor de resultado sino que lo considera una característica del "comportamiento peligroso". Por eso cree que la lesión efectiva del bien jurídico no constituye el injusto del delito y sólo puede ser tomada en cuenta como una prueba sobre la peligrosidad que entraña la realización de la acción" (op. cit., pág. 66). Esto lo conduce a consecuencias prácticas diferentes de las que se expondrán en el texto más adelante, infra, en este mismo párrafo, 3).

mente inadecuada que, sin embargo, a él no se le puede reprochar personalmente a causa de su incapacidad para autodeterminarse conforme a derecho. El ordenamiento jurídico quiere impedir también que los enfermos mentales maten a otros; pero si el hecho ocurre, no puede "cargárselo a su cuenta", porque ellos no están en condiciones de acatar sus mandatos o prohibiciones.

3. Puesto que el desvalor de la acción y del resultado son ambos indispensables para justificar la intervención del derecho penal, *si falta uno de ellos no puede imponerse una pena, y si cualquiera de los dos se encuentra reducido, ello tiene que expresarse también en una atenuación de la punibilidad.*

Ejemplos: 1) Cuando se produce una tentativa absolutamente inidónea, como si alguien trata de dar muerte a su enemigo valiéndose de hechizos, *no existe desvalor de resultado*, porque el observador imparcial razonable juzgará que esa conducta no crea peligro para la vida de la presunta víctima; por consiguiente, no debe imponerse pena. 2) La conducta del que guía su automóvil con prudencia y da muerte a un suicida que se arroja de manera imprevisible bajo las ruedas del vehículo es adecuada a los mandatos del derecho, es decir, justa. En este caso falta el *desvalor de acción* y, por supuesto, se excluye la punibilidad. 3) En la tentativa *el desvalor de resultado es inferior* que en el delito consumado, pues ella sólo pone en peligro el bien jurídico pero no lo lesiona. Por eso, es correcto que la pena con que se amenaza a la tentativa sea inferior a la establecida para el delito consumado. 4) La inadecuación al derecho de la conducta imprudente es menor que la de la dolosa. En consecuencia, como *su desvalor de acción es reducido*, sólo se la debe sancionar con una pena cuando se le suma un desvalor de resultado considerable, es decir, la lesión efectiva de un bien jurídico de gran valor (porque no basta el puro peligro la tentativa de un delito culposo es impune; porque el bien jurídico no es de suficiente valor, tampoco se castiga el delito imprudente de hurto consumado, etc.).

Las consecuencias expuestas en este párrafo son discutidas.

RODRIGUEZ MOURULLO sostiene que la ausencia del desvalor de acción es impotente "para excluir la antijuridicidad cuando concurre el desvalor de resultado".<sup>132</sup>

Cita como ejemplo el error sobre la concurrencia de los presupuestos de una causal de justificación. En esta situación no concurriría desvalor de acción y, sin embargo, el propio WELZEL considera que subsiste el injusto (la antijuridicidad). Pero la objeción sólo es contundente si se está de acuerdo con RODRIGUEZ MOURULLO en el sentido de que en estos casos falta el desvalor de acción. En mi opinión, ese no es el caso, pues las causales de justificación no son más que autorizaciones especiales para la realización de una acción en sí desvaliosa.<sup>133</sup>

En otro sentido, autores como JESCHECK<sup>134</sup> y ROXIN<sup>135</sup> afirman que, cuando se dan los requisitos objetivos de una causal de justificación pero el autor lo ignora, de manera que no está presente el elemento subjetivo correspondiente, hay que castigar por una tentativa a pesar de que "no existe desvalor de resultado". Es decir, en este caso la ausencia del desvalor de resultado no sería óbice para la imposición de una pena. De acuerdo con el punto de vista que he desarrollado más arriba la solución es correcta,<sup>136</sup> pero la fundamentación, distinta. En el caso propuesto, en efecto, el desvalor de resultado no consiste en la lesión del bien jurídico, porque ésta se encontraba autorizada objetivamente

por el derecho; pero, en cambio, como el observador imparcial, al efectuar la prognosis posterior con el conocimiento de las circunstancias de que disponía el autor, apreciaría un peligro, éste subsiste y permite fundamentar el desvalor de resultado que autoriza a constituir el injusto de la tentativa punible.

4. Los criterios que se han defendido aquí habilitan, en principio, para comprender el sistema de derecho penal que rige en nuestro país. En efecto, hay aspectos de la ley chilena, como la punibilidad de la tentativa y el delito frustrado,<sup>137</sup> la apreciación unitaria de los hechos ejecutados por varios partícipes,<sup>138</sup> o los requisitos de las causales de justificación,<sup>139</sup> que no se pueden explicar si no se concede la debida importancia al desvalor de acción en la constitución del injusto. A su vez, la significación del desvalor de resultado es imprescindible para fundamentar la impunidad de la tentativa absolutamente inidónea (tentativa irreal),<sup>140</sup> la de la tentativa de participación<sup>141</sup> o la del delito imprudente sin lesión o con una lesión de poca trascendencia.<sup>142</sup>

En la práctica, sin embargo, la ley vigente no es siempre consecuente con estos puntos de partida. Ya se ha destacado que en ella se consagran tipos penales que no cumplen con la exigencia de proteger bienes jurídicos auténticos,<sup>143</sup> traspasando a menudo las fronteras de la moderación y tolerancia que han de caracterizar a la legislación de un Estado de Derecho. Por otra parte, también existen figuras delictivas cuyo injusto se ha establecido sin tener en cuenta para nada el desvalor de resultado. Así sucede con los *delitos de peligro abstracto*<sup>144</sup>, mediante los cuales se castigan puras desobediencias. Finalmente, en algunos casos la ley sanciona hechos en los que no concurre el desvalor de acción, como sucede con los *delitos calificados por el resultado*.<sup>145</sup> Para la cultura político-jurídica de nuestro tiempo todas estas son situaciones repudiadas.

dd) El derecho penal no puede cumplir su misión de proteger los bienes jurídicos en la misma forma respecto de todos los participantes en la convivencia, porque no todos ellos están en condiciones de reaccionar en la forma normal ante sus exigencias. A la mayoría le exige que acate sus mandatos de no ejecutar conductas inadecuadas que los lesionen o pongan en peligro y, para *motivarlos*<sup>146</sup> a que lo hagan, amenaza la trasgresión con una pena. Pero en la sociedad existen personas de las que no puede esperarse que reaccionen apropiadamente frente a la perspectiva de la sanción porque no están capacitadas para *autodeterminarse* correctamente a causa de que no distinguen lo justo de lo injusto o de que sus controles inhibitorios

<sup>137</sup> Infra, 36, II.

<sup>138</sup> Infra, 37, I.

<sup>139</sup> Infra, 23, I, b).

<sup>140</sup> Infra, 36, III, b), ee).

<sup>141</sup> Infra, 38, I, c), bb).

<sup>142</sup> Supra, en el párrafo precedente, 3), e infra, 19, V.

<sup>143</sup> Supra, I, III, b). En el estudio de la Parte Especial esto se hace patente de una manera dramática.

<sup>144</sup> Infra, 17, II, b).

<sup>145</sup> Infra, 20, I.

<sup>146</sup> Sobre la función motivadora de la norma penal véase ENRIQUE GIMBERNAT, *¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?*, Temis, Bogotá, 1983, II, 2, págs 11 y sigs., y MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal y Control Social*, cit., II, págs. 31 y sigs.

<sup>132</sup> RODRIGUEZ MOURULLO, I, XVI, V, 1, pág. 335

<sup>133</sup> Véase, infra, 16, III, c).

<sup>134</sup> JESCHECK, 31, IV, 2, pág. 296.

<sup>135</sup> ROXIN, *Teoría*, pág. 254.

<sup>136</sup> Véase también infra, 36, III, b), ee).

están dañados o insuficientemente desarrollados.<sup>147</sup> A ellas, por consiguiente, la amenaza de la pena no puede inducir las a detenerse, y a su respecto el ordenamiento punitivo debe limitarse a cumplir una función preventiva, renunciando a la aspiración de formarlas en el acatamiento de los valores ético-sociales: para esto echa mano de las *medidas de seguridad y resocialización*, que se aplican, *en lugar de la pena*, a sujetos que padecen de profundas perturbaciones psíquicas o son aún inmaduros.

Hay, además, otros individuos con un deterioro severo y más o menos permanente de la personalidad, motivado por malformaciones psíquicas más superficiales, experiencias traumáticas, defectos de educación, alteraciones del medio, etc.<sup>148</sup> Por regla general, ellos no están inhabilitados para autodeterminarse según las exigencias del derecho, pero su capacidad de hacerlo se encuentra debilitada. A su respecto, pues, pueden cumplirse al mismo tiempo las funciones ético-social y preventiva del derecho penal. Para ello se acude al sistema de *doble vía o duplo binario*,<sup>149</sup> que consiste en la irrogación tanto de una pena como de una medida de seguridad o resocialización, cuya ejecución puede ser sucesiva, simultánea o sustitutiva (*sistema vicarial*).

En la práctica, el derecho penal contemporáneo en todas las naciones es de doble vía, a pesar de que a esta se la hace objeto de críticas severas. Por una parte, se observa que las medidas de seguridad y resocialización impuestas en forma coactiva significan, de todas maneras, un mal para el sujeto.<sup>150</sup> En ciertos casos esto es tan evidente que KOHLRAUSCH lo calificó como "fraude de etiquetas", pues afirmaba que "el paso de presidio (pena) a internamiento de seguridad (medida) se agotaba frecuentemente en la traslación del preso, bajo un régimen invariable, del ala oriental a la occidental del establecimiento".<sup>151</sup> Pero también la ejecución de otras medidas más benignas importa una irrupción en la personalidad del individuo cuyos efectos son difíciles de evaluar.<sup>152</sup> Por otro lado, la institución misma de las medidas de seguridad y resocialización se mira con desconfianza, a causa de que su imposición no se vincula a la culpabilidad,<sup>153</sup> sus presupuestos son imprecisos y en la ley sólo pueden perfilarse de modo general, su duración es indeterminada y el juicio de prognosis relativo a la incapacidad para dejarse determinar por el derecho (peligrosidad), inseguro.<sup>154</sup> Finalmente, se objeta también la idea misma de la *resocialización* en tanto implica una socialización determinada por las opiniones de los grupos hegemónicos, sin tener en cuenta la de quienes la conciben de una manera distinta, todo lo cual puede conducir al "totalitarismo de uno, algunos, o de la mayoría sobre la minoría".<sup>155</sup>

<sup>147</sup> WELZEL, I, II, págs. 17 y sigts.

<sup>148</sup> BAUMANN, 3, II, 2, b), pág. 15; JESCHECK, I, II 2, págs. 4 y 5

<sup>149</sup> BAUMANN, 3, II, 2, B), pág. 15; JESCHECK I, II, 3, págs. 5 y 6; MAURACH, I, 7, III, pág. 83; MEZGER, *Libro de Estudio*, I, 4, II, págs. 27 y 28; WELZEL, I, II, 2, pág. 21.

<sup>150</sup> SCHMIDTHÄUSER, 2, III, 19, pág. 21 y 3, III, 30, pág. 45; CURY, *Programa de la pena*, en *Revista Mexicana de Prevención y Readaptación Social*, 7, 1973, VI, págs. 14 y 15.

<sup>151</sup> Cfr. MAURACH, II, 66, IV, C, 2, pág. 283.

<sup>152</sup> Véase supra, nota 144.

<sup>153</sup> ROXIN, *Iniciación*, págs. 50 y sigts.

<sup>154</sup> HELENO FRAGOSO, *Leções de Direito Penal*, Sao Paulo, 1976, I, 10, pág. 10; JESCHECK, I, II, 3, pág. 6. Véase, asimismo, el conjunto de trabajos reunidos en el volumen *Peligrosidad y Medidas de Seguridad (La ley de peligrosidad y rehabilitación social de 4 de agosto de 1970)*, Universidad de Valencia, 1974. En especial, J.R. CASABO RUIZ, *El fundamento de la medida de seguridad*, págs. 35 y sigts. y *Actualidad del pensamiento histórico sobre la legislación penal preventiva*, pág. 61; V. FAIREN GUILLEN, *El proceso por peligrosidad sin delito en el derecho comparado*, págs. 151 y sigts., y RODRIGUEZ MOURULLO, *Medida de Seguridad y Estado de Derecho*, págs. 343 y sigts.

<sup>155</sup> BUSTOS, *Pena y Estado*, en *Bases críticas*, 2, págs. 147 y 148.

Por los motivos expuestos, la literatura contemporánea expresa desencanto por no poder prescindir de la dualidad de pena y medida.<sup>156</sup> Por desgracia, ella es inevitable, al menos en el presente.

En efecto, sería deseable que al autor del hecho injusto sólo se le impusiera un mal adecuado a su culpabilidad por la acción ejecutada, es decir, una pena. El ideal es que si además es preciso actuar sobre su personalidad para corregirlo, se contase con su consentimiento y el tratamiento se desarrollara durante el periodo de ejecución de la pena, e, incluso, que apareciera sólo como una forma de ejecución de esta.<sup>157</sup> Ni lo uno ni lo otro es posible por completo pues, aun diversificando las formas de ejecución de la sanción a fin de ofrecer más alternativas para que se adecue simultáneamente a los límites impuestos por la reprochabilidad y a la necesidad de resocialización, siempre existirá un número de casos en los que la congruencia de ambos factores será imposible;<sup>158</sup> entretanto, no siempre puede esperarse que el sujeto acepte ser tratado y colabore a su recuperación, incluso prescindiendo de consideraciones atendibles sobre la discrepancia que agravan más el problema.<sup>159</sup> De este modo el derecho penal, al cual compete manejar la indeseable reacción punitiva, ha de asumir también la responsabilidad de manipular esta otra, aún más lamentable. Pero, por eso mismo, es inaceptable que delegue esa tarea en otros ordenamientos que ofrecen al ciudadano menos garantías.<sup>160</sup> De *lege ferenda* las medidas sólo deben aceptarse cuando su imposición tiene como presupuesto a lo menos la ejecución de un hecho típico y antijurídico (*medidas postdelictuales*) siendo, en cambio, intolerables las que se funda únicamente en una prognosis insegura sobre la peligrosidad del sujeto, no exteriorizada todavía en actos típicos (*medidas predelictuales*),<sup>161</sup> como algunas de las que contempla la Ley 16.618, sobre Menores, que me parece especialmente desafortunada. Asimismo, la irrogación de la medida ha de ser materia de un procedimiento penal, seguido ante el juez competente para conocer de causas criminales y rodeado de las garantías correspondientes.<sup>162</sup> Por esto cabe deplorar el régimen de excepción que consagra la Ley 16.618 respecto a los menores. Por último, si bien la magnitud de las medidas de seguridad y resocialización no depende de la culpabilidad sino de la peligrosidad del sujeto, no debe imponerse una que sea desproporcionada al hecho cometido, al temor de que incurra en otras infracciones o al peligro efectivo que genera su presencia en la sociedad.<sup>163</sup> Por consiguiente, aunque el pronóstico sobre la peligrosidad del autor sea sombrío, no puede someterse a una medida que importa una privación de libertad

<sup>156</sup> JESCHECK, I, II, 3, pág. 6; BUSTOS, *Pena y Estado*, cit. 2, pág. 150: no "tiene sentido una diferenciación entre penas y medidas, lo que sólo es producto de una determinada etapa histórica, que en la actualidad ha quedado superada". Otra opinión, pero que también se orienta a concluir con la distinción. ROXIN, *Franz von Liszt y la concepción político criminal del Proyecto Alternativo*, III, 3, págs. 57 y sigts.

<sup>157</sup> CURY, *Programa de la pena*, cit., III y IV, págs. 9 y sigts. y *Contribución al estudio de la pena*, en R.C.P., tomo XXXII N° 1, 1973, 3, IV, págs. 60 y sigts. De manera amplia se pronuncia sobre este tema MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal y Control Social*, cit., III, págs. 51 y sigts.

<sup>158</sup> CURY, *Programa de la pena*, cit., VI, págs. 14 y sigts.

<sup>159</sup> Supra, nota 149.

<sup>160</sup> Cfr. supra, I, 1, antes de a).

<sup>161</sup> Así, CEREZO, I, pág. 38; JESCHECK, I, II, 3, pág. 6; WELZEL, I, II, pág. 20. Acepta medidas, aunque no se haya ejecutado un hecho típico SCHMIDTHÄUSER, 2, III, 18, pág. 20: ese es también el sentido de lo que expresa COUSIÑO, I, 1, B, 2°, pág. 11. Por el contrario, MAURACH, II, 32, B, 2, pág. 42, de acuerdo a su concepción particular sobre la estructura de la culpabilidad (atribuibilidad), exige más que el texto, pues sólo acepta la imposición de una medida cuando, además de la antijuridicidad, concurre la "responsabilidad" del autor, esto es, si "se ha comportado en la situación dada, de modo distinto a como cualquier hombre hubiera actuado en la misma situación". Sobre los fundamentos de este punto de vista, véase infra 29, I.

<sup>162</sup> JESCHECK, op. y loc. cit., en nota anterior. Parcialmente de otra opinión es FAIREN GUILLEN, *El proceso por peligrosidad sin delito en el derecho comparado*, cit., 10, págs. 68 y sigts., quien se pronuncia por un proceso jurisdiccional pero "especializado". También así M. PASTOR LOPEZ, *Aspectos orgánicos y funcionales de la ley de peligrosidad y rehabilitación*, en *Peligrosidad social y medidas de seguridad*, cit. págs. 311 y sigts.

<sup>163</sup> JESCHECK, 4, II, 2, pág. 22; ROXIN, *Franz von Liszt y la concepción político criminal del Proyecto Alternativo*, cit., III, 3, pág. 58: "A la sanción preventiva de una conducta socialmente insoportable la llamamos... medida de seguridad (si está limitada) por el principio de proporcionalidad".

prolongada si sólo ha sustraído unas cosas de valor insignificante. La medida también tiene que determinarse, en definitiva, de acuerdo con la situación concreta; no según previsiones abstractas.<sup>164</sup>

d) El *derecho penal*, por la naturaleza de las funciones que debe cumplir, constituye un sistema de control social.<sup>165</sup> De acuerdo con lo que se ha expuesto, su misión es obtener que los integrantes de la sociedad se comporten de un cierto modo y no de otro, con el objeto de asegurar la convivencia pacífica, esto es, de solucionar los conflictos que se producen entre ellos. Para hacerlo, parte del supuesto de que un estado de cosas es más deseable que otro e impone su respeto sirviéndose de la amenaza de la pena o recurriendo a la medida preventiva. Pero el orden que defiende no es absoluto. Por el contrario, depende de las particularidades de la estructura social. Una de las tareas más importantes que competen al jurista es efectuar la crítica de esa estructura, a la luz de convicciones más altas sobre lo justo y lo injusto y sobre el destino y la dignidad del hombre.

El derecho penal es el sistema de control social más enérgico y, a causa de ello, se ha impuesto la necesidad de *formalizarlo* para proteger al ciudadano contra excesos del poder estatal.<sup>166</sup> Sin embargo existen muchos otros sistemas de control social informales, cuya importancia es probablemente mayor que la del ordenamiento punitivo<sup>167</sup> y sin cuya intervención éste sería ineficaz o no subsistiría siquiera. Así, por ejemplo, las normas que regulan la coexistencia familiar, educacional, laboral, o las que configuran las relaciones sociales; los preceptos éticos y las reglas de conducta impuestas por la religión, constituyen otros tantos regímenes de control que van moldeando el comportamiento de los individuos con arreglo a expectativas diversas. Todo el ordenamiento jurídico no penal cumple también esa función.

En muchos casos, cualquiera de esos sistemas realiza mejor que el derecho penal la tarea de preservar los estados sociales deseables. Por eso, es absurdo e inútil el empeño que se pone a veces en incriminar todo lo que se considera contrastante con los valores dominantes en la sociedad. El derecho penal sólo es el guardián de las vigas maestras del edificio social y, para que cumpla su tarea con seriedad, debe realizarla garantizando que no dañará las otras estructuras que la componen. Además, tiene que estar atento a los cambios experimentados por la trama de las relaciones sociales, a fin de no constituirse en un instrumento insoportable de dominación interesada y conservadora.

<sup>164</sup> Para un examen más detallado de las medidas de seguridad y resocialización, véase infra, 56.

<sup>165</sup> El concepto de *control social* procede de la criminología. Se lo ha introducido más tarde en la dogmática penal, con resultados fecundos. La literatura sobre el tema es extensa. Puede encontrarse una visión del estado de la cuestión en HASSEMER, 27, págs. 388 y sigts. hasta el fin de la obra; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal y Control Social*, cit., passim.; BACIGALUPO, I. A. I, págs. 1 y sigts.; GARRIDO, I, I, VI, págs. 25 y sigts.

<sup>166</sup> Con detalle, HASSEMER, 27, págs. 395 y sigts.

<sup>167</sup> STRATENWHERT, 23, pág. 9.

## §2. CONCEPTO, NATURALEZA Y FIN DE LA PENA

### I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y SU SISTEMÁTICA.

Como para cumplir su misión el derecho penal se sirve predominantemente de la *pena* es indispensable referirse ahora a la naturaleza de ésta y a la forma en que debe actuar para la obtención de tales objetivos. La respuesta a estas preguntas configura la *teoría de la naturaleza y el fin de la pena* y ha dado origen a un debate secular.

En una exposición pedagógica sería deseable encabezar el análisis de la cuestión con un concepto de pena. Sin embargo, como éste depende del criterio que se adopte respecto a su naturaleza y finalidad, parece preferible asumir primero una posición frente a esa materia, para sólo después ofrecer una noción que sea congruente con ella. Ésta es la razón del orden en que se encuentran dispuestos los apartados siguientes: en ellos el concepto de la pena es la consecuencia de mis puntos de vista sobre su naturaleza y objetivos.

En la literatura chilena y latinoamericana en general, es usual postergar el tratamiento de estos problemas, haciéndose cargo de ellos al iniciar la *teoría de la pena*.<sup>168</sup> El empleo de este sistema tiene la ventaja de presentar en conjunto todo lo relativo a la reacción punitiva. Sin embargo, la práctica demuestra que muchas cuestiones referentes al delito o la ley penal no pueden resolverse con propiedad sino a partir del concepto de pena que se defiende, con el cual la solución debe ser consistente. Así, entre otros, -para no mencionar sino uno de los más importantes- el de la noción, inclusión, ubicación y función de la culpabilidad en la estructura del hecho punible.

Así pues, el asunto de la naturaleza y fin de la pena condiciona la unidad del sistema, del cual es un presupuesto y no un puro aspecto parcial. Es probable, incluso, que si no se lo tiene presente desde el principio, la exposición dogmática aparezca como un despliegue académico de tecnicismos insustanciales. Porque, en efecto, la eficacia práctica del derecho penal se mide de acuerdo con lo que la pena es capaz de hacer por la sociedad en su lucha contra el delito, y por las consecuencias que acarrea su empleo. Entonces, si no se percibe la relación que existe entre esas cuestiones y el esfuerzo por depurar el concepto de otras instituciones, se experimenta la sensación de que todo el complicado andamiaje dogmático está destinado a soportar una arquitectura monumental, pero inútil. En cambio, cuando esa relación se tiene en cuenta, se comprenden también las razones por las que es preciso discutir cuestiones aparentemente abstrusas como la estructura de la acción, los casos de error de prohibición y sus efectos, o la antijuridicidad de la tentativa inidónea. Uno afirma que el que intenta un aborto en una mujer no embarazada debe ser castigado, no por conservar la simetría teórica, sino porque piensa que la pena, como la concibe, es apropiada para enfrentar el problema social que genera ese comportamiento. Se desea saber si el dolo pertenece al tipo o a la culpabilidad, porque se tiene conciencia de que el proceso penal surte ya muchos efectos propios de la sanción punitiva, y se quiere averiguar si es posible cerrarlo más temprano, eludiendo el empleo de aquellos de sus procedimientos que provocan consecuencias

<sup>168</sup> LABATUT, I, 225, págs. 243 y sigts.; NOVOA, II, 501 y sigts., págs. 301 y sigts.; COUSIÑO, cuya obra quedó inconclusa, no se hace cargo del asunto en la parte introductoria: cabe presumir, por eso, que también lo reservó para considerarlo en la teoría de la pena, que nunca escribió. Entre los autores chilenos los únicos que adoptan un criterio como el del texto son ETCHEBERRY, I, págs. 30 y sigts., GARRIDO, I, 5, págs. 69 y sigts., y POLITOFF, págs. 41 y sigts. En la literatura latinoamericana reciente, véase, extensamente, ZAFFARONI, 5 y 6, págs. 41 y sigts.

### §3. LAS CARACTERISTICAS FUNDAMENTALES DEL DERECHO PENAL

#### I. ENUNCIADO

El derecho penal es *público, secundario o subsidiario, fragmentario y personalísimo*. Con arreglo a la ley en vigor debe afirmarse, además, que el chileno es, *predominantemente*, un derecho penal *de actos*.

#### II. CARACTER PÚBLICO DEL DERECHO PENAL

El derecho penal es *público* en un doble sentido, que no coinciden del todo con el significado atribuido tradicionalmente a tal calificación, pero sobre los cuales existe acuerdo.

En primer lugar, ello quiere decir que la función de consagrar el carácter delictivo de una conducta y establecer la pena aplicable a quien la ejecuta pertenece exclusivamente al legislador y es, por consiguiente, pública. Desde este punto de vista dicha característica se encuentra vinculada con el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* y con la función de garantía del derecho penal. En el ordenamiento punitivo no existen figuras "innominadas" creadas por la voluntad de los particulares. Las partes de un contrato no pueden, por ejemplo, someter de común acuerdo a una pena penal el incumplimiento de una cláusula del pacto.<sup>258</sup> Lo que para la ley no es delito, no lo es para nadie; asimismo, la pena que la ley no establece no puede imponerse en ningún caso.

Por otra parte, el derecho penal es público porque la función de realizarlo, diciéndolo y ejecutándolo en los casos concretos, pertenece exclusivamente a órganos del poder público (tribunales, instituciones penitenciarias o de asistencia, etc.).<sup>259</sup> En el Estado de Derecho actual, por lo tanto, se encuentra proscrita la justicia penal "de propia mano": el particular no sólo no puede castigar por sí mismo al que lo hizo víctima de un delito, sino que, además, por regla general tampoco cuenta con la facultad de impedir que se imponga una pena al ofensor, o evitar la ejecución de ella (art. 19 del C.P.).

Esta situación se explica por la función del ordenamiento punitivo.<sup>260</sup> Como ella consiste en mantener la paz social mediante la preservación del respeto a los valores fundamentales sobre los que descansa la convivencia, el derecho se guarda de admitir las reacciones personales del afectado, muchas veces emocionales y descontroladas, pues sólo conducirían a un estado de violencia aún más perturbador para la comunidad que los efectos del delito. Por otra parte, para fortalecer el respeto a los bienes jurídicos,<sup>261</sup> es preciso tratar de igual forma a todo el que los

<sup>258</sup> Así lo ha declarado expresamente la jurisprudencia. Véase ETCHEBERRY, D.P.J., I, 1, págs. 1 y 2.

<sup>259</sup> NOVOA, I, 12, pág. 26.

<sup>260</sup> Supra I, III, a).

<sup>261</sup> Supra, I, III, c), cc), 1, i).

ataca. Esto no se conseguiría si se abandona a la víctima la decisión relativa a la imposición o ejecución de la pena. Entonces se sabría que existen recursos disponibles para incurrir impunemente en la infracción, y la certeza del castigo cesaría de surtir sus efectos que son fundamentales para el cumplimiento de la misión confiada al derecho penal.

La existencia de unos pocos delitos de acción privada o mixta no contradice lo expuesto. Respecto de ambos ocurre, tan sólo, que el interés social en la imposición y ejecución de la pena está supeditado a otro, también social, de no ejercitar la pretensión punitiva cuando hacerlo puede dañar otros valores básicos para la convivencia. Como en tales casos la cuestión de si dichos valores se encuentran en peligro depende de la forma en que la víctima aprecie el contexto de la situación o de la posición que ocupa en ella, la ley le confía la decisión de *activar la junción pública* del derecho punitivo, ya sea en forma limitada (los mal llamados delitos de acción mixta) o amplia (delitos de acción privada).<sup>262</sup>

De todas maneras, en ambos casos, si el particular resuelve exigir que el procedimiento se active, es un órgano público (el Tribunal) el que adopta en definitiva la resolución de si ha de hacerse, cómo y en qué medida. Tratándose de acción privada hay incluso algunas materias respecto de las cuales el desistimiento o la transacción no producen efectos (art. 30, inc. tercero del C. de P.P.). Asimismo, la ejecución de la sanción a que se condene también corresponde a los organismos públicos (autoridades penitenciarias, etc.).

Tampoco se opone al carácter público del derecho penal que algunas penas puedan cumplirse en recintos particulares (por ejemplo, la residencia del condenado, en el caso de algunas penas restrictivas de libertad). Se trata de situaciones en las que la ley ha instrumentalizado esos lugares para el cumplimiento de su *finalidad*, incorporándolos de esa manera al servicio de un objetivo público.

El punto de vista expuesto fue aceptado en un período histórico reciente, al menos como regla general. Por una parte, las sociedades antiguas, de composición más simple, solían delegar la facultad de castigar ciertos delitos en los particulares o en organizaciones como la familia o las corporaciones. No es claro si esto ocurría en Roma.<sup>263</sup> En cambio, no cabe duda de que el derecho penal de los pueblos germanos admitía, en una medida muy amplia, tanto la venganza privada como un sistema de composición penal pecuniaria.<sup>264</sup> Por otro lado, solo un Estado poderoso, capaz de ejercer soberanía sobre un territorio extendido y bien delimitado, se encuentra en situación de reclamar para sí el monopolio de la función punitiva. Hasta donde sabemos, estas condiciones sólo se dan por completo a partir de la Epoca Moderna y, más precisamente, hacia fines del siglo XVIII, si bien existen ya antecedentes en los reinos francos a partir de los siglos V y VI de nuestra era.<sup>265</sup>

En rigor, el proceso mediante el cual los poderes públicos obtienen para sí el monopolio de las reacciones penales puede haberse iniciado con el fortalecimiento del feudalismo, el cual permitió a los señores acaparar esa función a cambio de la protección que dispensaban a sus súbditos. Pero la forma que asume actualmente el carácter público del derecho penal

<sup>262</sup> Sobre el carácter de obstáculos procesales de las llamadas acción privada y mixta, véase infra, 59, I y IV.  
<sup>263</sup> LIZT, I, 3, I, pág. 77, cree que el derecho penal romano tenía ya un carácter eminentemente público: "Pero irresistiblemente se consuma (en él) la diferencia entre Derecho y Religión, entre *ius* y *fas*, y con ello el triunfo de la pena pública".

<sup>264</sup> Así LIZT, I, 4, págs. 156 y sigts., para el cual "tampoco la *pena pública* fue extraña, sin embargo, al más antiguo derecho alemán" (págs. 160 y 161). En el mismo sentido MEZGER, I, 2, págs. 19 y sigts; MAURACH, I, 4, II, págs. 47 y sigts. Una exposición que comparte este punto de vista, pero es más compleja, en JESCHECK, 10, I y sigts., págs. 81 y sigts.

<sup>265</sup> JESCHECK, 10, II, pág. 81.



corresponde a las ideas de la ilustración y es contrastante con ese poderío avasallador que se atribuyeron los caballeros feudales primero y los monarcas absolutos más tarde. La entrega de las decisiones a la ley las transfiere de la voluntad del "señor" a la del pueblo como titular de la soberanía que ejercita por intermedio de sus representantes. Para completar el sistema, el poder de juzgar se radica en órganos independientes del Ejecutivo.

El resultado, por cierto, no es perfecto. Por una parte, la complejidad de la sociedad contemporánea y sus dimensiones gigantescas hacen prácticamente imposible que el Estado cumpla a cabalidad con la tarea de prevenir los hechos delictivos. Por otra, una serie de conflictos sociales, que importan infracciones de las leyes penales, se solucionan al margen de ellas y sin intervención de los tribunales, sencillamente porque el conglomerado social acepta tácitamente que así sea (piénsese, por ejemplo, en la sanción de las lesiones deportivas, o en la forma en que se resuelven ciertos problemas delictivos al interior de los establecimientos educacionales, de las grandes empresas o en los círculos familiares o de amigos). Finalmente, es verdad que los órganos del poder público obran con una imparcialidad relativa y "seleccionan" a quienes sufrirán una pena por motivos ajenos a los dictados de la ley<sup>266</sup> y cuyos fundamentos aún no se han precisado bastante. Aún así, todavía no se ha formulado ni experimentado un sistema que sustituye con ventajas al del derecho penal público tal como aquí se ha descrito, y pareciera que el camino más productivo es el de seguir trabajando por su perfeccionamiento hacia el futuro. La mantención de ese criterio general, sin embargo, no debe impedir que se discuta la posibilidad de otorgar mayor eficacia a la voluntad de la víctima en el manejo de la pretensión punitiva estatal.<sup>267</sup> No se trata de abogar por una ampliación de las posibilidades de reacción punitiva del ofendido, rompiendo los rígidos marcos impuestos por la institución de la legítima defensa. Tampoco de limitarse a un incremento del número de delitos de acción privada -una solución que, en todo caso, contra lo que sostuve hasta la edición anterior,<sup>268</sup> es lícito explorar. Pero en el futuro podría otorgarse al afectado más oportunidades de intervenir en una solución conciliatoria del conflicto cuando ella no perjudique a la función preventivo general de la pena ni se preste para presiones indebidas.<sup>269</sup> Cuando la víctima ha recibido una reparación satisfactoria del ofensor y ha llegado a comprender sus motivos, y si la paz social puede preservarse sin necesidad de sanción, la imposición de una pena a toda costa no es la opción más conveniente desde el punto de vista político-criminal. En parte, estas ideas se han materializado ya en el nuevo Código Procesal Penal.

### III. CARACTER SECUNDARIO O SUBSIDIARIO DEL DERECHO PENAL

El derecho penal es secundario o subsidiario, porque la pena sólo debe ser empleada cuando el ataque al bien jurídico no puede sancionarse de manera apropiada acudiendo a los medios de solucionarlo de que disponen las otras ramas del ordenamiento jurídico. La pena es, pues, un recurso de *ultima ratio*.<sup>270</sup> Lo mismo debe decirse de las medidas de seguridad y corrección.<sup>271</sup> Este carácter secundario

<sup>266</sup> En relación a todos estos problemas véase HASSEMER, 11, págs. 92 y sigts. e infra, 5, II, a), 4.

<sup>267</sup> HASSEMER, 11, pág. 93.

<sup>268</sup> Cfr. CURY, I, 3, II, pág. 54.

<sup>269</sup> Esta posibilidad ha sido explorada inicialmente por HULSMAN, págs. 51 y sigts., págs. 106 y sigts. La perspectiva desde la cual lo hace es distinta de la del texto, puesto que deriva de su posición abolicionista. Sobre ello, supra, I, III, b). Pero sus hallazgos sobre la eficacia de los procedimientos "conciliatorios" pueden ser fructuosos en cualquier contexto.

<sup>270</sup> Véase, por no citar sino algunos, BUSTOS, *Pena y Estado*, en Bases críticas, 2, pág. 149; GARRIDO, I, 2, III, pág. 40; GIMBERNAT, *¿Tiene futuro la dogmática penal?*, cit., II, 3, págs. 13 y sigts.; MIR, *Introducción*, págs. 124 y sigts.; MUÑOZ CONDE, *Introducción*, II, A, págs. 51 y sigts.; POLITOFF, I, 5, B, págs. 23 y 24; RODRIGUEZ MOURULLO, I, 2, págs. 20 y sigts.; ROXIN, *Sentido y límites de la pena estatal*, cit., B, I, págs. 21 y 22, e *Iniciación*, pág. 31.

<sup>271</sup> Supra, 2, III, b), ff).

o subsidiario del derecho penal es una consecuencia de las tendencias político-criminales del presente, inspiradas en el *principio de humanidad*.<sup>272</sup>

El carácter accesorio, sancionatorio o secundario del derecho penal fue destacado a principios del siglo XX por BINDING y BELING,<sup>273</sup> y dio lugar a una polémica que, en parte se debe a los distintos significados que pueden atribuirse,<sup>274</sup> de los cuales sólo algunos son objetos.

a) BINDING vinculó esta característica del ordenamiento jurídico con su fragmentariedad y, en efecto, ambas se relacionan estrechamente.<sup>275</sup> Pero, a causa de que percibía a la última como a un defecto,<sup>276</sup> su exposición dio pie para que la subsidiariedad del derecho penal se interpretara en el sentido de que éste carece de autonomía para consagrar la ilicitud de un hecho y debe limitarse a recortar, de entre los que las restantes ramas del ordenamiento jurídico declaran antijurídicos, aquellos a los que desea someter a una pena. Así, un grupo de autores importante sostiene que el derecho penal cumple una función de refuerzo de las prohibiciones y mandatos erigidos por las normas constitucionales, administrativas, civiles, comerciales, etc., y consideran que de esta concepción depende la posibilidad de afirmar la unidad de lo injusto para todo el ordenamiento jurídico.<sup>277-278</sup>

En los últimos decenios este criterio ha sido abandonado. Hoy la mayoría de la doctrina reconoce autonomía al derecho penal en la constitución de sus prohibiciones y mandatos.<sup>279</sup> Es cierto que, en muchos casos, éstos ya han sido formulados (lógicamente) por otras ramas del derecho cuando el punitivo resuelve sancionar su infracción con una pena; pero también son numerosas las disposiciones penales cuyos imperativos no encuentran correlato alguno en los otros sectores del ordenamiento jurídico, de manera que la constitución de la antijuridicidad del hecho no puede atribuirse a ellos ni siquiera desde un punto de vista lógico. Además, aun en los casos del primer grupo la formulación del precepto penal no se encuentra sometida a la configuración de los mandatos y prohibiciones extrapunitivos; y ello cobra gran importancia práctica en el momento de su interpretación,<sup>280</sup> que no debe plegarse a la de los conceptos civiles, administrativos o de cualquier otra índole, aunque, por supuesto, tiene que tomarlos en cuenta al efectuar la propia elaboración. Las dificultades que existen para distinguir los ilícitos penales de los administrativos<sup>281</sup> tampoco son un argumento concluyente.<sup>282</sup> Desde el punto de vista práctico ellas deben resolverse atendiendo a criterios que proceden de otros planos. Finalmente, el supuesto carácter subsidiario del derecho penal, entendido de este modo, no es necesario para conservar el postulado de la unidad del injusto. En efecto, la antijuridicidad del hecho sigue siendo válida para todo el ordenamiento jurídico, cualquiera sea la rama de él que la ha constituido o la diversidad de los efectos que le atribuyen unas y otras.<sup>283</sup> Así, por ejemplo, el que

<sup>272</sup> JESCHECK, 4, III, pág. 23.; WURTEMBERGER, *Humanity as an element in penal law*, cit., págs. 106 y sigts.

<sup>273</sup> Cfr. JESCHECK, 7, II, 2, pág. 46. Véase también BELING, 9, I, II, pág. 22.

<sup>274</sup> Así, por ejemplo, la exposición que se hizo en la primera edición de esta obra, I, 2, III, a), págs. 38 y sigts., emplea la terminología en un sentido diferente del que se le acuerda en el texto a partir de la segunda.

<sup>275</sup> Infra IV

<sup>276</sup> Idem. Véase, además, JESCHECK, 7, II, 1, págs. 45 y 46.

<sup>277</sup> Infra, IV

<sup>278</sup> En Sudamérica este punto de vista ha gozado de un gran prestigio, a causa de que fue defendido por JIMENEZ DE ASUA, I, 8, págs. 34 y sigts., y SOLER, I, 1, VI, págs. 10 y sigts. La influencia de ambos contribuyó a expandirlo. Debe destacarse que estos autores subrayan el carácter lógico y no cronológico de la precedencia de la norma extrapenal sobre la punitiva, pues es evidente que, en muchos casos, la disposición que castiga un hecho antecede históricamente a las leyes de otra clase que establecen la prohibición o el mandato.

<sup>279</sup> Véase, por todos, CEREZO, I, págs. 62 y sigts.; JESCHECK, 7, II, 2, pág. 46; MUÑOZ CONDE, *Introducción*, II, a, a), págs. 60 y sigts., quien defiende una postura matizada; MIR, *Introducción*, I, págs. 32 y sigts.; RODRIGUEZ MOURULLO, II, III, págs. 35 y sigts.

<sup>280</sup> Infra, 4, III.

<sup>281</sup> Infra, IV, A.

<sup>282</sup> CEREZO, II, pág. 62; MUÑOZ CONDE, *Introducción*, II, a), págs. 64 y sigts.

<sup>283</sup> Esto último lo acepta también MAURACH, I, 2, III, B, 1, pág. 33, quien desde el otro punto de vista, afirma el carácter secundario del derecho penal: "frente a los restantes ámbitos del derecho, el derecho penal, en principio, es independiente en sus efectos."

fuera del derecho penal no exista norma alguna que consagre un deber de solidaridad como aquél cuya infracción se sanciona en el art. 494 N° 14 del C.P. no significa que la omisión de socorro sea una conducta aprobada o siquiera indiferente para el derecho civil o el laboral; sólo indica que la sanción punitiva es, en este caso, la única idónea para resolver el conflicto generado por ese quebrantamiento. De la misma forma, el incumplimiento de las obligaciones contractuales también es una conducta antijurídica para el derecho penal, aunque su autor no se encuentre amenazado por una reacción punitiva.

b) Por el contrario, la idea de que el derecho penal es secundario o subsidiario, en el sentido que ahora se le ha dado aquí, constituye una opinión dominante en la doctrina contemporánea, aunque siempre existen voces disidentes.<sup>284</sup> La constatación de que la pena es el medio de control social más violento de que puede servirse el Estado de Derecho y de que, por consiguiente, su mayor eficacia relativa no justifica su empleo indiscriminado, ha conducido a una actitud cada vez más prudente. En tanto la infracción no pone en peligro la posibilidad de convivencia, siempre serán preferibles las sanciones no punitivas para remediarla, eludiendo los efectos desocializadores del castigo penal.<sup>285</sup> Pero debe reconocerse que una y otra vez aparecen quienes defienden formas exageradas e ingenuas de prevención general negativa, abogando en consecuencia por un empleo más frecuente y agresivo de la pena. Desgraciadamente, esas opiniones influyen a menudo en la legislación que, a este respecto se comporta de una manera errática, penalizando o despenalizando conductas según el ir y venir de las opiniones callejeras o de circunstancias coyunturales.

A causa de lo expuesto, existen amplias zonas de la antijuridicidad respecto de las cuales no se producen efectos penales,<sup>286</sup> y la tendencia predominante en la doctrina es extenderlas todavía más.

#### IV. CARACTER FRAGMENTARIO DEL DERECHO PENAL.

El carácter *fragmentario* del derecho penal significa que éste no pretende alcanzar con sus efectos a toda la gama de conductas ilícitas, sino sólo a aquellas que constituyen ataques intolerables en contra de bienes jurídicos cuya subsistencia es capital para la preservación de la convivencia pacífica. Esto se expresa en el hecho de que las acciones a las que se amenaza con pena se hallan descritas por la ley en una forma que precisa sus contornos tan nítidamente como le es posible, y todo lo que yace fuera de esas descripciones se encuentra sustraído a la reacción punitiva. Lo que se castiga, por consiguiente, son nada más que *fragmentos* de lo antijurídico. BELING destacó esta idea, afirmando que "del común dominio de la ilicitud culpable fueron recortados y extraídos determinados tipos delictivos"<sup>287</sup> y "de este modo, redúcese el actual Derecho Penal a un *catálogo de tipos delictivos*".<sup>288</sup>

Como es notorio y se advirtió, existe una relación estrecha entre esta característica y la subsidiariedad del ordenamiento penal. Asimismo, es evidente que ella corresponde a una conquista del "movimiento liberal", afanado en delimitar con

<sup>284</sup> De otra manera en CURY, I, 3, III, pág. 56.

<sup>285</sup> Supra, 2, III, b), ff).

<sup>286</sup> JESCHECK, 8, III, 4: "no se acude a la pena siempre que la *justicia* lo requiere, sino únicamente cuando resulta imprescindible en defensa de la colectividad." (El énfasis es mío). POLITOFF, I, 5, B), pág. 23; ROXIN, I, 2, 28, pág. 65.

<sup>287</sup> BELING, 15, I, pág. 37.

<sup>288</sup> Idem. Véase también NOVOA, I, 14, págs. 28 y sigts., que para graficar la idea se refiere a un "archipiélago de ilicitudes"; POLITOFF, 5, B), pág. 23; ROXIN, I, 2, 28, pág. 65.

precisión lo punible de lo que no lo es, lo cual se ha transformado en una exigencia esencial del Estado de Derecho contemporáneo. De este modo el carácter fragmentario del derecho penal, en el que BINDING creyó ver un "defecto grave",<sup>289</sup> se considera hoy uno de sus rasgos más apreciables. Por eso, nunca se insistirá bastante en la necesidad de hacer comprender a la sociedad que *no todo lo que infringe las normas ha de ser castigado con una pena y, por el contrario, sólo sectores reducidos y acotados de lo que es ilícito justifican su empleo.*

El carácter fragmentario del derecho penal debe extenderse también a las medidas de seguridad y corrección si, con arreglo al punto de vista correcto, éstas deben ser siempre postdelictuales. En efecto, en ese caso la medida sólo se impondrá cuando el sujeto haya ejecutado una de las conductas pertenecientes al catálogo de tipos delictivos, aun en aquellas situaciones en las que no se dan todos los presupuestos necesarios para sancionarlo con una pena. En cambio, dicha característica desaparece si en el sistema se incluyen medidas predelictuales, ya que para irrogarlas basta que sobre el individuo se haya pronunciado un diagnóstico de "peligrosidad". Es verdad que en algunas legislaciones la sujeción a una medida predelictual no depende sólo del pronóstico sobre peligrosidad sino, además, de que concurren otros presupuestos descritos por las normas respectivas. Sin embargo, tales descripciones, aparte de no ser siempre concebidas satisfactoriamente, resultan en general demasiado imprecisas y no salvaguardan las funciones de garantía que competen al derecho punitivo.<sup>290</sup>

#### V. CARACTER PERSONALISIMO DEL DERECHO PENAL.

El derecho penal es *personalísimo* en dos sentidos. En primer lugar, ello significa que la pena o la medida de seguridad y corrección en su caso sólo pueden imponerse al que ha participado en el hecho punible, y no deben afectar a terceros, cualquiera sea el género de relaciones que tengan con el autor (matrimoniales, parentales, hereditarias, amistosas, etc.). En segundo, que es también ese sujeto en quien deben *ejecutarse*, esto es, el que debe sufrir sus efectos. El derecho penal no admite representación.<sup>291</sup> De aquí se deduce como consecuencia -y no como tercer aspecto autónomo de tal característica<sup>292</sup> que ni la pena ni la medida de seguridad como tales, ni su ejecución, son transmisibles; la responsabilidad penal se extingue con la muerte del sujeto.<sup>293</sup>

También en esto se ha producido una evolución histórica que, en ciertos aspectos, todavía no concluye.

En muchos pueblos primitivos, en efecto, la reacción contra el delito afectaba a todo el grupo familiar del autor e, incluso, al clan o tribu a que pertenecía. Esa tendencia se trasmite a organizaciones sociales y políticas más desarrolladas y complejas, en las cuales, aun superado el período de las venganzas colectivas, se continúan imponiendo penas cuyas consecuencias recaen sobre la familia del responsable. Así, por ejemplo, en el derecho romano y hasta muy avanzada la época moderna.

<sup>289</sup> Cfr. JESCHECK, 7, II, 1, pág. 45. Con mucho énfasis sobre el valor del carácter fragmentario del derecho penal, ROXIN, I, 2, 29, págs. 65 y 66.

<sup>290</sup> COBO, *Peligrosidad y peligrosidad social en la ley de 4 de agosto de 1970*, en *Peligrosidad social y medidas de seguridad*, cit., 12, págs. 120 y sigts. La situación en España ha persistido hasta ahora, no obstante las críticas de que es objeto. Véase MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal y Control Social*, III, 2, págs. 53 y sigts.

<sup>291</sup> Hasta aquí, en el mismo sentido NOVOA, I, 16, a) y b), pág. 31.

<sup>292</sup> Otra opinión en NOVOA, I, 16, c), pág. 31.

<sup>293</sup> Infra, 58, I.

Pero todavía hoy esta naturaleza personalísima del derecho punitivo sólo parece ser completamente reconocida en el primero de los sentidos expuestos. En cambio, varias legislaciones contemporáneas reproducen disposiciones como la del art. 93 N° 1° del C.P., según la cual la muerte del procesado extingue la responsabilidad penal en cuanto a las sanciones "personales", pero, respecto de las pecuniarias, "sólo cuando a su fallecimiento no había recaído sentencia ejecutoria". Con razón MAURACH afirma que esta norma "no sólo representa un efecto tardío de la codicia fiscal, sino además la infracción más grosera del principio de la alta personalidad de la pena",<sup>294</sup> pues, en efecto, ello significa ejecutarla en perjuicio de los herederos.

Por otra parte, lo cierto es que la pena constituye hasta el presente un castigo cuyos efectos sociales persiguen muchas veces al cónyuge y los hijos de aquel a quien se impuso e, incluso, del que sólo llega a ser procesado y en definitiva fue absuelto.<sup>295</sup> Asimismo, prácticamente en todos los casos la sanción provoca daños económicos y familiares que gravitan sobre los integrantes del grupo y no sólo sobre el condenado. Comprobar todo esto constituye otro motivo para subrayar el carácter subsidiario del derecho penal: el ordenamiento jurídico únicamente debe echar mano de un recurso cuyos efectos colaterales no está en situación de controlar, cuando es el último de que dispone para preservar los fundamentos de la convivencia.

Este rasgo del derecho penal se relaciona con la cuestión relativa a la *responsabilidad criminal de las personas jurídicas*: ¿pueden estas ser sujetos activos de un delito y, consiguientemente, pasibles de una pena?

La solución de este problema se ha vinculado históricamente al criterio que se sostenga respecto a la *naturaleza* de la persona jurídica. Los que ven en ella un ente o figura ficticio (*teoría de la ficción*), al que el derecho atribuye por razones prácticas algunas características propias de la personalidad (SAVIGNY, WINSCHIED) niegan su capacidad delictual.<sup>296</sup> Para este punto de vista es decisivo el hecho de que a la persona jurídica no se le puede dirigir un reproche de culpabilidad, pues los actos que realiza no son el producto de su voluntad —de la cual, en rigor, carece— sino de la de las personas que la dirigen y administran (ejecutivos) o constituyen la mayoría en sus órganos de decisión (directorios, consejos, juntas de accionistas). Así, sólo la conducta de estos últimos puede ser objeto del juicio de desvalor personal en que consiste la culpabilidad penal. En cambio, la teoría de la *personalidad colectiva real* (GIERKE) considera que la persona jurídica es, como el hombre, una entidad con sustancia y voluntad propias, distinta de la de sus integrantes, directivos o adminis-

<sup>294</sup> MAURACH, II, 59, III, C. I, pág. 154. Después de la reforma del Código Penal Alemán, esta disposición ha desaparecido de ese ordenamiento. También se la suprimió en el Código Penal Español. Véase CORDOBA RODA Y RODRIGUEZ MOURULLO, II, pág. 618. Tampoco se la encuentra en los arts. 150 y 171 del Código Penal Italiano, que distinguen entre extinción del delito y extinción de la pena, según que la muerte se produzca antes o después de la condena, y ha desaparecido asimismo del Código Penal del Brasil (art. 107). El art. 76 del Código Penal Colombiano de 1980 reproduce la distinción efectuada por el italiano y, por consiguiente, tampoco contempla la ominosa institución de nuestro art. 93 N° 1°. Sobre los intentos de justificar esa norma acudiendo a argumentos formales, según los cuales lo que se trasmite no es la pena sino un "crédito", véase infra, 58, I, y la tesis de grado (sin publicar), de JUAN IGNACIO PIÑA, cit., VI, págs. 20 y sigts.

<sup>295</sup> CARNELUTTI, *El problema de la pena*, traducción de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, 1956, 37, págs. 94 y sigts.

<sup>296</sup> BETTIOL, pág. 210; COUSIÑO, I, 68, págs. 275 y sigts. con detalle; asimismo, *La estructura del delito económico*, en R.C.P., XXI, N° 1, Santiago, 1962, III, págs. 54 y sigts.; ETCHEBERRY, I, págs. 125 y 126; JESCHECK, 23, V, págs. 204 y sigts.; MAGGIORE, I, págs. 473 y sigts.; MAURACH, I, 15, II, A, págs. 179 y 180; MEZGER, *Libro de Estudio*, I, 20, I y II, págs. 93 y sigts.; NOVOA, I, 160, pág. 238, aunque con alguna vacilación ulterior; RODRIGUEZ DEVESA, I, págs. 331 y sigts. con amplio detalle bibliográfico en notas; SOLER, I, 21, IV, págs. 250 y sigts. Con cierto detalle, véase además GARRIDO, II, 8,3, págs. 55 y sigts.

tradores. Como es lógico, esto significa atribuirle también la capacidad de cometer culpablemente un hecho injusto y, por lo tanto, un delito punible.<sup>297</sup>

A las consideraciones sistemáticas sobre las que se desarrollaba la polémica, en los últimos decenios se han sumado argumentos político-criminales. Quienes abogan por reconocer la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, enfatizan el incremento de cierto tipo de delincuencia (económica, ecológica, fiscal, etc.), protagonizada por grandes corporaciones, muchas veces con alcances transnacionales. Para combatir esa criminalidad no basta castigar a las personas naturales que intervienen en los hechos, pues, aparte de que éstos están compuestos por una malla de actos complejíssimos y es imposible establecer los límites de la participación en ellos, los ejecutores materiales suelen cumplir políticas generales de la empresa, cuyos negocios, en conjunto, se desarrollan en las fronteras de la ilicitud. Por su parte, quienes se oponen a la persecución penal de los entes colectivos subrayan que el tipo de sanciones aplicables a ellos sólo pueden ser pecuniarias o consistir en su disolución. Las primeras, dentro de límites razonables, pueden imponerse administrativamente, sin que sea necesario forzar la naturaleza de las cosas para atribuirles el carácter de una pena penal.<sup>298</sup> La disolución, entretanto, puede provocar perjuicios a terceros inocentes, quebrantando el principio de la personalidad de la pena. Desde luego, la soportan también los socios (comúnmente accionistas), que no tuvieron intervención alguna en los hechos antijurídicos o en la decisión de ejecutarlos o, incluso, en la determinación de las políticas generales de la corporación, porque formaban parte de una minoría. Además, daña a los trabajadores, muchas veces numerosos, que pierden sus empleos o ven reducidos sus ingresos.

De acuerdo con el art. 39 del C. de P.P. en Chile la responsabilidad penal sólo puede hacerse efectiva en las personas naturales; por las personas jurídicas responden los que hayan intervenido en el acto punible. De esta manera, la ley se decide, en principio —y correctamente a mi juicio— por la teoría de la ficción, coincidiendo con el concepto que proporciona el art. 545 del C.C.

La expresión "hayan intervenido en el acto punible" debe entenderse en un sentido amplio, que abarca tanto a los autores como a los partícipes y encubridores.<sup>299</sup> No se trata, pues, sólo de los que han tomado "parte en la ejecución del hecho" (art. 15 N° 1° C.P.), ni de quienes tienen el "dominio del hecho"<sup>300</sup> sino de cualquier concurrente.

Excepcionalmente, sin embargo, algunas leyes abandonan este criterio. Así, por ejemplo, la Ley Antimonopolios, N° 13.305, reemplazada por el D.L. 211 de

<sup>297</sup> LISZT, II, 28, I, 2, págs. 298 y sigts., con desarrollo especial en la nota 4 de las págs. 299 y 300; ORTIZ, I, págs. 20 y 21, reproduciendo textualmente a LISZT; PEDRO SILVA, *Reseña de su intervención de las Quintas Jornadas de Ciencias Penales*, en R.C.P., XXI, N° 1, Santiago, 1962, págs. 103 y sigts. En este sentido también JAKOBS, 6, 43 y sigts., págs. 182 y siguientes, si bien con una fundamentación diferente, basada en su concepción funcionalistas de los "círculos de organización", la "esfera de competencia" y, sobre todo, "las expectativas de comportamiento", que lo conduce a afirmar tanto la posibilidad de acción como de culpabilidad de las personas jurídicas porque "tanto para la acción como para la culpabilidad son idénticas las formas dogmáticas (y no sólo los nombres) en la persona física y en la persona jurídica" (45, pág. 184).

<sup>298</sup> Sobre este punto, véase infra, 4, IV, A.

<sup>299</sup> Sobre esto, infra, 37, I. En especial respecto a la distinción entre partícipes y encubridores, infra.

<sup>300</sup> Infra, 37, II, B, b).

1973, consagró la posibilidad de imponer a las personas jurídicas la pena de *disolución*. De acuerdo con el art. 1º, inc. final del D.L. 818, de 1974, sobre Régimen Legal de Propiedad y Administración de Bancos, la sanción es aplicable a estos últimos en los casos que allí se contemplan. Estas disposiciones son concesiones a las exigencias impuestas por la aparición de nuevas formas de delincuencia originadas en la complejidad y volumen de los grandes negocios; pero sus efectos preventivo generales no han sido importantes y su aplicación es infrecuente.

## VI. DERECHO PENAL DE ACTOS Y DERECHO PENAL DE AUTOR

a) Se dice que un derecho penal es de actos cuando lo que en él se castiga son las conductas ejecutadas por el sujeto, con prescindencia de las características personales de este. Así, en un ordenamiento punitivo de esta clase se sanciona "el homicidio", "la violación", "el robo", o "la injuria", describiendo los hechos en que consiste cada uno de esos delitos y no a las personas que los cometen o tienen tendencia a cometerlos.

Por el contrario, se habla de un derecho penal de autor para referirse a aquel que sustituye el catálogo de las conductas punibles por el de unas descripciones de características personales o modos de vida, a los cuales se conecta la reacción punitiva o la medida correctora o segregadora. En lugar de sancionar hechos, aspira a configurar tipos de hechores ("homicidas", "delincuentes sexuales", "delincuentes contra la propiedad", "delincuentes ocasionales", "delincuentes peligrosos por tendencia", etc.).

El derecho penal de actos tiene la ventaja de su objetividad. En este sistema el castigo se asocia a un hecho perceptible y, hasta cierto punto, verificable por el juez. Las particularidades personales, las motivaciones y el pasado del inculpado no deben influir en el juicio que se pronuncia en su contra, el cual sólo es determinado por el comportamiento que infringió el mandato o prohibición. No hay lugar, por lo tanto, para apreciaciones antojadizas ni desigualdades enraizadas en diferencias de credos, razas, educación, ideas políticas, situaciones familiares u otras semejantes. De aquí que el derecho penal de actos posea enorme prestigio en los ordenamientos jurídicos fundados en concepciones liberales.

Pero esta objetividad, con todo lo apreciable que es, también genera dificultades. Al prescindir de las características personales, parifica la responsabilidad, impidiendo o al menos dificultando la individualización de las penas. Para un derecho penal de actos en su forma más pura, el homicida ocasional que dio muerte a la víctima en estado de arrebató emocional, debería ser castigado en la misma forma que el "matador" a sueldo de una banda de pistoleros. Con él, sobre todo, se justifica el sarcasmo de ANATOLE FRANCE, según el cual la norma, en su majestad, exige el mismo respeto por la propiedad ajena a los banqueros y a los vagabundos que habitan bajo los puentes del Sena.

El derecho penal de autor, en cambio, atribuye importancia a las características individuales del hechor, que son, en definitiva, las determinantes de su asignación a un "tipo de autor". Pero para hacerlo tiene que acudir a apreciaciones subje-

tivas, y esto crea un riesgo tremendo de arbitrariedades. Además, para cualquier totalitarismo es fácil describir como "tipo de autor" el modo de vivir, y aun de pensar de sus adversarios. Esa tentación acecha también al Estado de Derecho, pues siempre existen personalidades inadaptadas a las cuales parece cómodo neutralizar echando mano del recurso punitivo o cautelar. Eso es inaceptable. Una organización social sólo puede prevalecer si es capaz de tolerar las discrepancias, ordenando la convivencia de manera que realice la unidad y la paz también para los distintos. Aquí no se trata de algo tan simple como ordenar un club de amigos fundado sobre la uniformidad de origen, instrucción, educación, clase y buenos modales. Eso conduciría a la paralización del progreso social, lo cual sobre ser desastroso, es irrealizable. ¡A fin de cuentas, las personalidades desagradables son incómodas, pero constituyen también una advertencia! A causa de todo esto, el derecho penal de autor nunca se ha impuesto de una manera explícita y categórica y hasta los penalistas que lo contemplan con simpatía, como LISZT, son cautelosos y algo inconsecuentes en sus resultados.<sup>301</sup>

b) De acuerdo con lo expuesto, el derecho penal de actos prevalece en los ordenamientos jurídicos de origen liberal -a los cuales pertenece el nuestro- en el sentido de que lo que decide sobre si se impondrá una pena es la ejecución de una conducta desaprobada por la ley y no las características personales del hechor. Una personalidad defectuosa no es fundamento suficiente para la irrogación de un castigo.

Sin embargo, la consideración del autor ha cobrado cada vez más importancia para la determinación de la pena que se aplicará a quien ejecutó el hecho punible.<sup>302</sup> A ello ha contribuido, por una parte, el desarrollo de la teoría normativa de la culpabilidad,<sup>303</sup> según la cual la medida de la pena tiene que ajustarse a la medida del reproche que se puede dirigir al sujeto por su comportamiento contrario al mandato o la prohibición, el cual, a su vez, depende de sus circunstancias personales (medio, formación, educación, salud psíquica y corporal, posibilidades de trabajo, etc.). Asimismo, ha influido la progresiva importancia que se atribuye a las consecuencias de la pena concretamente impuesta en el desarrollo ulterior del autor, tanto respecto de su propia existencia como del contexto social a que pertenece, lo cual también exige hacerse cargo de sus particularidades individuales. En esta subjetivización de los criterios de determinación de la pena han cumplido, por cierto, un papel importante los progresos de la criminología,<sup>304</sup> las consideraciones de prevención especial<sup>305</sup> y las político-criminales.<sup>306</sup>

<sup>301</sup> Cfr. JESCHECK, 7, III, 1, pág. 47. Sobre lo ocurrido con FERRI (que implícitamente defiende también esa concepción) cuando tuvo la ocasión de legislar, véase JIMENEZ DE ASUA, I, 132, págs. 355 y 356. La crítica debe aceptarse con reserva, por su apasionamiento manifiesto. Una exposición detallada y de conjunto sobre el tema puede encontrarse en ROXIN, 6, 1 y sigts., págs. 176 y sigts., quien le dedica un apartado completo, con bibliografía. Asimismo POLITOFF, I, 6, 1, págs. 243 y sigts.

<sup>302</sup> Sobre esto, con detalle, HASSEMER, 15, II, págs. 127 y sigts. En el sentido del texto también JESCHECK, 7, III, 2, pág. 47.

<sup>303</sup> *Infra*, 25, 2, c) y d).

<sup>304</sup> *Infra*, 5, II.

<sup>305</sup> *Supra*, 2, II, d), y III, b), ff).

<sup>306</sup> *Infra*, 5, I.

En todo caso, es preciso enfatizar las siguientes conclusiones:

aa) La decisión relativa a qué se castigará debe realizarse siempre con arreglo a los criterios de un derecho penal de actos y; lógicamente, precede siempre a la referente a la determinación de la pena, pues si la conducta ejecutada no es constitutiva de delito según la ley, no existe pena que determinar, y ninguna característica de la personalidad del autor justifica la imposición de una, cualquiera que sea.<sup>307</sup>

Esta afirmación parece perogrullesca y, sin embargo, no es superflua. Los tribunales tienen que evitar la tendencia a decidir sobre la punibilidad de un hecho atendiendo a consideraciones sobre los "antecedentes" del autor, su procedencia, su "prestigio", sus "malas costumbres" u otros semejantes. En esa etapa del enjuiciamiento sólo es relevante la tipicidad de la conducta. Desgraciadamente no siempre esta exigencia se cumple, y las decisiones prácticas son influenciadas por una serie de prejuicios originados en características personales del procesado. Como los jueces son seres humanos, eso no puede erradicarse por completo. Pero ayudaría mucho a impedir los errores el que se tenga presente el principio desde el que se ha de partir.

Por otra parte, la idea expuesta también debe regir para la irrogación de la otra forma de reacción penal, esto es, las medidas de seguridad y corrección. De entre ellas, las únicas que actualmente rigen (arts 682 y sigts. del C. de P.P. y artículos 455 y sigts. del C. P. P.) presuponen la ejecución de una conducta típica, cuya ocurrencia en el caso concreto tiene que apreciarse independientemente de las perturbaciones psíquicas del autor.<sup>308</sup> Si en el futuro se consagran otras, debe mantenerse este punto de partida.<sup>309</sup>

bb) En la determinación de la pena hay que tener en cuenta, además de ciertas particularidades del acto ejecutado, los rasgos personales del autor. La indagación sobre estos últimos, sin embargo, tiene que hacerse con prudencia, pues en las situaciones extremas prevalece la dignidad humana del procesado. La indagación sobre su intimidad no puede llevarse nunca más allá de ciertos límites, incluso cuando tienda a favorecerlo, si con ello se lesiona su condición de hombre y los derechos que son consustanciales a ella. Para el derecho punitivo y el procedimiento penal es un desafío angustioso y casi irrealizable tratar de mantener este equilibrio precario, que en muchos casos ni siquiera puede hacerse depender de la voluntad del afectado.<sup>310</sup>

c) El derecho penal chileno se encuentra estructurado en sus líneas fundamentales de acuerdo con el esquema expuesto en el párrafo anterior. Lo que se castiga por la ley es la ejecución de una acción ilícita, prescindiendo de la personalidad del autor. Esta última, sin embargo, se toma en cuenta para determinar la pena, como lo pone de manifiesto la existencia de la agravante de reincidencia (art. 12, N°s. 14, 15 y 16 del C.P.) o las atenuantes de irreprochable conducta anterior

<sup>307</sup> HASSEMER, 15, II, 1, pág. 130: "En particular, desde el punto de vista sistemático la medición de la pena presupone la punibilidad. Si no resulta posible constatar una conducta punible, resulta superflua cualquier consideración sobre la medición de la pena".

<sup>308</sup> *Infra*, 27, II, a), dd).

Véase *infra*, 55, III. En relación con las medidas cautelares para menores, *infra*, 27, III, c).

<sup>310</sup> HASSEMER, 15, II, 1, págs. 130 y sigts. Especialmente en la pág. 134: "El acusado debe estar convenientemente protegido frente a su conversión en objeto de escudriñamiento". "Las investigaciones sobre la vida anterior del delincuente, sus relaciones personales y económicas de vida o el pronóstico de vida futura son elementos que pueden dañar gravemente el derecho a la intimidad del acusado".

(art. 11 N° 6), las emocionales (art. 11 N°s. 3, 4 y 5) y la de haber obrado por celo de la justicia (art. 11 N° 10). En algunos casos, esa consideración determina incluso la exclusión de toda pena, como sucede respecto de los enfermos mentales (art. 10 N° 1 C.P.) y menores de edad (art. 10 N°s. 2 y 3), sin perjuicio de que se puedan imponer al afectado medidas de seguridad y corrección o cautelares. Hasta es posible que, en unas cuantas situaciones, se introduzcan referencias a la personalidad del autor en la descripción del hecho punible, como ocurre con la exigencia de "habitualidad" contenida, entre otros, en el art. 367 del C.P. (favorecimiento de la prostitución) pero en ellas este requisito constituye, más bien, un límite para la tipicidad de la acción, que sólo se castiga si ejecutarla se ha transformado en un "hábito" del sujeto.<sup>311</sup> Por el contrario, es inadmisibles que se sancione a alguien fundándose en características de su personalidad (peligrosidad, vicios, malas costumbres, taras, etc.). Una personalidad defectuosa no constituye base para la irrogación de una pena.

Sin embargo, contra el sistema predominante en la ley conspiran algunas de sus disposiciones, que elevan a la categoría de conductas típicas lo que no es sino un "modo de ser" del individuo. Posiblemente las situaciones más características eran la vagancia y mendicidad, a que se refería el párrafo 13 del Título VI del Libro II del C.P., arts. 305 y sigts., hoy felizmente derogadas por la Ley 19.567. Pero subsisten algunas figuras sospechosas como, por ejemplo, el tipo del favorecimiento de la prostitución del artículo 367 del Código Penal, que pareciera castigar un cierto modo de "conducción de vida" (discutible).

Finalmente, debe señalarse que el procedimiento de determinación de la pena consagrado en la ley chilena es rígido<sup>312</sup> y no garantiza una apreciación adecuada de la personalidad del autor en esta segunda etapa del enjuiciamiento.

<sup>311</sup> Sobre ello véase *infra*, 42, II.

<sup>312</sup> *Infra*, 54.

#### §4. LAS FRONTERAS DEL DERECHO PENAL CON OTRAS RAMAS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

##### I. GENERALIDADES.

Como el derecho penal suele amparar bienes jurídicos que también reciben la protección de otros ordenamientos, sus relaciones con ellos son múltiples y estrechas. Por esto, a mi juicio resulta algo superfluo detenerse en el examen pormenorizado de tales vínculos.<sup>313</sup>

Sin embargo, el estudio de estas relaciones cobra un significado especial en zonas fronterizas cuyos límites no se encuentran trazados con nitidez, a consecuencia de lo cual presentan dificultades que, a veces, son prácticamente insolubles, o en ellas se han desarrollado principios e instituciones que pertenecen en común -aunque sólo sea parcialmente- tanto al derecho punitivo como a otro u otros ordenamientos. Aquí examino únicamente ese tipo de vinculaciones. Esto explica el rótulo empleado para encabezar la exposición.

Son muy importantes, en el sentido expuesto, los puntos de contacto del derecho penal con el *constitucional*, el *civil*, el *administrativo* y el *procesal*.

##### II. RELACIONES DEL DERECHO PENAL CON EL CONSTITUCIONAL

Al derecho penal se le confía la defensa de valores que constituyen el fundamento de la convivencia, mediante el empleo de los recursos más vigorosos con que cuenta el ordenamiento jurídico. Por lo tanto es lógico que los límites de su actividad estén establecidos en la instancia legislativa más alta, a fin de garantizar al súbdito contra arbitrariedades. De esta clase es la norma contenida en el art. 11 de la C.P.E. de 1925 y reproducida ahora, con modificaciones que la perfeccionan, en el art. 19 N° 3° incs. séptimo y octavo de la C.P.R. de 1980, la cual consagra el *principio de legalidad* (*nullum crimen nulla poena sine lege*). En virtud de ella, tanto los hechos constitutivos de delito como la pena correspondiente deben encontrarse determinados en una ley formalmente tal, antes de la ejecución de la conducta por el sujeto.

Otras de las disposiciones de la C.P.R. que aluden a materias penales son, en cambio, sólo mandatos constitucionales que producen efectos más o menos directos en el campo del derecho punitivo.<sup>314</sup> Así, por ejemplo, la del art. 19 N° 7°, letra i) establece, en realidad, un derecho civil de orden público, cuya fuente es el auto de procesamiento o la sentencia penal condenatoria de "cualquier instancia" que haya sido declarada "injustificadamente errónea o arbitraria" por la Corte Suprema: la vinculación con el derecho penal es, pues, muy tenue.<sup>315</sup> Por el contrario, las letras g) y h) de ese mismo artículo y número establecen limita-

<sup>313</sup> Una exposición muy completa del tema se encontrará en NOVOA, I, 29 y sigts., págs. 52 y sigts. Véase también POLITOFF, I, 1, 7, págs. 28 y sigts.

<sup>314</sup> Con algún detalle respecto de la C.P.E. de 1925, NOVOA, I, 29 y sigts., págs. 52 y sigts.

<sup>315</sup> No está de más advertir que esta disposición ha recibido escasa aplicación en la práctica, pues la Corte Suprema ha acogido las solicitudes fundadas en ella sólo en contadas oportunidades.

ciones auténticamente penales, prohibiendo la pena de confiscación -por desgracia, ahora con una reserva- y la de pérdida de derecho previsionales. También es norma penal que por razones prácticas se elevó a un rango constitucional la del art. 58 de la C.P.R. sobre inviolabilidad parlamentaria.

Desde el punto de vista político criminal es importante la cuestión relativa a si existen otros principios que, como el *nulla poena*, deban incluirse en la Constitución. Si se prescinde del *nulla poena sine iudicio*,<sup>316</sup> del principio del "debido proceso" y de la presunción de inocencia que ampara al procesado mientras no se dicta sentencia condenatoria -todos los cuales son primordialmente de índole procesal- restan por considerar, todavía, el de que *no hay pena sin culpabilidad*,<sup>317</sup> el de la *igualdad de las personas ante la ley penal*,<sup>318</sup> el del *carácter personalísimo de la responsabilidad penal*,<sup>319</sup> el de la *legalidad de las medidas de seguridad y corrección*,<sup>320</sup> y el *non bis in idem*.<sup>321</sup> En el fondo, eso pretendían los párrafos V, VI, VII y IX de la Declaración de principios de la Comisión Redactora de un Código Penal Tipo para Latinoamérica,<sup>322</sup> a mi juicio correctamente. Entre nosotros sólo el primero ha recibido un reconocimiento constitucional parcial, mediante la fórmula ambigua del art. 19 N° 3°, inc. sexto de la C.P.R., que prohíbe presumir de derecho la responsabilidad penal, sobre cuya interpretación los tribunales se muestran vacilantes.<sup>323</sup>

Tan importante como lo anterior, es la tendencia que se ha desarrollado en el derecho comparado en los últimos años, con arreglo a la cual *en un Estado Democrático de Derecho las normas constitucionales que establecen garantías ciudadanas son aplicables directamente por los tribunales en la decisión de los casos concretos que se encuentran llamados a resolver y no simples mandatos dirigidos al legislador*.<sup>324</sup> Así pues, este criterio, del que ha sido pionera la Corte Suprema de los Estados Unidos, estima que los mandatos constitucionales forman parte de las leyes que cada tribunal debe tener en cuenta en la solución de los conflictos sociales, y que a éstos, por consiguiente, no les es lícito hacer interpretaciones o aplicaciones de disposiciones legales que importen una infracción de esas normas superiores, aun cuando no existan declaraciones formales sobre la inconstitucionalidad de las mismas. En un Estado Democrático de Derecho, la Constitución determina la actividad concreta de todos los Poderes del Estado y, ciertamente, también la del Judicial. De esta manera, las

<sup>316</sup> *Infra*, V, b).

<sup>317</sup> *Infra*, 25, I, b).

<sup>318</sup> *Infra*, 11, I.

<sup>319</sup> *Supra*, 3, V.

<sup>320</sup> *Infra* 10, III.

<sup>321</sup> *Infra*,

<sup>322</sup> C.P.T., I, págs. 155 y 156.

<sup>323</sup> *Infra*, 28, III, b).

<sup>324</sup> Sobre ello, véanse FROMONT, MICHEL, *Le juge constitutionnel et le droit pénal en la République Fédérale d'Allemagne*, págs. 743 y sigts.; MATHIOT, ANDRE, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois pénales et de procédure pénale par la Cours Suprême de Etats Unis au XXème siècle*, págs. 726 y sigts.; LOIE PHILEPE, *La Constitutionnalisation du droit pénal français*, págs. 712 y sigts. todos ellos en *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, año 1985, N° 4, octubre-diciembre de 1985, París, 1985; MAESTRE DELGADO, ESTEBAN, *Desarrollo jurisprudencial del derecho constitucional a la presunción de inocencia*, en *A.D.P. y C.P.*, tomo XXXVIII, fascículo III, Madrid, 1985, págs. 721 y sigts.; BERDUGO, IGNACIO, *Derechos Humanos y Derecho Penal*, en *Nuevo Foro Penal*, Bogotá, N° 39, enero-marzo de 1988, págs. 42 y sigts.; FERNANDEZ CARRASQUILLA, JUAN, *Los derechos humanos como barrera de contención y criterio autorregulador del poder punitivo*, en *Nuevo Foro Penal*, Bogotá, N° 39, enero-marzo de 1988, págs. 58 y sigts.

garantías constitucionales se integran directamente a la normativa penal, configurando su sistema y decidiendo sobre la aplicación del mismo a los particulares. La importancia política y jurídica de este desarrollo, que *desformaliza* los conductos a través de los cuales las normas constitucionales imponen sus directivas a la jurisprudencia, es de una trascendencia capital para el perfeccionamiento de la democracia en el futuro. En efecto, por su intermedio las declaraciones abstractas del derecho contenidas en la Carta Fundamental se transforman en un instrumento puesto al servicio *inmediato y concreto* de los ciudadanos para la defensa de sus derechos personales, y en un recurso de control de la constitucionalidad de los actos ejecutados por el legislador y por los órganos de la administración estatal.

Un procedimiento de esta clase no sólo es posible en el ámbito de nuestro ordenamiento jurídico, sino que se encuentra imperativamente consagrado en el art. 6º, incisos primero y segundo de la C.P.R., de conformidad con los cuales "Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella" y "Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo". Siendo así, parece evidente que los Tribunales deberán estarse a los mandatos y prohibiciones de la Carta Fundamental cuando se encuentra avocados a la aplicación de las normas legales, si entre ambas existen contradicciones, si de dos interpretaciones posibles de una disposición el precepto constitucional exigiría estarse a una de ellas.<sup>325</sup> Aunque en algunos casos lo han hecho así, se trata de un criterio que todavía no se ha consolidado en la práctica judicial.<sup>326</sup>

### III. RELACIONES DEL DERECHO PENAL CON EL CIVIL.

Las relaciones entre el derecho penal y el civil son numerosas y sería ocioso intentar una enumeración de todas ellas, pues sólo se manifiestan completamente en el examen pormenorizado de ambos ordenamientos.<sup>327</sup> Más importante que esto es discutir brevemente en qué medida las normas de cada uno de ellos son vinculatorias para el otro.

La afirmación del carácter subsidiario del derecho penal, entendido en su sentido tradicional,<sup>328</sup> ha influido para sostener que este se encuentra en una relación de dependencia respecto del ordenamiento civil.<sup>329</sup> Tal criterio tiene que ser desestimado. Los objetivos y la particularidad de los recursos del ordenamiento punitivo lo distinguen claramente del derecho privado, y exigen un tratamiento diferenciado de sus normas tanto por el legislador como por el intérprete y, por lo tanto, así en lo práctico como en lo dogmático.

<sup>325</sup> En el mismo sentido POLITOFF, I. 1, 7. A, pág. 30. Véase también la referencia al *Derecho Constitucional* de VERDUGO, PFEFFER Y NOGUEIRA, en la nota 55 de esa misma página.

<sup>326</sup> Véase, a título de ejemplo, sentencias de la Corte Suprema de fechas sobre la vigencia de lo dispuesto en el artículo de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques.

<sup>327</sup> Véase una descripción de los contactos más relevantes en NOVOA, I. 35, pág. 59.

<sup>328</sup> *Supra*, 3, III, a).

<sup>329</sup> Así se advierte todavía en la primera edición de este libro, I. 4, III, pág. 69, aunque luego me esforzaba por no sacar de esa posición consecuencias exageradas.

Pero esto tampoco significa sostener que exista una autonomía total, como consecuencia de la cual el derecho penal deba desentenderse por completo de los conceptos elaborados por el derecho civil y de las reglas contenidas en sus disposiciones. No se puede perder de vista que, a fin de cuentas, ambos ordenamientos forman parte de un todo que aspira a regular coherentemente la vida social y, por lo mismo, la interacción entre ambos es constante. Lo importante es advertir, más bien, que la solución de cada situación depende de consideraciones prácticas relativas a sus consecuencias, y no de definiciones apriorísticas. Por esto, cualquiera de los dos derechos puede tomar del otro los conceptos o desarrollos que le sean útiles. Muchas veces, incluso, esto dependerá de la existencia de remisiones legales expresas. Pero, al mismo tiempo, hay que evitar el error de entronizar en el derecho penal un "puncivilismo" perturbador, que obliga a respetar los enfoques privatistas también cuando originan soluciones inconvenientes desde el punto de vista político criminal.<sup>330</sup> asimismo, por supuesto, la pretensión de imponer al ordenamiento privado nociones y desarrollos propios del derecho punitivo.<sup>331</sup>

En nuestro medio esto se olvida con frecuencia y existe una marcada tendencia a extrapolar los conceptos y resultados del derecho civil al punitivo. Esto, que es muy acentuado en la práctica, pero que se refleja también en la doctrina, no ha contribuido a un desenvolvimiento adecuado del derecho penal. Uno podría decir que, hasta cierto punto, el desarrollo alcanzado por este último en el presente, se ha producido *a pesar* de ese prurito, manifestado sobre todo en cierta ceguera de la jurisprudencia frente a los progresos de la ciencia y el derecho comparado. Uno de los ejemplos más evidentes y lamentables lo proporciona la persistencia en el dogma *error iuris nocet* (inexcusabilidad del error de derecho), que ha sobrevivido, incluso en la literatura, no obstante las consecuencias penales aberrantes a que conduce y su consiguiente abandono por la práctica, la teoría y la legislación comparadas más importantes.<sup>332</sup>

Suele afirmarse que esta situación ha sido provocada por la influencia del derecho romano sobre nuestro ordenamiento jurídico. Contra esta creencia hablan el vigor evolutivo y la enérgica capacidad de adaptación al *telos* que son característicos del sistema normativo romano. Por eso, pienso, más bien, que la han causado, en parte, el prestigio de que han gozado entre nosotros las instituciones civiles francesas, más desarrolladas que las penales, y la monumentalidad que todavía se reconoce al Código de Bello, después de más de un siglo de vigencia; en parte, también, la tradición positivista que imperaba al establecerse nuestro ordenamiento jurídico, y que formó en los tribunales el hábito cómodo de asilarse en las prescripciones del Código Civil cada vez que la ley no le procura una solución expresa para el conflicto sometido a su decisión. Esta última actitud es difícil de corregir, pero, a la larga, la jurisprudencia tendrá que asumir la responsabilidad de desarrollar las prescripciones penales con arreglo a criterios político-criminales enraizados en las convicciones ético-sociales imperantes y en la normativa constitucional, y no remitiéndose de manera superficial y formalista a textos concebidos para resolver otra clase de problemas.

De entre las muchas zonas en que la relación entre los conceptos procesales y civiles necesitan ser analizada, pueden destacarse algunas que constituyen ejemplos

<sup>330</sup> Uno de los ejemplos más destacados de esta inclinación lo proporciona la obra de CARNELUTTI, *Teoría general del delito*, traducción de Víctor Conde, Madrid, 1952, notable, por lo demás, en otros aspectos.

<sup>331</sup> En el mismo sentido del texto se pronunció expresamente ANDRÉS BELLO, cuya opinión es, por cierto, muy importante en nuestro medio. Véase, al respecto, DOYHARCABAL, SOLANGE, *El pensamiento de Bello en el Derecho Penal*, en *Boletín de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, N° 43, agosto de 1979, págs. 29 y 30.

<sup>332</sup> *Infra*, 28, y en especial II. b). En esta materia la jurisprudencia ha ejecutado un giro en los años recientes, del que se da noticia en el lugar antes citado.

ilustrativos: ¿Hasta donde rigen para el derecho penal las definiciones de dolo y culpa que consagra el art. 44 del C.C.? ¿O la de propiedad, establecida en el art. 582 de ese mismo texto legal? ¿O las reglas de interpretación de las leyes de los arts. 19 y sigts. del C.C.? ¿Qué se entiende por documentos públicos o auténticos en los arts. 197 y sigts. del C.P. y en qué medida se corresponde su noción con la del art. 1699 del C.C.? ¿Cuál es el sentido de la palabra "asesino" que emplea el art. 6º de la Ley de Matrimonio Civil?: ¿se refiere ella al autor de un homicidio cualquiera, o sólo al del calificado del art. 391, N° 1º del C.P. o, más rigurosamente todavía, únicamente al que lo cometió por premio o promesa remuneratoria (art. 391, N° 1º, circunstancia segunda)? Y el "cómplice" a que alude luego dicha disposición, ¿lo es tan sólo en el sentido del art. 16 del C.P. o también del instigador del art. 15 N° 2º, segunda parte, y los partícipes descritos por el art. 15 N° 3º? He aquí, escogidas desordenadamente, unas cuantas preguntas que permiten formarse una idea del número, complejidad e importancia de las situaciones a que nos estamos refiriendo.

#### IV. RELACIONES DEL DERECHO PENAL CON EL ADMINISTRATIVO

Las relaciones del derecho punitivo con el administrativo son especialmente complejas. A partir de mediados del siglo XIX,<sup>333</sup> sobre todo, se han vuelto cada vez más enmarañadas, a consecuencia de una serie de factores que han oscurecido progresivamente sus fronteras y, en especial, las existentes entre sus respectivos recursos de reacción frente al ilícito. La distinción entre la *pena penal*, la *administrativa* y la *disciplinaria* ha llegado a constituirse en un problema cuyas consecuencias prácticas son graves y cuya solución teórica, entre tanto, dista de ser unánime y satisfactoria.

A causa de la importancia que se atribuye a la materia, la Asociación Internacional de Derecho Penal la incluyó en el temario de su XIV Congreso Internacional de Derecho Penal que se celebró en Viena en 1989. En el precoloquio preparatorio sobre el tema, realizado en Estocolmo entre el 14 y el 17 de junio de 1987 se advirtió una importante coincidencia entre los penalistas presentes respecto de las cuestiones fundamentales. Sin embargo, la reunión verificó que en la práctica esos problemas están resueltos de manera anárquica en las legislaciones de los distintos países y que, incluso, los hay que ni siquiera son abordados por ellas. Por otra parte, pudo vislumbrarse que los especialistas en derecho administrativo no siempre comparten los puntos de vista defendidos por los penalistas y que a menudo no se pliegan a las exigencias de garantía formuladas por éstos. La unidad de pareceres teóricos, por consiguiente, en varios aspectos es más aparente que real.

Aparte de esto, se discuten también las vinculaciones que existen entre el derecho administrativo y las *medidas de seguridad y corrección*, como asimismo entre aquél y el *derecho penitenciario*.

##### a) Orígenes del problema

En rigor, el derecho penal anterior a la Ilustración era derecho administrativo, pues, aunque las sanciones fueran impuestas por tribunales, los funcionarios judiciales estaban sometidos de tal manera a la Administración que sus decisiones se orientaban de acuerdo con las necesidades y exigencias de ésta. Por otra parte, al menos desde el advenimiento del Estado absoluto, los intereses de la comunidad se identificaban con los del órgano administrativo supremo. La idea de que "el Estado era el monarca" traía aparejada la de que los intereses de éste eran vitales para la preservación de la convivencia pacífica.<sup>334</sup> Así se entroniza, sin reparos, una "justicia de gabinete" con una división puramente técnica del trabajo entre tribunales y autoridades administrativas.<sup>335</sup>

En la mayor parte de Europa occidental, el triunfo de las ideas liberales, impuestas teóricamente por la Ilustración y realizadas por las revoluciones norteamericana y francesa, conduce a una situación opuesta. Con arreglo a la interpretación tradicional del principio de separación de los Poderes del Estado, la función punitiva pertenece por entero al Legislativo y al Judicial, en tanto que el Ejecutivo, como titular de la Administración, se encuentra despojado de ella.<sup>336</sup> Todo hecho merecedor de un castigo debe encontrarse descrito en una ley formal y su imposición estar precedida por un proceso seguido ante la jurisdicción ordinaria.

El principio aludido prevaleció en lo fundamental, especialmente en Europa Central, aunque es improbable que haya sido aplicado de manera rigurosa, pues siempre se reconocieron a la Administración facultades correctivas.<sup>337</sup> La consecuencia fue una hipertrofia de los Códigos y de la legislación penal accesoria, recargados por la incorporación de infracciones intrascendentes a las que la literatura alemana denomina, gráficamente, "delitos de bagatela". A esa tendencia se debe también la tripartición de los hechos punibles en crímenes, simples delitos y faltas,<sup>338</sup> que permitió reservar la última categoría para las contravenciones de menor entidad.

Tal situación pudo mantenerse mientras se acordó al Estado una función eminentemente subsidiaria de la actividad privada, pues entonces la injerencia administrativa se encontraba reducida a su expresión más modesta. Pero a medida que la realidad obligó a superar esa concepción individualista exagerada y nuevos puntos de vista ideológicos aceleraron la expansión de la actividad estatal, las cosas se agravaron. El Estado, comprometido con tareas sociales cada vez más vasta y complejas, e invadiendo progresivamente los espacios tradicionalmente reservados a los entes privados, se vio precisado a extender la actividad de sus órganos administrativos, que, por su parte, adquirieron dimensiones desmesuradas. Incluso el contraste en-

<sup>333</sup> MAURACH, I, 1, III, A, págs. 16 y 17.

<sup>334</sup> Una vigorosa reproducción histórica de estos criterios, si bien ideológicamente sesgada, puede encontrarse en FOUCAULT, op. cit., especialmente págs. 38 y sigts.

<sup>335</sup> MAURACH, I, 1, III, A, págs. 16 y 17.

<sup>336</sup> TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, Hamburg, 1976, I, 3, I, 2, pág. 116.

<sup>337</sup> TIEDEMANN, op. cit., I, 3, I, 2, pág. 117.

<sup>338</sup> *Infra*, 12, III, b).



tre intereses de la Administración y de los individuos entró en crisis, junto con acentuarse los progresos de una organización social en la que la participación reclamada por los ciudadanos es cada vez mayor.<sup>339</sup> En semejantes condiciones, la pretensión de exigir una intervención formal de los tribunales para la sanción de toda infracción, se volvió utópica. Para sortear las crecientes dificultades se echó mano, por una parte, de las "leyes penales en blanco"<sup>340</sup> y, por la otra, de la *pena administrativa*, entendida como algo distinto de la criminal y, por lo tanto, no sometida a las restricciones que implica la amenaza e imposición de esta última. La Administración, a su vez, acelera este proceso, asegurando que, para cumplir las extensas obligaciones que le asigna una concepción social del Estado, necesita disponer de facultades sancionadoras.

En nuestro país la evolución histórica, si bien participa de algunos de los rasgos descritos, sigue un camino algo diferente, en parte a causa de las peculiaridades de nuestra sociedad y, en parte, debido a las de la madre patria. Como España no vivió el proceso de liberalización con la misma profundidad que Francia, Alemania, Italia u Holanda, por ejemplo, en ella las facultades de la Administración para establecer sanciones perduraron más tiempo y, en el hecho, nunca se las suprimió del todo, pues la repugnancia frente al ejercicio de ese poder fue menos intensa en el ámbito del pensamiento político español que en el de otras naciones.<sup>341</sup> Ahora bien, hay buenos motivos históricos para suponer que esa actitud peninsular informó la mentalidad de los legisladores y la jurisprudencia chilenos mucho más que la procedente de otras naciones. De aquí entonces que en Chile no se haya vivido el proceso de penalización de las infracciones "de bagatela" como en los países de Europa Central. Por influencia del Código Penal francés, recibida a través del español de 1948-50, se acogió la división tripartita y la inclusión en el texto legal de una cantidad de pequeños atentados agrupados, en forma desordenada, en el Libro III del C.P. Pero es seguro que, al mismo tiempo, la Administración conservó siempre una amplia injerencia en la imposición de medidas sancionadoras. Naturalmente, al producirse más tarde una cierta "legitimación" práctica de estas últimas aun en los países de tradición liberal más auténtica, ello tiene que haber repercutido en nuestro medio determinando una creciente cesión de facultades en los órganos administrativos, con consecuencias que distan de merecer aprobación. De esta manera hemos llegado a un punto en el cual, así como ocurre todavía en España, "es más urgente la *desadministrativización* (privación del poder sancionador de la Administración) de lo que lo es la *despenalización* (entrega a la Administración del poder para castigar las contravenciones, los llamados asuntos baladíes)" en el resto de los derechos continentales.<sup>342</sup> Esto acentúa los problemas a que se refieren los párrafos siguientes.

Tampoco el derecho anglosajón evolucionó como el del continente europeo, y siempre reconoció a la Administración una facultad de imponer sanciones más bien amplia. Pero

<sup>339</sup> TIEDEMANN, op. cit., I, 3, II, 1, págs. 130 y sigs.; STRATENWERTH, 56, pág. 25.

<sup>340</sup> TIEDEMANN, op. cit., I, 3, I, 2, pág. 118. Sobre las "leyes penales en blanco", infra, 7, IV.

<sup>341</sup> BAJO FERNANDEZ, MIGUEL, *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Madrid, 1978, págs. 93 y sigs.

<sup>342</sup> BAJO FERNANDEZ, MIGUEL, op. cit., pág. 99. En el mismo sentido CEREZO, I, págs. 46 y 47. (Ambos con referencia a la situación en España).

esta situación no es comparable con la de nuestro país. En los Estados que pertenecen a esa área, el poder de los tribunales es enorme, y ellos se atribuyen la facultad de examinar la legalidad de todo acto administrativo, incluyendo por cierto los sancionadores. Ningún órgano de la Administración se atreve a oponerse a esta fiscalización o a desconocer las decisiones adoptadas por los jueces en el ejercicio de su derecho a realizarla, pues, cuando lo han intentado, los tribunales reaccionaron con una autoridad avasalladora e impusieron sus facultades y autonomía a toda costa. En esas condiciones, la potestad de la Administración para sancionar se encuentra sujeta a una limitaciones reales que la fuerzan a ejercitarla con prudencia. A pesar de esto, por supuesto, también hay abusos. Pero las posibilidades que tiene el ciudadano de que se corrijan son mayores que las que le asegura un sistema jurídico como el imperante entre nosotros hasta el presente.

## b) El concepto de pena administrativa y su clasificación: Penas gubernativas y disciplinarias.

El concepto de *pena administrativa* tiene un doble sentido.<sup>343</sup> Por una parte puede atribuírsele un significado *procesal*, en cuyo caso las penas administrativas son aquellas medidas sancionatorias que, de conformidad con el ordenamiento vigente, se imponen por una autoridad administrativa, sin intervención de los tribunales de justicia, no obstante su naturaleza punitiva (o, por lo menos, su semejanza con las formas de la pena criminal). Por la otra, también es posible conceptuarla de acuerdo con un criterio *material*, y entonces serán penas administrativas las aplicadas a hechos que atentan contra la estructura, organización y funciones de la Administración, o contra otros bienes jurídicos cuya violación, por encontrarse estrechamente vinculados con ella, la afectan de manera directa.

Lo que de ordinario se denomina *derecho penal administrativo* se encuentra integrado por el conjunto de infracciones a que alude esta segunda noción, las cuales pueden, en ciertos casos, encontrarse amenazadas con penas penales propiamente tales, como ocurre con aquellas a que se refiere la mayor parte del Título V del Libro II del C.P., y en otros con sanciones administrativas entendidas en el primero de los sentidos, esto es, impuestas por la autoridad administrativa. Sin embargo, el rótulo también se emplea a veces para designar únicamente el grupo de hechos castigados por la Administración, con prescindencia de los tribunales o, viceversa, para referirse a los auténticos delitos contra la Administración. Todo lo cual, por supuesto, origina confusiones perturbadoras para la solución de las cuestiones debatidas.

En el art. 20 del C.P., que se refiere en forma expresa al asunto, la frase "multas y demás correcciones que *los superiores impongan* a sus subordinados y administrados *en uso de la jurisdicción disciplinal o atribuciones gubernativas*", alude al significado procesal de la pena administrativa, como lo demuestran las palabras que se han subrayado. Por lo tanto, en las consideraciones siguientes se lo emplea en este sentido.

De conformidad con el citado art. 20, las sanciones administrativas se pueden clasificar en *gubernativas* y *disciplinales*. Las primeras, a las que la mayor parte de los autores identifican con el género<sup>344</sup> son aquellas que la autoridad puede imponer a

<sup>343</sup> TIEDEMANN, op. cit., I, 3, I, 1, págs. 115 y 116.

<sup>344</sup> Véase, por todos, CASABO RUIZ, en CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, II, pág. 78; COUSIÑO, I, 4, D, pág. 23; ETCHEBERRY, I, págs. 13 y 62. Por el contrario, NOVOA, I, 33, pág. 57, incluye "una parte considerable del derecho penal disciplinario" en el derecho administrativo. Por lo que se refiere a MAURACH, I, 1, III, b), págs. 9 y 10, es preciso aclarar que denomina "penas gubernativas" a un tipo de sanciones distintas, tanto de las que llamo así en el texto como de las disciplinarias.

cualquier ciudadano; las segunda, en cambio, están reservadas para castigar a quienes se encuentran vinculados con la organización administrativa por una relación de subordinación, en cuya virtud deben acatar ciertas reglas de conducta destinadas a la conservación del orden dentro de ella. Mientras las penas gubernativas se encuentran dispersas y en gran número por todo el ordenamiento jurídico, las disciplinares se agrupan, de preferencia, en el C.O.T., el Estatuto Administrativo y el C. de J.M.

No se deben confundir las penas disciplinares propiamente tales con algunas que la ley, a veces, denomina así, pero que en rigor no son sino sanciones administrativas de orden, destinadas a conservar el que debe reinar en ciertos lugares o durante la celebración de actos determinados.<sup>345</sup> A una de ellas se refiere, por ejemplo, el art. 426 del C.P., cuya primera parte establece que "la calumnia o injuria causada en juicio se juzgará disciplinariamente... por el tribunal que conoce de la causa". En efecto, la parte, el abogado, el testigo, etc., que incurre en la acción injuriosa o calumniosa, no se encuentra relacionado con el tribunal por un auténtico vínculo de subordinación, de manera que la facultad concedida a éste se funda, más bien, en la necesidad de que quienes intervienen en los actos del proceso observen una actitud respetuosa.<sup>346</sup>

### e) La relación entre penas penales y gubernativas (administrativas).

Existen dos tendencias respecto a la naturaleza de la relación entre la pena penal y la gubernativa. Conforme a la primera de ellas, los dos tipos de sanciones se diferencian por la naturaleza de las infracciones a las cuales se imponen, de manera que son cualitativamente distintas. La segunda, en cambio, estima que entre los ilícitos castigados con penas penales y aquellos amenazados con una sanción gubernativa únicamente existe un matiz gradual. Por consiguiente sólo se distinguen cuantitativamente.

aa) Aunque las teorías cualitativas obedecen todas al criterio expuesto más arriba, no están de acuerdo sobre lo que distingue al injusto penal y administrativo. Esto no siempre es tomado en cuenta por la literatura nacional -en la cual todavía predominan- que suele combinar sus puntos de vista en una forma algo apresurada.

La más prestigiosa de estas concepciones fue elaborada por JAMES GOLDSCHMIDT y "dotada de una fundamentación filosófico-jurídica" por ERICK WOLF.<sup>347</sup> Con arreglo a ella, el injusto administrativo sólo protege intereses administrativos y no bienes jurídicos auténticos. Según este punto de vista, el hombre ocupa en la sociedad una posición doble. Por una parte, es un individuo cuya conducta se rige por su voluntad autónoma, a la que sólo limitan leyes generales constitutivas de ilícitos; por la otra, es un integrante de la comunidad y su voluntad se subordina en este aspecto a las finalidades de bienestar y progreso común. Ahora bien, los injustos creados por las leyes para restringir la autonomía de la voluntad individual obedecen a la necesidad de proteger bienes jurídicos de otras personas o

<sup>345</sup> JESCHECK, 2, III, pág. 12, se refiere también diferenciándolas a estas penas que "ciertamente, conectan con un hecho cometido, pero sólo tienen el carácter de una reprobación"

<sup>346</sup> Así, SOLER, I, 1, II, pág. 4.

<sup>347</sup> CERESO, I, pág. 46. Sobre el desarrollo histórico de este criterio, ampliamente JAKOBS, 3, 1 y sigts., págs. 63 y sigts.

de la sociedad en cuanto puede ser titular de ellos. En cambio, las infracciones administrativas aspiran, únicamente, a asegurar el cumplimiento de obligaciones de los gobernados para con la Administración, que han sido impuestas a fin de proveer al buen funcionamiento de ésta y, por consiguiente, a la posibilidad de alcanzar los objetivos prácticos que le son peculiares. Así, la naturaleza de los ilícitos penales y administrativos es distinta; por lo tanto, también la de las sanciones impuestas a unos y otros.

El punto de vista de GOLDSCHMIDT y WOLF no es convincente, a pesar de su construcción tan cuidadosa.

Desde luego, se funda en un contraste casi total entre los intereses de la sociedad y el individuo, que en el presente carece de vigencia. Ni siquiera conceptualmente es posible practicar la separación entre las dos posiciones que atribuyen a los seres humanos. En efecto, en la sociedad contemporánea el sujeto tiene y aspira a una participación cada vez mayor, que, recíprocamente, importa una asunción creciente de responsabilidades sociales por los individuos. En ese contexto, la separación categórica de ambas posiciones resulta ilusoria.<sup>348</sup> Aparte de que nunca ha sido sino la consecuencia de un liberalismo entendido de manera fundamentalista -por lo demás muy en boga actualmente- pues tampoco el pensamiento que antecedió a la revolución industrial aceptaba esa escisión tajante entre los intereses del particular y de la organización social.

La verdad es que, tras la teoría de GOLDSCHMIDT, se oculta también la antigua distinción entre el delito natural y el de mera desobediencia (conductas que se prohíben porque son malas y conductas que sólo son malas porque están prohibidas).<sup>349</sup> Aquí no es posible discutir esta concepción en detalle, pero se sabe que hoy se encuentra abandonada.<sup>350</sup>

En la práctica, por otra parte, la teoría conduce a resultados antagónicos con las concepciones liberales.<sup>351</sup> En efecto, se presta para enmascarar, tras el rótulo de penas administrativas, una serie de reacciones punitivas cuya aplicación se sustrae, con ese pretexto, al sistema de garantías que rodea la imposición de la pena penal. A lo largo de todo el siglo actual los regímenes totalitarios han hecho uso de ese recurso en forma escandalosa, recuperando de este modo la facultad de hacer "justicia de gabinete" y retrotrayendo las cosas a la situación en que se encontraban antes de enunciarse el principio de la separación de los Poderes del Estado, cuyo objetivo fue, entre otros, el de ponerle fin.

La idea de que las infracciones administrativas no lesionan bienes jurídicos, sino mera obligaciones impuestas por razones de orden,<sup>352</sup> tampoco es aceptable. Es cierto que al organizar ciertas actividades sociales, la Administración puede adoptar decisiones arbitrarias, escogiendo una de varias alternativas intercambiables. El ejemplo característico lo constituye la exigencia impuesta a los vehículos motorizados de transitar por el lado derecho de las calzadas. Por cierto, nada obsta a que la orden se

<sup>348</sup> TIEDEMANN, op. cit., I, 3, II, págs. 135, con detalle y bibliografía.

<sup>349</sup> CASABO RUIZ, en CORODOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, II, pág. 79.

<sup>350</sup> En el mismo sentido la crítica de SOLER, I, 1, II, pág. 6, nota 9.

<sup>351</sup> SOLER, I, 1, II, pág. 6.

<sup>352</sup> COUSINO, I, 4, D, pág. 25.

invierta y, de hecho, en algunos países, como Gran Bretaña, el tráfico circula por la izquierda. Pero tras estas elecciones se halla, siempre presente, la necesidad de ordenar en alguna forma -esta o aquella- el desplazamiento de los vehículos, con el objeto de reducir, hasta donde sea posible, los riesgos que origina para la vida, integridad corporal, salud y propiedad de los participantes en la convivencia. Aunque mediatizada, la salvaguarda de los bienes jurídicos también se encuentra presente, pues, en la adopción de opciones como la descrita; por eso, la infracción a la regla elegida, apunta también contra ellos de manera indirecta.<sup>353</sup>

Por último, es inexplicable que ciertas infracciones a las que los partidarios de esta teoría atribuyen carácter administrativo -incluso expresamente- aparezcan, sin embargo, consagradas como faltas penales en el Libro III del C.P. y, muchas veces, hasta como delitos propiamente tales. ¿Qué son, en efecto, sino atentados en contra de la organización de la Administración, los nombramientos ilegales del art. 220, la usurpación de atribuciones del 221, la denegación de auxilio simple del art. 253 inc. primero y el abandono de destino simple del 254 inc. primero? De algunas de estas conductas puede sostenerse que su inclusión entre los delitos es errónea y deberían ser trasladadas a leyes en las cuales se les impusieran simples sanciones administrativas.<sup>354</sup> Pero tal cosa no es válida para todas, pues respecto a algunas de ellas nadie postularía una solución como esa, precisamente porque revisten considerable gravedad. De este modo, en última instancia, es la magnitud del ilícito y no su calidad lo que determina la clase de castigo que se considera apropiado para él.

Menos aceptable que la concepción de GOLDSCHMIDT y WOLF son aquellas que deducen la distinción entre ambas clases de injusto de supuestas diferencias en sus consecuencias. Así, por ejemplo, la que sostiene que las infracciones administrativas se castigan sin consideración a la culpabilidad del autor, al paso que las penales requieren de esta para ser sancionadas.<sup>355</sup> Esa afirmación, en efecto, se basa en una petición de principios. La cuestión de si se necesita o no que el injusto administrativo sea, además, reprochable al sujeto para que proceda la imposición de la pena, además de ser discutible,<sup>356</sup> depende, precisamente, de si su naturaleza es en realidad distinta a la de la penal, pero no a la inversa.

Por último, tampoco es convincente la afirmación de que los ilícitos administrativos sólo ponen en peligro más o menos remoto a los bienes jurídicos, al paso que los penales los lesionan inmediata y concretamente. Un examen somero de la legislación penal demuestra que tal cosa es inexacta, pues nadie querría transformar en meras infracciones administrativas a todos los delitos de peligro, en los cuales, precisamente, la seguridad de los intereses jurídicamente protegidos es afectada sólo de manera remota o inmediata y, en los de peligro abstracto, ni siquiera de modo concreto.<sup>357</sup> Del otro lado, quien conduce en forma negligente un vehículo, y por eso causa un accidente del que resultan sólo daños cuantiosos en la propiedad ajena, incurre únicamente en una sanción administrativa -sin perjuicio, claro está, de las indemnizaciones civiles a que haya lugar-, no obstante la lesión efectiva e inmediata de un bien jurídico.<sup>358</sup>

bb) Por las razones expuestas, en mi opinión la diferencia entre el ilícito gubernativo (administrativo) y el penal es exclusivamente cuantitativa. Entre ambos,

<sup>353</sup> CEREZO, I, pág. 38. Recientemente, además, sobre la afectación indirecta de bienes jurídicos -si bien con relación a otro tema- véase ROXIN, I, 23 y sigts., págs. 60 y sigts.

<sup>354</sup> CURY, *Contribución político-criminal estudio de los delitos funcionarios*, en *Octavas Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 1987, passim.

<sup>355</sup> COUSIÑO, I, D, págs. 24 y 25.

<sup>356</sup> *Infra*, dd). Allí se defiende el criterio de que también la sanción administrativa sólo puede aplicarse al que actuó culpablemente, coincidiendo con la opinión que ha predominado en la doctrina comparada actual.

<sup>357</sup> ROXIN, I, 2, 39, pág. 71: "...los hechos punibles y las contravenciones no se distinguen por la presencia o falta de una lesión de un bien jurídico, puesto que ambos lesionan bienes jurídicos".

<sup>358</sup> En el mismo sentido, JESCHECK, 7, V, 3, b), pág. 51: "La infracción administrativa coincide con el delito en que presenta un grado tan considerable de peligrosidad en el ataque al bien jurídico protegido, que sólo la sanción represiva del Estado es suficiente para la defensa del orden público, distinguiéndose en ello del incumplimiento contractual y de la mera infracción de policía." (El énfasis en el original).

en efecto, sólo puede hacerse una distinción de magnitudes. El administrativo no es sino un injusto de significado ético-social reducido, que por tal razón sólo debe estar sometido a sanciones leves cuya imposición no requiere garantías tan severas como las que rodean a la de la pena penal. Este es el criterio predominante en el derecho comparado.<sup>359</sup>

cc) En contra de esta distinción cuantitativa, en la literatura chilena se invoca el art. 20 del C.P., con arreglo al cual "no se reputan penas, la restricción de la libertad de los procesados, la separación de los empleos públicos acordada por las autoridades en uso de sus atribuciones o por el tribunal durante el proceso o para instruirlo, ni las multas y demás correcciones que los superiores impongan a sus subordinados y administrados en uso de su jurisdicción disciplinal o atribuciones gubernativas".<sup>360</sup> Esta norma, se dice, traza una frontera categórica entre las penas criminales y las sanciones gubernativas (administrativas), que impide aceptar la existencia de una identidad sustancial entre ellas y, por lo tanto, distinguirlas exclusivamente por la magnitud del ilícito al que se conectan.

Pienso, sin embargo, que el argumento no es concluyente. En efecto, no sólo existen valiosas razones sistemáticas, históricas y materiales para desestimarlas, sino que el propio texto del art. 20 del C.P. proporciona bases para sostener que la ley acoge el punto de vista cuantitativo, expresado, además, en otras disposiciones cuyo contenido sólo puede explicarse acudiendo a él.

En primer lugar, el art. 20 expresa que las medidas descritas en su texto "no se reputan penas", esto es, que formalmente no se las tiene por tales, aun reconociendo que participan de su misma naturaleza. Si el legislador hubiera creído en verdad que esas reacciones jurídicas eran cualitativamente diferentes de la pena criminal, el precepto lo habría consignado mediante el giro "no son penas" u otro equivalente que, incluso, habría resultado superfluo. Pero el empleo del verbo *reputar* en el encabezamiento de la norma subraya el carácter artificioso de la distinción, pues significa que a tales sanciones no se las tendrá por penas no obstante que naturalmente lo son.<sup>361</sup>

Una segunda consideración, que no se refiere directamente a las sanciones gubernativas, afecta, sin embargo, a todo el contenido del art. 20. De conformidad con dicha disposición, efectivamente, tampoco se reputan penas las restricciones de la libertad de los procesados. Sin embargo, el art. 26 establece que "la duración de las penas temporales empezará a contarse desde el día de la aprehensión del procesado", y el 503 del C. de P.P., complementándolo, dispone que "las sentencias que condenen a penas temporales expresarán con toda precisión el día desde el cual empezarán éstas a contarse, y fijarán el tiempo de detención o prisión preventiva

<sup>359</sup> Véase, por todos, BAUMANN, 4, I, 2, a), pág. 33; CASABO RUIZ, en CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, II, págs. 82 y sigts.; CEREZO, I, pág. 56; JAKOBS, I, 3, I, B, 6 y sigts., págs. 66 y sigts.; JESCHECK, 7, V, 3, b), págs. 51 y 52; I, 3, I, B, 6 y sigts., págs. 66 y sigts.; ROXIN, I, 41, pág. 72; STRATENWERTH, 57, pág. 25; WELZEL, 4, I, 1, pág. 31. Muy enérgicamente SOLER, I, 1, II, págs. 5 y 6. Esta fue también la opinión que prevaleció en el Coloquio de la Asociación de Derecho Penal sobre el tema en 1987, expresada en la introducción a las resoluciones, N° 3.

<sup>360</sup> Así, NOVOA, I, 21, págs. 41 y 42.

<sup>361</sup> CASABO RUIZ, en CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, II, págs. 70 y 71 y págs. 84 y 85, así como I, págs. 301 y 302, puntualiza esta precisión terminológica.

que deberá servir de abono a aquellos procesados que hubieren salido en libertad durante la instrucción del proceso". Ahora bien, parece indudable que si la privación de libertad del procesado puede imputarse (abonarse) a la pena que se le imponga, a pesar de no reputarse tal, ello se debe a que su naturaleza es semejante y a que, en consecuencia, la diferencia consagrada por el art. 20 no está fundada en bases cualitativas. Pues, de otra manera, incurriríamos en el absurdo de aceptar que la sentencia condenatoria tiene la virtualidad sorprendente de mudar retroactivamente la naturaleza de la detención sufrida por el afectado con anterioridad a su dictación<sup>362</sup> o que cosas distintas pueden ser sustraídas las unas de las otras.

Por estas razones, creo que el art. 20 del C.P. no está fundado en la supuesta diferencia cuantitativa entre penas criminales y gubernativas, sino que, por el contrario, constituye una demostración de que el legislador la consideraba impracticable como tal. En efecto, el propósito de esa norma parece haber sido, más bien, despojar a ciertas sanciones leves de las connotaciones deshonrosas y afflictivas que rodean a la pena penal, con el objeto de sustraerlas a la vigencia de los principios *nulla poena sine lege* y *nulla poena sine iudicio*, haciendo de esta forma más expedita su imposición a infracciones de ordinaria ocurrencia y escasa significación ético-social.<sup>363</sup> El legislador percibía, sin duda, que con eso vulneraba el postulado de la separación de los Poderes del Estado. Pero, al mismo tiempo, se daba cuenta de que si la irrogación de tales penas era confiada a los Tribunales de Justicia, estos serían abrumados por una multitud de asuntos sin importancia que entorpecerían en extremo su actividad. Así, en un intento por conciliar las exigencias políticas y doctrinarias con las necesidades prácticas, buscó una solución en la distinción formal que, al paliar los efectos de ciertas penas, permitía administrarlas de manera más discrecional.<sup>364</sup>

Una prueba concluyente de que este es el sentido que la ley acuerda a la distinción practicada en el art. 20, la procura el 426 del C.P., donde la cuestión relativa a si debe imponerse una sanción disciplinaria (administrativa de orden)<sup>365</sup> o una pena criminal se resuelve atendiendo precisamente a la "gravedad" de la infracción; por consiguiente, a un criterio cuantitativo.

dd) En la literatura más reciente, con todo, se tiende a acoger una solución mixta, a la que se denomina cuantitativa-cualitativa, con arreglo a la cual, si bien el punto de vista cuantitativo debe considerarse prioritario, hay un límite en que la diferencia de magnitud del injusto es tan considerable que asume significación cualitativa.<sup>366</sup> "No es planteable castigar un asesinato, una toma de rehenes o un atraco a un banco sólo como contravenciones (administrativas). En el campo nuclear del Derecho penal las exigencias de la protección subsidiaria de bienes jurídicos requieren necesariamente un castigo penal en caso de delitos de cierto peso".<sup>367</sup>

<sup>362</sup> CASABO RUIZ, en CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, II, pág. 71.

<sup>363</sup> La consideración práctica, vinculada a la insignificancia de la infracción, aparece ya muy destacada en PACHECO, I, pág. 302, por lo menos en lo relativo a las "correcciones disciplinarias".

<sup>364</sup> Con serias dudas sobre la legitimidad de tal solución, TIEDEMANN, op. cit., I, 3, 3, pág. 27. A ello debe agregarse que, en la práctica se las ha desnaturalizado por completo.

<sup>365</sup> Supra, b)

<sup>366</sup> JAKOBS, 3, 10, págs. 68 y 69; JESCHECK 7, V, 3, b), *in fine*, págs. 51 y 52; ROXIN, I, 2, 41, págs. 72 y 73.

<sup>367</sup> ROXIN, op. y loc. cit. en la nota anterior. (El paréntesis y los énfasis son míos).

En mi opinión, no obstante, este criterio no es convincente. En realidad, lo que ROXIN y JAKOBS denominan "campo nuclear del Derecho penal" está compuesto por ataques a bienes jurídicos de una significación social muy considerable, y es precisamente por ello que, según su criterio, no se los puede sustraer al ámbito del derecho punitivo. Es posible, ciertamente, que ellos no impliquen lesión a los bienes jurídicos de mayor magnitud en términos del daño material, individual o colectivo que causa su quebrantamiento, pero sí a los que la tienen desde la perspectiva del aprecio de que gozan y de la medida en que comprometen la dignidad humana y la paz social. Por eso, me parece que también en estos casos lo decisivo es una consideración cuantitativa.

ee) El punto de vista sostenido en los párrafos anteriores conduce a conclusiones que se apartan considerablemente de los defendidos por la mayor parte de la doctrina nacional.<sup>368</sup>

En primer lugar, es preciso reconocer que las sanciones gubernativas constituyen una necesidad impuesta por la complejidad de la sociedad contemporánea. Esta exige, en efecto, una regulación más o menos minuciosa de actividades que generan peligros graves o, incluso, daños para los bienes jurídicos individuales o colectivos. Como es lógico, las infracciones más importantes a tales disposiciones deben y pueden ser reprimidas acudiendo a una pena criminal; pero existen muchas otras, de menor entidad o cuya reprochabilidad es inferior, frente a las cuales ha de reaccionarse con una sanción a la que, sin embargo, sería inconveniente atribuir las mismas consecuencias de la penal, rodeando su imposición con idénticas garantías. Según ya se ha dicho, esto último implicaría agravar a la magistratura con el conocimiento de una infinidad de atentados insignificantes, entorpeciendo el desempeño de funciones más trascendentales. No hay, pues, otro remedio que entregar a la autoridad administrativa la facultad de imponer esas medidas, en un procedimiento expedito, aligerado de formalidades hasta donde sea prudente.

Pero si se acepta honestamente este punto de partida, hay que reconocer también las limitaciones que derivan de él.

1. Ante todo, la de que este género de sanciones sólo es admisible para reaccionar contra infracciones leves cuya significación ético-social es reducida, sea por la naturaleza de los bienes jurídicos afectados, sea por el modo o circunstancias del ataque, sea por la escasa reprochabilidad que éste involucra. Por consiguiente, la magnitud de estas reacciones no puede sobrepasar una medida modesta y, en especial, su naturaleza debiera limitarse a la irrupción en esferas de derechos cuya significación es de segundo orden, como los patrimoniales. Confiar a la Administración, como por desgracia ocurre entre nosotros, la facultad de fulminar multas confiscatorias o imponer, incluso, privaciones de libertad prolongadas, debe considerarse un atentado en contra del principio de legalidad y, por ende, una violación de las normas constitucionales en que se encuentra consagrado.

Por lo demás, esta es una conclusión confirmada por la ley positiva. En efecto, el art. 501 del C.P. dispone que "en las ordenanzas municipales y en los reglamentos generales o particulares que dictare en lo sucesivo la autoridad administrativa no se esta-

<sup>368</sup> Debe exceptuarse aquí, en especial, a POLITOFF, 7, D), pág. 38, quien, aunque no compromete una opinión definitiva respecto a la discusión, se muestra inclinado a la adopción de conclusiones como las que se sugieren en el texto

blecerá, mayores penas que las señaladas en este libro, aun cuando hayan de imponerse en virtud de atribuciones gubernativas, a no ser que se determine otra cosa por leyes especiales". Esto significa que para los autores del Código las sanciones administrativas no debían exceder de la de las faltas, para las cuales sólo se prevén privaciones de libertad de hasta sesenta días (prisión) o multas no superiores a cinco UTM. Como era lógico, dejaron abierta la posibilidad de que se contemplaran excepciones, pues no podían imponer su voluntad al legislador del futuro. Pero, en todo caso, la norma consagra un criterio orientador<sup>369</sup> que, por desgracia, en la actualidad no se respeta en modo alguno.

En relación con este aspecto, la Administración sostiene que, para cumplir sus funciones, requiere que se le reconozcan facultades sancionadoras enérgicas. No es posible ignorar este reclamo, porque se encuentra avalado por realidades indeliberables. Sin embargo, este es uno de esos puntos donde el contraste entre los intereses y necesidades de la sociedad y los de los individuos que la integran debe resolverse haciendo opciones ético-políticas definidas. Puede convenirse en que, a veces, el bienestar de la comunidad exige confiar a la Administración el derecho a reaccionar frente a ciertos hechos excepcionalmente perturbadores mediante sanciones patrimoniales más severas que las ordinarias. Así puede ser, sobre todo, en materias que son capaces de provocar daños serios y extendidos, y en los que los autores de las infracciones suelen ser corporaciones poderosas -no susceptibles de ser perseguidas criminalmente a causa del carácter personal de la pena<sup>370</sup> - como sucede, por ejemplo, en el campo de los negocios y de las finanzas, en el de la protección del medio ambiente o en el de las obligaciones tributarias. En cambio, no debe autorizarse nunca a los administradores una irrupción en derechos más elevados y personales, como lo es, en especial, la libertad ambulatoria. Cuando la Administración considere que un hecho no puede ser reprimido apropiadamente sino privando de libertad al responsable o restringiéndosela, lo razonable es que acuda a los Tribunales Ordinarios de Justicia, pruebe en un proceso sustanciado con todas las garantías constitucionales y legales la existencia de un delito penal, y se atenga a la decisión correspondiente. Porque aunque eso sea menos eficaz desde el punto de vista social, el respeto a los individuos tiene prioridad a este respecto.<sup>371</sup>

En muchos casos, una decisión como esta exige al legislador elegir los hechos que serán combatidos mediante una simple sanción administrativa así limitada, y los que se incorporarán en el catálogo de los tipos penales. Para hacerlo, como es imaginable, no existen criterios absolutos. Sin embargo, en los últimos tiempos se han desarrollado algunas investigaciones orientadoras al respecto, que proporcionan puntos de partida aprovechables.<sup>372</sup>

2. No es admisible que un mismo hecho se castigue con una sanción gubernativa y una pena criminal, pues eso constituye una infracción al principio *non bis in idem*. La circunstancia de que algunas leyes y reglamentos acepten esa posibilidad<sup>373</sup> significa sólo un abuso que se debe impugnar enérgicamente, evitando a toda costa, elevarlo a la categoría de norma general.

<sup>369</sup> De paso, el art. 501 constituye también una confirmación de que para la ley la diferencia entre las penas penales y las administrativas es únicamente cuantitativa. Véase, supra, cc).

<sup>370</sup> ROXIN, I, 2, 39, págs. 71 y 72. Véase, respecto a ello, supra, 3, V.

<sup>371</sup> Este fue también el punto de vista acogido por el Coloquio de la Asociación Internacional de Derecho Penal en Estocolmo, en donde se convino que la diferencia entre la pena administrativa y la penal "implica limitaciones en la *clase* y *severidad* de las sanciones disponibles así como de las restricciones de los derechos individuales que pueden aceptarse en el curso de un proceso punitivo administrativo". De la misma forma se declaró que en materias administrativas, "las privaciones y restricciones de la libertad personal no deben estar disponibles como sanción primaria" ni mediante el expediente de la convertibilidad de la multa ("*as an enforcement measure*").

<sup>372</sup> Véase, a este respecto, TULLIO PADOVANI, *La distribuzione di sanzioni penali e di sanzioni amministrative secondo l'esperienza italiana* en *Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Anno XXVII, Fasc. 3, 1984, págs. 952 y sigts.

<sup>373</sup> Véase NOVOA, I, 21, pág. 41.

En todo caso, las disposiciones de esta clase no pueden mudar la naturaleza de las cosas, y por eso me parece equivocado invocarlas para argumentar en favor de la pretendida distinción material entre penas criminales y administrativas.<sup>374</sup>

3. Tampoco existe un motivo atendible para independizar las sanciones gubernativas de la exigencia de culpabilidad. *Lo mismo que las penas penales, ésta sólo debe ser impuesta a quien puede dirigirse un reproche personal por la ejecución de la conducta prohibida.*

Este punto de vista también fue objeto de acuerdo en el Coloquio de Estocolmo de la Asociación Internacional de Derecho Penal. En la Recomendación relativa a "principios de derecho sustantivo", se sostiene que la "responsabilidad penal administrativa de las personas naturales debe basarse en la *culpabilidad personal* (dolo o negligencia). Incluso, más adelante se llegó más lejos, declarando que "las causales de *justificación* y *exculpación* reconocidas por el derecho penal, incluyendo el error de prohibición" (error de derecho, *mistake of law* en el original),<sup>375</sup> deben regir igualmente en materia de derecho penal administrativo.

El criterio, sin embargo, es contradicho constantemente por la jurisprudencia nacional, la cual afirma la responsabilidad administrativa de manera objetiva. Esto constituye una arbitrariedad inexcusable.

4. Aunque conviene simplificar el procedimiento sancionatorio administrativo, debe conservar, en todo caso, una forma que garantice los derechos fundamentales de la defensa, incluyendo la presunción de inocencia del inculcado.<sup>376</sup>

5. En el futuro, además, sería aconsejable asegurar siempre la posibilidad de que la medida sea revisada por tribunales de derecho, a fin de establecer una barrera eficaz frente a eventuales abusos de la Administración.<sup>377</sup>

En el ordenamiento jurídico chileno hay algunas leyes que han cuidado de este aspecto. Desgraciadamente, la mayor parte de ellas confía el conocimiento del recurso al tribunal que ejerce jurisdicción en lo civil.<sup>378</sup> Esto se debe, probablemente, a que las infracciones administrativas, no obstante su desvalor de acción usualmente reducido, suelen causar resultados graves y generar la responsabilidad civil consiguiente. Sin embargo, si se tuviera en cuenta la diferencia puramente cuantitativa que media entre las sanciones gubernativas y penales, lo correcto sería que de la reclamación conociera un tribunal con jurisdicción en lo penal.

6. Para terminar, también es preciso reclamar que, atendiendo al campo cada vez más extenso abarcado por las regulaciones administrativas, en lo sucesivo se

<sup>374</sup> En el sentido criticado en el texto NOVOA, I, 21, págs. 40 y 41, quien aborda el problema con un criterio marcadamente positivista. En el sentido defendido aquí, en cambio, POLITOFF, I, 7, D, pág. 39.

<sup>375</sup> Esta explicación sobre la eficacia excusante del error de prohibición fue incluida a instancias mías. Se funda en la idea de que los errores relativos a la reglamentación administrativa, usualmente engorrosa y tecnicada, suelen ser más explicables que los referentes a prohibiciones penales. Véase, además, JESCHECK, 7, V, 5, pág. 52.

<sup>376</sup> Así lo recomiendan las conclusiones del Coloquio de Estocolmo de la Asociación Internacional de Derecho Penal, número 2, letras a) y b).

<sup>377</sup> BAJO FERNANDEZ, op. cit., III, III, 5, pág. 108. Con detalles sobre todo el problema relativo a los recursos destinados a paliar los efectos de la situación, III, III, 3 y sigts., págs. 100 y sigts. La idea fue acogida también por el Coloquio de Estocolmo de la Asociación Internacional de Derecho Penal: "el recurso ante los tribunales y un procedimiento contradictorio deben ser posibles siempre que se haya impuesto una sanción retributiva".

<sup>378</sup> Véase NOVOA, I, 21, pág. 41.

intente una tipificación precisa de las conductas que las infringen.<sup>379</sup> Naturalmente, las descripciones correspondientes no pueden ser tan minuciosas como las penales. Sin embargo, deben contemplar, por lo menos, los límites generales, más allá de los cuales se prohíbe a la Administración toda intervención punitiva.<sup>380 381</sup>

ff) La sanción gubernativa más característica es la multa,<sup>382</sup> aunque, como se desprende de los mismos arts. 20 y 501, no es la única posible. Junto a ella pueden mencionarse, entre otras, la clausura de establecimientos comerciales, la prohibición de habitar edificios cuyas condiciones materiales o sanitarias son defectuosas, la suspensión de actividades u obras, el comiso de instrumentos y efectos, etc.

A causa de las mismas razones por las cuales es difícil distinguir las penas criminales de las gubernativas, en muchos casos no se puede establecer fácilmente si una multa es de naturaleza penal o administrativa. El solo hecho de que su imposición esté confiada a un órgano de la Administración, no es decisivo por sí mismo.<sup>383</sup> COUSIÑO estima, con acierto, que, a falta de un criterio más firme, debe acudirse al de la convertibilidad.<sup>384</sup> Sólo la multa penal puede transformarse en una privación de libertad, con arreglo al art. 49 del C.P., en caso de no ser satisfecha por el condenado; la administrativa no, puesto que ello significaría desconocer el sentido de la distinción efectuada por el art. 20, cuyo objetivo consiste, precisamente, en despojar a estas sanciones de connotaciones aflictivas.<sup>385</sup>

gg) A causa de que el art. 20 del C.P. las excluye formalmente de entre las penas penales, hay varios efectos de estas que no alcanzan a las sanciones gubernativas. Desde luego, su imposición no consta en los antecedentes penales del autor. Por consiguiente, no puede tomársele en cuenta para configurar la reincidencia y no excluirá la atenuación por "irreprochable conducta anterior". Asimismo, la pena gubernativa no tiene otras consecuencias accesorias que las establecidas en la disposición donde se la consagra.

En cambio, me parece errónea la afirmación, bastante generalizada, de que las sanciones administrativas no prescriben, salvo cuando en el precepto correspondiente se haya establecido expresamente un plazo para ello. Como el propósito del art. 20 es hacer menos gravosa para el autor la irrogación de penas de esta índole, permitiendo de ese modo su manipulación más expedita, creo que la solución debe ser, precisamente, la contraria. Si la norma que la crea no ha señalado un término de prescripción, ha de aplicarse a las penas gubernativas el que se consagra de manera general para las faltas, esto es, seis meses (art. 97 inc. final C.P.). Ello, además, está en consonancia con el precepto contenido en el art. 501 del C.P., que expresa implícitamente el propósito de someter las infracciones administrativas al mismo tratamiento que a las contravenciones, en todo lo que les sea aplicable.

<sup>379</sup> En este sentido, también NOVOA, *idem*.

<sup>380</sup> De acuerdo con esto, en el Coloquio de Estocolmo de la Asociación Internacional de Derecho Penal se acordó que "la definición tanto de las infracciones administrativas como de las sanciones que le son aplicables debe ser precisada de acuerdo con el principio de legalidad".

<sup>381</sup> Sobre la situación actual del derecho comparado en relación con los diferentes puntos a que se refiere este apartado, véase JAKOBS, 3, 6, pág. 66; JESCHECK, 7, V, 4, pág. 52.

<sup>382</sup> JAKOBS, 3, 6, pág. 66; JESCHECK, 7, V, 4, pág. 52; MAURACH, I, 1, III, B, 3, pág. 23; POLITOFF, 1, 7, págs. 37 y 38.

<sup>383</sup> COUSIÑO, I, 4, D, pág. 26.

<sup>384</sup> *Idem*.

<sup>385</sup> En los ordenamientos extranjeros también suele emplearse este criterio de la convertibilidad para distinguir los dos tipos de multa, aunque algunos de ellos prevén para los casos de incumplimiento de la multa administrativa una forma de "arresto coactivo". Véase JAKOBS, 3, 6, pág. 66; JESCHECK, 7, V, 4, pág. 52.

Aquí no es posible hacerse cargo de otra serie de problemas más de detalle que genera la relación entre ambos tipos de medidas. Pero si se quiere el imperio de un auténtico Estado de Derecho Democrático, en lo sucesivo será indispensable abordar su estudio concienzudamente.<sup>386</sup>

#### d) La relación entre penas penales y disciplinales.

Por su naturaleza y objetivos, las penas disciplinales son las que más se asemejan con las criminales. En efecto, también ellas están destinadas a castigar conductas que ponen en peligro la convivencia dentro de unos grupos de relación determinados y más restringidos, pero indispensables para la organización y el desenvolvimiento de la sociedad en general.

Las auténticas sanciones disciplinales se caracterizan porque están destinadas a preservar el funcionamiento de organizaciones públicas sin las cuales la existencia de la sociedad se vería amenazada. Este es el caso de la Judicatura, la Administración Central del Estado, las fuerzas armadas, la policía, la organización municipal y algunas otras instituciones de la misma naturaleza e importancia que, por eso mismo, forman parte de la estructura estatal entendida en sentido lato. Sólo a este género de medidas se refiere el art. 20 del C.P.

En cambio, hay que descartar la existencia de un "derecho penal disciplinario" destinado a regir en instituciones tales como sociedades, corporaciones de derecho privado, fundaciones, universidades y otros establecimientos educacionales, clubes sociales y deportivos, comunidades religiosas y otras organizaciones semejantes.<sup>387</sup> Dichas agrupaciones requieren, ciertamente, conservar un orden interno mínimo y, para lograrlo, pueden imponer a sus integrantes algunas sanciones de poca entidad. Sin embargo, tales medidas sólo producen efecto si el afectado las acata voluntariamente, pues la institución no cuenta con la posibilidad de hacerlas cumplir en forma coactiva. Por supuesto, siempre existe el recurso de expulsar al desobediente; pero esto sólo significa excluirlo de unas actividades a las que se lo había admitido bajo la condición de aceptar determinadas reglas; por consiguiente, se asemeja mucho más a la resolución de un contrato por incumplimiento de obligaciones que al ejercicio de una facultad de castigar propiamente tal.

Con todo, no se debe despreciar el control social que realiza este pretendido "derecho penal disciplinario" de carácter privado. Como se ha visto más arriba,<sup>388</sup> la fuerza vinculante immanente a este tipo de sanciones es muy grande, y su eficacia preventivo-general más extendida que la de la pena. Además, en un buen número de casos actúan como alternativas socialmente aceptadas del castigo criminal, al cual desplazan en la práctica.

No obstante este parecido entre las penas disciplinales y las penales, la opinión predominante, incluso en el derecho comparado, considera que su naturaleza es diferente.<sup>389</sup> De conformidad con ella, las penas disciplinarias sólo tienen por

<sup>386</sup> Sobre las delicadas relaciones que existen entre la institución de las penas administrativas y el Estado de Derecho, véase la interesante contribución de EDUARDO SOTO KLOSS, *El derecho administrativo penal (Nota para el estudio de la potestad sancionadora de la Administración)*, en *Boletín de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile* N<sup>os</sup>. 44 y 45, 1979-1980, págs. 95 y sigts. Sin embargo, la configuración de un Estado de Derecho realmente Democrático requiere ir más lejos en esta materia, superando los criterios formales en que se funda la concepción de ese autor.

<sup>387</sup> Así, por ejemplo, NOVOA, I, 20, págs. 34 y 35. Como en el texto, RODRIGUEZ DEVESA, I, págs. 27 y sigts.

<sup>388</sup> *Supra*, I, III, d).

<sup>389</sup> *Cfr.*, con detalle y bibliografía, CASABO RUIZ, en CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, II, págs. 87 y sigts. Véase, además, COUSIÑO, I, 4, D, d), pág. 28; NOVOA, I, 20, págs. 35 y sigts. y recientemente GARRIDO, I, 5, VI, pág. 86.

objetivo preservar el funcionamiento correcto de las organizaciones dentro de las cuales se aplican. Su imposición, por esto, no presupone la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, como lo es, en los auténticos *delitos* funcionarios, "la confianza pública en la pureza del ejercicio de la función",<sup>390</sup> requieren, tan sólo, una falta de lealtad para con la institución<sup>391</sup>, aunque no signifique deterioro alguno de su imagen hacia el exterior. Por esto, no precisan de una tipificación previa, y pueden irrogarse conjuntamente con una pena penal sin infracción del *non bis in idem*.

Esta argumentación, sin embargo, no es convincente. Lo mismo que en el caso de las regulaciones administrativas, el "orden interno" de las organizaciones administrativas puede ser cambiante,<sup>392</sup> pero su objetivo final es la existencia de uno que asegure la eficacia y "pureza" de la función a que están destinadas. Por consiguiente, cuando se lo preserva mediante la amenaza de una pena disciplinaria, el bien jurídico de protección existe, aunque aparezca hasta cierto punto difuminado tras el interés de tutelar la lealtad funcionaria por sí misma. Cuando un miembro del ejército o de la Administración Central del Estado no acude oportunamente a cumplir sus obligaciones, no se produce, claro está, un sentimiento generalizado de desconfianza, pues sólo un círculo reducido de personas lo percibe, pero es evidente que esas conductas dañan la estructura, la eficacia y la fiabilidad de las organizaciones a que pertenece el autor y, si se generalizaran podrían llegar incluso a deteriorarlas por completo. Que en situaciones semejantes la lesión del bien jurídico resulte poco "ostentosa" no significa que no exista, sino, precisamente, que a causa de su *escasa magnitud* es poco visible.

En el fondo, tal como aquí se ha sostenido,<sup>393</sup> el ilícito disciplinario no es sino una especie del administrativo y, por lo tanto, todos los argumentos invocados para sostener que entre éste y el penal no existe sino una diferencia de grado, son válidos para afirmar lo mismo de aquel.<sup>394</sup>

De allí deriva, a su vez, que entre la pena disciplinaria y la criminal sólo se puede practicar una distinción cuantitativa, a la que el art. 20 del C.P. formalizó para facilitar la aplicación de las primeras, en cuanto pueden extenderse a ella.<sup>395</sup>

Este criterio, aunque continúa siendo minoritario, en los últimos años principia a ser acogido por un sector creciente de la doctrina que se muestra cada vez más crítico de la doctrina tradicional al respecto. Así, ROXIN considera que la posibilidad de imponer conjuntamente una pena disciplinaria y una pena es insatisfactoria "en muchos aspectos, porque la verdad es que materialmente acaba llevando a una doble sanción"<sup>396</sup> ya que "la delimitación" (entre pena penal y disciplinaria) "partiendo del objeto de la conducta incorrecta es más bien de tipo cuantitativo y obedece al principio de subsidiariedad".<sup>397</sup> De la misma manera, JAKOBS argumenta enérgi-

<sup>390</sup> MAURACH, I, II, C, 2, pág. 11.

<sup>391</sup> Es problemático si esta fundamentación es aceptable para individuos que integran una organización sólo porque han sido reclutados de manera forzosa, como los presos y los llamados al servicio militar obligatorio. Sobre ello, JAKOBS, 3, 13, pág. 71.

<sup>392</sup> Supra, c), aa).

<sup>393</sup> Supra, b).

<sup>394</sup> En sentido semejante STRATENWERTH, 59 y 60, págs. 26 y 27.

<sup>395</sup> Supra, c), dd).

<sup>396</sup> ROXIN, 2, 46, pág. 75.

<sup>397</sup> ROXIN, 2, 44, pág. 74. (El énfasis es mío).

amente en contra de la posición dominante, a la cual acusa de basarse "en una concepción errada de la pena".<sup>398</sup>

Por otra parte, el punto de vista defendido aquí se encuentra más de acuerdo con el espíritu que presidió la dictación de la mayor parte de nuestras leyes fundamentales sobre la materia, pues la concepción de las medidas disciplinares como una pura "especie" de pena era la que prevalecía de hecho en ese momento histórico. Por el contrario, el criterio cualitativo sólo se ha desarrollado hacia la primera mitad del siglo XX, probablemente alentado, también en este caso, por una tendencia al autoritarismo que puede servirse fácilmente de él, instrumentalizándolo para el logro de sus fines represivos.

## B. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD Y CORRECCIÓN Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO ADMINISTRATIVO

No ha sido infrecuente que se discuta la cuestión relativa a si las medidas de seguridad y corrección forman parte del derecho penal o si son, más bien, recursos de reacción pertenecientes al ordenamiento administrativo.

El fundamento de este último criterio radica en que tales medidas no son siempre consecuencia de un delito, pues es posible imponerlas también cuando faltan algunos de los elementos que integran la estructura del hecho punible -en particular la reprochabilidad-. Así ocurre, por ejemplo, con la internación en un establecimiento psiquiátrico, dispuesta para el loco o demente por los arts. 682 y sigts. del C. de P.P. cuando haya ejecutado un hecho que importa delito. En tal situación, efectivamente, el sujeto ha realizado una conducta típica y antijurídica que, sin embargo, no es culpable, a causa de la inidoneidad del autor para ser objeto de un reproche personal por su acción. Por esto, se dice, la medida aplicada en tal situación no debe tener relación alguna con las reacciones punitivas propias del ordenamiento criminal. Es nada más que una decisión administrativa, destinada a la protección y tratamiento del autor y a la preservación de la seguridad social. Ahora bien, si el razonamiento es válido en estos casos, tiene que serlo también en aquellos en los que la medida de seguridad y corrección es impuesta conjuntamente con una pena, pues no existiría motivo alguno para atribuirle una naturaleza diferente en unos y otros. Y, por supuesto, resulta aún más convincente en relación con las medidas predelictuales para quienes aceptan su existencia.

Hoy este punto de vista se encuentra abandonado casi del todo.

Presupone, desde luego, una concepción exageradamente expiatoria de la pena que, como no aprecia en esta sino sus finalidades punitivas, quiere trasladar a un ordenamiento distinto del que la administra todas las formas de reacción cuyo objeto es la socialización o el aseguramiento del autor. De acuerdo con lo que aquí se ha expuesto, sin embargo, ese punto de vista no es correcto, porque la pena también tiene objetivos preventivos.<sup>399</sup> Por lo tanto, al derecho penal no le está confiado el castigo por el castigo; tiene la obligación de emplear también sus recursos como un medio para combatir el delito, evitando, si es posible, los efectos desocializadores de la pena y asegurando a la comunidad frente a las inclinaciones antisociales del delincuente.

Por otra parte, la idea de que las medidas de seguridad y corrección no involucran una irrupción punitiva en la esfera de derechos del afectado, es una falacia. No es verdad que los buenos deseos del legislador y el juez basten para excluir los padecimientos que causa una

<sup>398</sup> JAKOBS, 3, 15 y sigts., págs. 73 y sigts. Por el contrario, en la literatura chilena más reciente, se defiende siempre la independencia cualitativa de las sanciones disciplinares y penales, aceptando, consiguientemente, la imposición acumulativa de ambas. Así, entre todos, POLITOFF, 7, C, págs. 33 y sigts.

<sup>399</sup> Supra 2, III, b).

reclusión asegurativa prolongada, un tratamiento psiquiátrico intensivo o una terapia antialcohólica enérgica. Lo cierto es, más bien, que también las medidas de seguridad y corrección implican una dosis inevitable de coacción y, por consiguiente, quebrantamientos de los derechos fundamentales del sujeto. Por eso es inconveniente abandonar su aplicación a las autoridades administrativas en cuyas manos pueden convertirse —y, de hecho, se han convertido muchas veces— en instrumentos de abuso y arbitrariedad.

Las medidas de seguridad y corrección son, en realidad, uno de los medios característicos que emplea la sociedad para combatir el delito. En consecuencia, forman parte integrante del derecho punitivo, al cual compete establecerlas, consagrando las garantías que deben rodear su imposición por el juez penal y su ejecución por las autoridades que la ley designe.

### C. EL DERECHO PENITENCIARIO Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO ADMINISTRATIVO.

Lo que se denomina *derecho penitenciario* está constituido por el conjunto de normas que regulan la ejecución de las penas privativas de libertad.<sup>400</sup>

Dicho proceso exige, por cierto, una organización administrativa compleja. Es preciso contar con establecimientos en los que recluir a los condenados, y esto ya supone la realización de actividades financieras, constructivas, de equipamiento y mantención. A su vez, tales establecimientos tienen que estar dotados de personal para la vigilancia y atención de los reclusos. Todo ello induce a pensar que las disposiciones destinadas a reglamentar estos asuntos pertenecen al campo del derecho administrativo. Sin embargo, no es así.

La parte fundamental del derecho penitenciario es aquella que organiza la forma de ejecución de la pena, los métodos de tratamiento aplicables a los reclusos, sus derechos y obligaciones y las garantías que se le deben otorgar. Se trata, pues, de disposiciones que versan sobre la pena y, concretamente, sobre su realización efectiva durante la ejecución. Por consiguiente, esta no es más que *una parte del derecho penal*, muy importante, por cierto, pero a la que no hay motivo para segregar del conjunto. La verdad es que la tendencia a independizar el "derecho penitenciario" lejos de contribuir a su enriquecimiento, desarrollo e importancia, termina convirtiéndolo en una especie de subsistema de escasa relevancia. Esto es muy inconveniente, porque la eficacia de la pena depende en gran medida del momento de su ejecución, de manera que si este no se encuentra normado y organizado adecuadamente, el sistema fracasará, por excelentes que sean sus otras instituciones.

En esto, además, juegan un papel primordial consideraciones políticas. No se saca nada con asegurar la liberalización del régimen punitivo otorgando garantías al acusado frente a posibles excesos judiciales, si luego se abandona al condenado al arbitrio de los funcionarios penitenciarios. *No sólo el procesado tiene derechos que deben ser cautelados; también para el sentenciado deben regir garantías que tutelen su humanidad y la dignidad que deriva de ella.* Pero esto no se cumple cuando el proceso de ejecución de la pena se confía a una organización administrativa que dispone de facultades discrecionales y que, a veces, como ocurre en Chile con el Servicio de Gendarmería, está estructurada como un cuerpo paramilitar.

<sup>400</sup> Véase, sobre ello, GARRIDO GUZMAN, *Compendio de ciencias penitenciarias*, Universidad de Valencia, 1976, *passim*.

Como lo ha destacado MICHEL FOUCAULT,<sup>401</sup> muchas de las ideas libertarias que se habían agitado por los teóricos de la Revolución Francesa respecto al derecho punitivo, se vieron frustradas mediante un desplazamiento de la función de castigar hacia las administraciones penitenciarias. Ese proceso de deformación se ha ido acentuando cada vez más, sobre todo porque cuenta con el beneplácito de una sociedad que se niega a reconocer su corresponsabilidad en el fenómeno delictual y prefiere hacerla descansar por completo en el autor de la infracción. La conciencia del ciudadano "honesto" se satisface con la convicción de que los "culpables" han sido declarados tales en un proceso "justo". Todo lo que ocurre después de eso tras los muros de la prisión lo deja indiferente. En nuestro país esta tendencia se ha visto favorecida, además, por el autoritarismo que nos rigió durante casi veinte años, fundado precisamente en la certeza de que la verdad y la rectitud es patrimonio de unos cuantos y que quienes no las comparten son indignos de consideración y respeto.

## V. RELACIONES DEL DERECHO PENAL CON EL PROCESAL

### a) Naturaleza de la relación: autonomía e interacción de ambos ordenamientos

Para un sector de la literatura y el derecho comparado, el derecho procesal penal es parte integrante del penal. Esa opinión predomina en Alemania<sup>402</sup> y se sostiene también en Italia, donde, incluso, CARRARA incorporó directamente el tratamiento del "juicio criminal" a la parte general de su obra sistemática.<sup>403</sup>

Entre nosotros, en cambio, se considera que ambos ordenamientos son autónomos, y el procedimiento penal se encuentra incorporado —por lo menos formalmente— a la sistemática del derecho procesal en general.

Según mi parecer, este último punto de vista puede ser acogido *en principio*. Aunque CARRARA tiene razón cuando afirma que el juicio criminal es el momento en que se "desarrolla y se completa, conforme a la ciencia, la función punitiva",<sup>404</sup> y no obstante las estrechas vinculaciones existentes entre ambos géneros de normas, la verdad es que cada uno de ellos obedece a ciertos principios distintos, de manera que no es conveniente confundirlos en un todo homogéneo. Así, por ejemplo, la prohibición de analogía y retroactividad, que impera de manera amplia en materia de ley penal,<sup>405</sup> no se extiende a la procesal. De igual manera, la transferencia del principio procesal *in dubio pro reo*<sup>406</sup> al campo penal, da lugar a confusiones y dificultades.

El derecho procesal no es, pues, una parte del punitivo, ni se encuentra subordinado a él.<sup>407</sup>

<sup>401</sup> FOUCAULT, *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión*, cit., págs. 259 y 260: "La delincuencia es la venganza de la prisión contra la justicia". "La prisión, esa región la más sombría en el aparato de justicia, es el lugar donde el poder de castigar, que ya no se atreve a actuar a rostro descubierto, organiza silenciosamente un campo de objetividad donde el castigo podrá funcionar en pleno día como terapéutica, e inscribirse la sentencia entre los discursos del saber". (Los énfasis son míos.) Se puede disentir con FOUCAULT sobre las razones precisas que llevan a esta situación, pero es indiscutible que ella existe como tal.

<sup>402</sup> Véanse, por todos, BAUMANN, 4, I, 1, pág. 29, para quien el derecho procesal penal pertenece tanto al penal como al procesal en general; JESCHECK, 3, II, 2, pág. 14.

<sup>403</sup> CARRARA, II, págs. 227 y sigts.

<sup>404</sup> CARRARA, II, antes de 779, pág. 227.

<sup>405</sup> *Infra*, 10, I.

<sup>406</sup> *Infra*, en este mismo párrafo, c) y especialmente bb).

<sup>407</sup> SOLER, I, 1, I, pág. 3.



Pero esta independencia no debe entenderse como la de unos departamentos estancos que carecen de conexión. En rigor, eso no puede afirmarse respecto a parte alguna del ordenamiento jurídico, pues todas ellas se encuentran en una interrelación constante y fluida; pero la interacción es más notoria y esencial en casos como el presente, donde se trata de dos sistemas *complementarios*,<sup>408</sup> cuyas funciones dependen de la forma en que están reguladas las del otro.<sup>409</sup> Para entenderlo así, basta con pensar que lo que ha de ser materia de la discusión y prueba en el proceso está determinado por lo que la ley sustantiva considera relevante para la punibilidad del hecho y la determinación de la pena; y, viceversa, la decisión sobre si se ha de castigar y cómo, se encuentra supeditada a lo que del hecho se haya acreditado en el juicio según sus reglas.<sup>410</sup>

A causa de esta estrecha relación, sucede con frecuencia que instituciones propias del derecho penal se encuentran consagradas en leyes procesales, y viceversa. Así, el art. 509 del C. de P.P. contiene una disposición de índole material relativa al concurso de delitos;<sup>411</sup> a su vez, el art. 455 del C.P. es, sin duda alguna, una norma de procedimiento. Sin embargo, la cuestión no siempre puede resolverse tan fácilmente como en los dos ejemplos citados. A menudo sucede, más bien, que la naturaleza de ciertas instituciones es dudosa y resulta difícil decidir si son penales o procesales, cosa que, a su vez, determina consecuencias prácticas distintas. Estos casos, entre los cuales el más significativo es, quizás, el de la prescripción de la acción penal,<sup>412</sup> deben ser tratados uno por uno en la oportunidad correspondiente.

Existen también algunas instituciones y principios que indudablemente, pertenecen al campo del procedimiento, pero cuyas consecuencias sobre el derecho penal material pueden llegar a ser tan inmediatas y decisivas, que no es posible descartar su tratamiento desde la perspectiva de este último. Aunque en forma sucinta, en los párrafos siguientes se discuten, precisamente, dos de esas situaciones.

La idea de que el derecho procesal es independiente del punitivo, no implica un pronunciamiento pedagógico. En Chile es tradicional que el procedimiento penal sea enseñado por los profesores de derecho procesal general. Los resultados han sido insatisfactorios, pues los estudios sobre el proceso penal se han desarrollado pobremente. Por cierto existen algunas excepciones, pero en su mayoría proceden del derecho penal sustantivo, cosa que es aleccionadora.

<sup>408</sup> HASSEMER, 16, II, pág. 150: "El Derecho material, y su formulación de criterios de selección, y el Derecho formal, con la formulación del escenario, depende el uno del otro, y sólo las prestaciones respectivas de ambos hacen posible el proceso penal y la producción del caso".

<sup>409</sup> M. ANCEL, *El lugar de la investigación comparativa de los estudios de Derecho Penal*, en *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1950, págs. 11 y 12.

<sup>410</sup> HASSEMER, 16, antes de I, pág. 146: "El Derecho penal sustantivo contiene los criterios de relevancia para la constitución penal de la realidad, y en él se encuentran los criterios para la producción del caso penal. El Derecho procesal penal contiene las reglas de las que se deriva el cómo se ha de producir un caso y en cuándo se puede considerar correctamente producido. En él se contiene los modelos de comportamiento escénico que hacen posible la fase de producción del caso a la vez que le aseguran". En general, sobre el tema, véase todo el parágrafo, págs. 145 y sigts. En otro sentido, GOSSEL, *Esencia y Fundamentación de las sanciones jurídico-penales*, cit., B, IV, afirma, de todas maneras, que "el juicio penal judicial es el fundamento de conocimiento de las sanciones jurídico-penales".

<sup>411</sup> *Infra*, 43, I, b), bb).

<sup>412</sup> *Infra*, 59, B, I.

En el futuro, por eso, el criterio debiera ser revisado. Para una percepción apropiada de las consecuencias sociales que pueden tener las diferentes interpretaciones de la ley penal y las correspondientes concepciones sistemáticas, es indispensable vincularlas a la naturaleza y posibilidades de los procedimientos en que cobran realidad. Por ello, tanto las formulaciones dogmáticas como las orientaciones político-criminales de las mismas se enriquecen cuando los problemas son examinados teniendo en cuenta esas relaciones en disciplinas presentadas con un criterio unitario.

## b) El principio *nulla poena sine iudicio* y sus relaciones con el derecho penal

De conformidad con el principio *nulla poena sine iudicio*, nadie puede ser sometido a una pena sino después de haber sido juzgado por un tribunal de derecho, en un proceso formal legalmente regulado, dentro del cual el sujeto cuenta con la posibilidad de defenderse oportuna y eficazmente.

En Chile el principio, que se encontraba consagrado de un modo escueto por el art. 11 de la C.P.E., aparece ahora desarrollado con más detalle por el N° 3° del art. 19 de la C.P.R., en los incs. segundo, tercero, cuarto y quinto.

Aunque se trata sin duda de una regla procesal, por lo cual no es pertinente discutir aquí los pormenores de su significación y consecuencias, conviene sí destacar que constituye un complemento indispensable de las que en el ámbito del derecho penal garantizan al ciudadano contra la posibilidad de un castigo arbitrario. En efecto, los súbditos no ganan mucho con que sea una ley la que les diga lo que constituye delito (*nullum crimen sine lege*) si quien está encargado de interpretar y aplicar la norma es una entidad misteriosa, mudable según los caprichos de la autoridad, o si se les veda el derecho a exponer sus defensas y probarlas de acuerdo con unas disposiciones uniformes y conocidas. Por esto, en la vigencia efectiva del principio *nulla poena sine iudicio* —que en nuestro país ha sido apenas nominal— se realiza la idea de que el derecho procesal penal es "Derecho constitucional aplicado".<sup>413</sup>

Por otra parte, la formalización de un procedimiento susceptible de control jurídico trae aparejada una distorsión en el conocimiento que el Tribunal dispone del hecho sobre el cual recaerá su juicio. La percepción objetiva de los acontecimientos fenoménicos es siempre insegura, como lo demuestran las constantes revisiones a que se encuentran sometidas las concepciones de las ciencias naturales. Esa incertidumbre es aún mayor si de lo que se trata es de establecer las peculiaridades de un caso complejo que, además, no se ha producido frente a los ojos del juzgador y del cual, en consecuencia, este tiene que contentarse con una *re-producción* obtenida en plazos limitados y sirviéndose de pruebas preestablecidas. Pero también el riesgo de esas deformaciones inevitables se encuentra asumido en beneficio del inculpado, porque, a pesar de todo, para el procesado es preferible que la sentencia se pronuncie sobre la base de un conocimiento insuficiente y hasta francamente errado, a que la investigación se prolongue indefinidamente, afectándolo en sus derechos y en su intimidad más que la pena misma.<sup>414</sup> Hay que tener presente esto, para que las formalidades estructurales del proceso recobren en la práctica su sentido verdadero.

En consideración a todo esto, convendría repensar hasta qué punto es deseable aplicar a las normas en que se materializa el principio *nulla poena sine iudicio* algunas de las limitaciones garantizadoras que rodean la interpretación y aplicación de las leyes penales sustantivas. Por ejemplo, convendría prohibir, haciendo excepción a las reglas generales sobre la mate-

<sup>413</sup> HASSEMER, 16, II, pág. 150.

<sup>414</sup> HASSEMER, 16, 4, págs. 182 y sigts., en donde se destacan las limitaciones del proceso penal en la determinación de la "verdad" y el sentido que debe darse a esta en defensa de los derechos del inculpado.

ria, toda aplicación retroactiva de aquellas disposiciones procesales que modifican la *naturaleza y composición* del tribunal llamado a conocer de un hecho punible, como asimismo de las que importan una *restricción del derecho a defensa* o signifiquen disminuir, en cualquier forma, la *posibilidad de probar los descargos*. En efecto, la práctica ha demostrado que, en materias de esta clase, el dogma según el cual las leyes procesales rigen *in actum* puede determinar un debilitamiento del *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

### c) El principio *in dubio pro reo* y sus relaciones con el derecho penal. El problema de la determinación alternativa del hecho.

aa) Con sujeción al principio *in dubio pro reo*, cuando de la prueba reunida en el juicio penal no resulta la *absoluta certeza* de que el sujeto ha incurrido en un hecho punible, el procesado debe ser absuelto (*la duda favorece al reo*). Así lo disponía el art. 456 bis del C. de P.P., y lo prescribe actualmente el 340 del C.P.P., según el cual "nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriese, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley."

bb) Debe quedar en claro que *este principio es de carácter procesal* y carece, por consiguiente, de relevancia directa en el ámbito sustantivo.

Sobre todo, conviene subrayar que el *in dubio pro reo* no constituye una regla de interpretación de la ley penal. Si fuera así, cada vez que existieran dudas sobre el sentido de un precepto, habría que atribuirle el que resulte más favorable para el autor, restringiendo o extendiendo su eficacia, según los casos, al margen de cualquier otra consideración hermenéutica. Este, por supuesto, no es el espíritu de la ley, pues una regla de esa clase no puede deducirse de su contexto. Por el contrario, aquí también impera el art. 23 del C.C., con arreglo al cual "lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación", de manera que la extensión de toda ley se determinará por su "*genuino sentido*" y según las reglas generales sobre la materia. Además, debe tenerse en cuenta que aplicar el principio en este campo conduciría a resultados ilógicos, en que situaciones semejantes podrían ser tratadas de manera contrastante, con perjuicio para la unidad del sistema y los sentimientos de justicia de la comunidad.

También debe descartarse la idea de que ciertas normas sustantivas cuyos mandatos favorecen al procesado sean emanaciones del *in dubio pro reo*. Así, por ejemplo, el principio de retroactividad de la ley penal más benigna (art. 19 N° 3° inc. séptimo de la C.P.R. y 18 C.P.)<sup>415</sup> En estos casos, el precepto obedece a objetivos más profundos que un propósito de favorecer al reo a toda costa. A veces, como en el caso de la aplicación retroactiva de la ley más benigna, se encuentra comprometida una cuestión valorativa. En la mayor parte de ellos, se persiguen finalidades político-criminales. Por lo demás, en ninguna de esas situaciones existen dudas, ya que los hechos están claros y su regulación la ha resuelto la ley de manera expresa.

<sup>415</sup> Infra, 10.

<sup>416</sup> Infra, 10.

La creencia de que estas normas derivan del *in dubio pro reo* puede conducir a interpretaciones defectuosas de su alcance. Por ejemplo, debería significar que para la aplicación de la ley más benigna es lícito mezclar los preceptos de la disposición antigua con la nueva,<sup>416</sup> puesto que eso podría ser, en el caso concreto, lo más favorable para el reo; asimismo, que las leyes *temporales* no se aplican a los hechos ocurridos durante su vigencia, pero que aún no han sido sancionados cuando esta concluye.<sup>417</sup> Si toda la norma del art. 18 del C.P. se encuentra inspirada en el puro deseo de beneficiar al autor, carecería de sentido el debate que existe en torno a estos problemas y, en especial, las soluciones acordadas a ellos por la opinión dominante.<sup>418</sup>

cc) Aparentemente, el único punto de auténtico contacto entre el principio *in dubio pro reo* y el derecho penal sustantivo se produce en relación con el problema de la *determinación alternativa del hecho*, muy poco debatido entre nosotros.

La cuestión se refiere a aquellos casos en los que, de acuerdo con la prueba del proceso, es *indudable* que el sujeto ha cometido uno de entre dos o más delitos, pero no se sabe con certeza cuál de ellos. Así, por ejemplo, cuando existe certidumbre de que el autor se apoderó de una cosa ajena, pero no de sí, para hacerlo, empleó engaño (estafa) o la sustrajo furtivamente (hurto), siendo, en todo caso, seguro que se valió de uno de esos dos medios.

Rigurosamente hablando, en todos estos casos el hecho no se encuentra determinado y la subsunción en un tipo específico es, por lo tanto, imposible. Por consiguiente, con arreglo al principio *in dubio pro reo* debería absolverse al inculpado. Pero, por otra parte, es inadmisibles que se renuncie a la imposición de toda pena cada vez que, no obstante encontrarse acreditada la ejecución de un delito, es imposible precisar los contornos del hecho a fin de establecer con certeza cuál de los tipos lo capta realmente.<sup>419</sup> Si bien con ello se fortalece la confianza ciudadana de que nadie será castigado si no se ha probado por completo que su conducta satisface todas y cada una de las exigencias del tipo, al mismo tiempo se debilita la de que se impondrá en efecto una pena cuando esté procesalmente acreditado que *se cometió un hecho punible* y el sujeto participó en él de una manera jurídicamente relevante.

Este es, pues, uno de aquellos extremos en los que las exigencias de la realidad imponen una solución flexible, a costa de la coherencia conceptual, por lo menos en parte.<sup>420</sup> Lo importante, en todo caso, es que el sacrificio *excepcional* del principio esté condicionado por criterios de aplicación no sólo seguros, sino, además, capaces de preservar los presupuestos de justicia material sobre los que descansa el sistema, para que así conserve la calidad de situación límite y sirva simultáneamente de garantía a la vigencia de aquellos.

Así es tanto más necesario cuanto que, si bien en teoría puede cuestionarse entre nosotros la posibilidad de efectuar una determinación alternativa, por no existir precepto expreso que la autorice, es indudable que los tribunales la practican en mayor o menor medida cuando la situación que le da origen se les presenta.

Desde el punto de vista procesal, la determinación alternativa sólo es posible cuando existe la certeza de que el sujeto ejecutó una de dos (o más) acciones, cada una de las cuales satisface seguramente las exigencias de otros tantos tipos penales, y siempre que la duda relativa a la que efectivamente realizó sea imposible de superar. A su vez, desde el punto de vista sustantivo, es menester que los tipos susceptibles de ser aplicados sean semejantes, no sólo en el aspecto formal, sino también en cuanto a la índole del desvalor de que son porta-

<sup>417</sup> Infra, 10.

<sup>418</sup> Infra, 10.

<sup>419</sup> No está de más advertir que la *determinación alternativa del hecho* plantea un problema distinto del propuesto por el *concurso aparente de leyes penales* (infra.44). En los casos de este último, se sabe cuál es la conducta ejecutada por el autor, pero existen dudas sobre si la captan uno o más tipos. Se trata, por consiguiente, de un asunto material, perteneciente al derecho penal sustantivo. En las hipótesis de determinación alternativa, por el contrario, la duda es fáctica y relativa a la prueba, pues lo que se ignora es cuál fue la acción precisamente realizada por el sujeto. En este mismo sentido, CORDOBA RODA, en notas de derecho español a MAURACH, I, 10, III, 2, nota 12a pág. 120.

<sup>420</sup> En el mismo sentido SCHÖNKE-SCHRÖDER, pág. 73. Asimismo, aunque quizás va muy lejos, WOLFGANG STRASSBURG, *Rückwirkungsverbot und Änderung der Rechtsprechung im Strafrecht*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 82, Band, Heft 4, III, 1, pág. 961.