

**APUNTES DE DERECHO PENAL  
PARTE GENERAL**

**HUGO ANTONIO DIAZ URIBE  
PROFESOR DE DERECHO PENAL  
UNIVERSIDAD DE LAS AMÉRICAS  
SEDE CONCEPCIÓN  
AÑO 2006**

## PRÓLOGO

*Lo que Ud. tiene en sus manos no es un libro. Son solo “apuntes” que se han adaptado para el aprendizaje de los jóvenes alumnos que recién se inician en el estudio del Derecho Penal. Por consiguiente, pedimos que sean observados como tales, ya que deliberadamente se apartan de los difíciles temas que abarcan el campo del Derecho Penal, para simplificarlos y ponerlos al alcance de quienes, como nuestros alumnos, se desenvuelven a nivel de pre grado. Hay mucha literatura nacional y extranjera y, sobre todo jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia, que permitirán a los que deseen adentrarse en este apasionante espacio del derecho, más allá de lo que aquí se dice. Pero ya los jóvenes tendrán tiempo para ello. Por ahora, a mi parecer, basta con estos Apuntes.*

*Por consiguiente, quedan afuera de este espacio los estudios propios de un post grado, de una maestría o un doctorado. Estimo que nuestros jóvenes estudiantes no disponen de preparación ni de tiempo para avanzar en ellos. Claro está que dejamos planteada la inquietud intelectual para que superada la etapa del pre grado, muchos vayan a las siguientes.*

*El Derecho Penal es una rama del derecho que se involucra con el ser humano en todas sus dimensiones, materiales y espirituales. Siendo así, tiene un atractivo fascinante, como lo es el hombre mismo, con sus debilidades y fortalezas; con sus inclinaciones hacia el bien o hacia el mal; la razón de sus conductas penales; en suma, por qué a veces actúa de acuerdo al bien y otras de acuerdo al mal. Desde hace años esto es materia de estudio no tan solo por los penalistas, sino que por los que profesan otras ciencias involucradas en ello, como las biológicas, las morales, las éticas, las sociológicas, etc.*

*Estos Apuntes, quede claro, van a mis alumnos para –ya lo dije antes- hacerles más sencillo el aprendizaje y motivarlos al estudio presente y futuro de esta disciplina, muchas veces oscurecida por la frondosa sabiduría de sus cultores. Y lo hago, como ellos saben, con mucho aprecio y cariño.*

*Planteadas así las cosas, no pretenden una originalidad acabada, pues hemos recogido de donde se ha podido el material didáctico más apropiado.*

**HUGO ANTONIO DÍAZ URIBE**

**APUNTES DE DERECHO PENAL I  
ESCUELA DE DERECHO UNIVERSIDAD DE LAS AMERICAS  
PROFESOR: ABOGADO SR. HUGO ANTONIO DIAZ URIBE**

*“LA CIENCIA CRIMINAL BIEN ENTENDIDA ES EL SUPREMO CÓDIGO DE LA LIBERTAD, QUE TIENE POR OBJETO SUSTRAR AL HOMBRE DE LA TIRANÍA AJENA Y AYUDARLO A LIBRARSE DE LA TIRANÍA DE SÍ MISMO Y DE SUS PROPIAS PASIONES”*

**CARRARA**

**Concepto de Derecho Penal.**

**Denominaciones:**

Según RAIMUNDO DEL RÍO el Derecho Penal es *“la ciencia que trata del delito, el delincuente y las medidas que le son aplicables en defensa social”*.

ETCHEBERRY señala que *“el Derecho Penal, en sentido amplio, es la parte del derecho que se ocupa del delito, el delincuente y la pena”*.

LABATUT, finalmente, lo define como *“el conjunto de normas jurídicas referentes al delito, el delincuente y a la reacción social impuesta por el Estado en ejercicio de su función de sancionar a los infractores de la ley penal”*.

La denominación de Derecho Penal es la más corriente. Pero hay tratadistas que lo denominan “derecho criminal”; “derecho de castigar”; “derecho represivo”; “derecho sancionador”; “derecho de defensa social”, etc. precisamente procede en conformidad a la conducta descrita por ella, y éste es el motivo por el que debe aplicársele la pena.

Se señalan como características del Derecho Penal las siguientes:

**1.- Función pública.**

No siempre fue así pues hubo tiempos en que se ejercía de manera privada. Significa esto que hoy en día corresponde exclusivamente al Estado.

**2.- Regulador externo de conductas humanas.**

Nadie puede ser castigado por sus pensamientos, como es reconocido de tiempo de los romanos, Ulpiano propiamente. Las normas jurídicas están únicamente destinadas a reglar las actividades de los hombres en cuanto trascienden al exterior de ellos. Lo que se mantiene en el plano puramente psíquico (ideas, deseos, propósitos), sin exteriorizarse en forma alguna, queda sustraído a la esfera de acción del Derecho;

**3.- Valorativo y finalista.**

Es una característica común al Derecho, al igual que las anteriores, pero en el penal cobra especial relevancia.

Valorativo por cuanto establece una evaluación de las acciones humanas, en relación con los cánones que en él se contienen, para determinar y ponderar la conformidad o disconformidad de ellas con el orden jurídico.

Finalista porque tiene un objetivo propio, que es establecer el respeto de los bienes jurídicos y orientar las acciones humanas hacia un ordenamiento que permita el desarrollo individual y el bien común.

#### 4.- **Sistema discontinuo de ilicitudes.**

El Derecho Penal no comprende todos los actos contrarios al Derecho. NOVOA MONREAL dice que “aprovechando el símil del archipiélago, pudiéramos decir que los relieves del lecho del mar podrían equipararse a los variados hechos antijurídicos los cuales varían en gravedad y consecuencias, según varían en altura, esto es de gravedad social- si un relieve es tal sobresale del mar –, límite bajo el cual el legislador estima innecesaria una sanción penal- y surgiendo sobre él pasa a constituir una isla, tenemos ya en esa isla un delito, que puede tener mayor o menor altura, y así también hay delitos de mayor o menor gravedad;.

#### 5.- **Sancionatorio.**

Esto es, punitivo con lo que constituye un refuerzo al ordenamiento jurídico general.

#### 6.- **Personalísimo.**

El delincuente responde personalmente de las consecuencias penales de su conducta por lo que la sanción que haya de aplicársele ha de recaer solamente sobre él.

### **Fines del Derecho Penal.**

Pertinente a los fines del Derecho Penal –que no es lo mismo que la finalidad de la pena-, ya ha quedado dicho que, como todas las ramas del derecho, tienden a mantener un orden y paz social mínimo aceptable.

En cuanto a la finalidad de la pena, hay diversas teorías:

1.- Teorías fundadas en la retribución. Los hay que la sustentan en la retribución divina: la violación de la ley humana es violación también de la ley divina. La aplicación de la pena es una exigencia absoluta, independiente de cualquiera otra finalidad, y cumple una misión de expiación temporal y espiritual a la vez.

KANT la fundamenta en la expiación moral. El mal se retribuye con el mal y el bien con el bien, con lo que se hace justicia, en el concepto de la ley del Talió.

También hay quienes hablan de la retribución jurídica: el que comete un delito quiere también la pena, señalada por la ley como consecuencia del delito. ETCHEBERRY acota que para éstos, “el delito es una alteración del orden jurídico, que exige una pena como restablecimiento del orden”.-

2.- Teorías que se fundan en la prevención que sería general, por el escarmiento en todos los ciudadanos; o especial, solo en el delincuente que evitaría cometer nuevos delitos para no recaer en nueva pena.

3.- Teoría de la defensa social: “la sociedad tiene derecho a defenderse”. Su principal sostenedor es el penalista italiano FERRI.

4.- Teorías mixtas o unitarias que reconocen en la pena más de un fin.

Para el profesor ALFREDO ETCHEBERRY, en el campo de lo estrictamente jurídico, “la finalidad primaria y esencial del derecho penal es la prevención general... La pena, que es la consecuencia jurídica de la trasgresión, ha sido establecida para reforzar el mandato de la norma, para evitar, en general, que se cometan delitos”.

Sin embargo, como esperamos continuar conversándolo en el curso de estas clases, es éste un tema que se ha discutido bajo la pregunta que se hacen políticos, filósofos, penalistas, acaso el Estado tiene derecho a penar, a castigar.

Bueno es que reiteremos que a la fecha el Derecho Penal sin dudas cabe en el Derecho Público, que –digamos- se extrapola al Derecho Privado. Pero esto no siempre ha sido así y se admite como una consecuencia de la estructura de los Estados modernos. Antes la facultad de penar correspondía esencialmente al padre de familia; también al grupo familiar o aún la tribu. Pero hoy es el Estado el que concentra el jus puniendi, o derecho a penar. Aún más, a definir las conductas sujetas a pena y a regularlas en su cuantía y forma de aplicación, lo que le da el carácter de Derecho Público.

No puedo dejar pasar el momento de señalar que esta facultad de los Estados como consecuencia de la soberanía nacional, tampoco hoy es absoluta. Ha surgido en los últimos tiempos un Derecho Penal Internacional, que supera la soberanía de cada Estado. Y recientemente hemos sido testigos de la creación de un Tribunal Penal Internacional de extensión mayor, el de Roma, sin perjuicio de otros conformados ad hoc para situaciones puntuales, como el Tribunal de Nuremberg que juzgó y sancionó los crímenes de los jefes nazis en la Segunda Guerra Mundial.

De todas maneras, el ius puniendi es un apasionante tema del Derecho Penal y Constitucional que, en mi concepto, hoy debe mantenerse vigente, pues no está resuelto, lo relacionado con la finalidad de la pena.

A pesar de las opiniones que he citado, subsiste la inquietud que plantea JIMÉNEZ DE ASÚA en cuanto “necesitamos abocarnos al tema filosófico de por qué se pena” y aquí, continúa el autor; “el jurista precisa ser filósofo, si quiere que sean perdurables las soluciones dadas a los problemas que le preocupan”. “Incluso –continúa- la investigación histórica cobra nuevo sentido si la interpretamos con aliento filosófico. Los suplicios de las épocas pretéritas eran reflejo de la norma de la cultura que el mundo vivía”. Agregamos que es la cultura propia del lugar en que se vive la que regula la pena, el castigo, y de allí que nos resulte en extremo bárbaro que en países de África subsista la lapidación cruel para la mujer adúltera.

Para graficar aún más lo que digo, pregunto, ¿Qué razón existe sino simplemente cultural para que en Chile el aborto sea castigado como delito, en circunstancias que en otros países (otras culturas) no lo es?

Por eso es que en el campo del Derecho Penal surgió una corriente de opinión que le negó al Estado el derecho a penar, lo que no compartimos.

El tema tampoco se agota con lo anterior, si no se aterriza en lo esencial: el sujeto penado o castigado; o propiamente “el delincuente”. Hay, es cierto, actos penados como delitos y éstos son cometidos por seres humanos, por lo que surge la pregunta básica ¿Por qué lo hace? ¿Por qué incurre en la conducta típica que la ley pena?

Veremos en el curso de estas clases como han surgido posiciones diversas. CESAR LOMBROSO jurista judío-italiano labra la teoría del “delincuente nato”, recogiendo trabajos y experiencias de médicos y antropólogos. Como es de entender, para éstos el delincuente nace,

diríamos hoy, como consecuencia de su conformación genética. Pero esta posición agrega con el tiempo otros elementos. FERRI en su Sociología Criminal sitúa al delincuente en un grado de anormalidad biológica, anormalidad social y arriba a la tesis de que el delincuente sufre de una anormalidad biológica-social.

### **Derecho Penal Subjetivo y Derecho Penal Objetivo.**

Es una distinción tradicional que hacían los tratadistas y que en el decir de NOVOA MONREAL, “no tiene otra importancia que adecuar la expresión “derecho” a los dos significados con que se acostumbran a usarla juristas y legisladores, de hacer o no hacer una cosa o conjunto de normas jurídicas.

El primero corresponde a la facultad que se reconoce al Estado para *aplicar* penas (jus puniendi) o derecho de castigar. El segundo, al conjunto de leyes o reglas que definen los delitos, establecen las bases de la responsabilidad penal y señalan las penas y demás medidas aplicables.

JUAN BUSTOS (Manual de Derecho Penal) dice que “el derecho penal objetivo se puede definir como aquella parte del ordenamiento jurídico que determina las características del hecho delictivo e individualiza al sujeto que lo realizó, al que le impone por su hecho una pena y / o medida de seguridad”. Agrega: “el derecho penal objetivo tiene una finalidad de carácter sistemático, es decir, dar reglas jurídicas referidas al delito, al sujeto responsable (delincuente) y a las penas y medidas de seguridad”. Se refiere –dice- básicamente a la estructura normativa, a la naturaleza y carácter de las reglas jurídicas que la componen. Pero en su concepto “el derecho penal no puede quedar reducido a la teoría del delito y de la pena, “sino que entre estos dos términos hay un ámbito que ha quedado atrofiado en la dogmática clásica y neoclásica, esto es, lo relativo al individuo o mejor dicho al delincuente”.

Para BINDING la noción de Derecho Penal Subjetivo tiene importancia porque dentro de su teoría del delito, éste constituye un acto de desobediencia a la autoridad del Estado y una ofensa a su derecho subjetivo de hacerse obedecer por sus súbditos.

MANZINI le resta importancia a esta afirmación y sostiene que no puede hablarse de derecho subjetivo del Estado para penar, porque ésta potestad forma parte de los atributos propios de la soberanía.

En la práctica del abogado, la distinción, como dice Novoa Monreal, carece de connotación. Sin embargo, sí la tiene para el legislador que carece de conocimientos penales y que muchas veces actúa por impulsos emocionales o demagógicos ante la comisión de un delito grave.

### **Evolución Histórica del Derecho Penal.**

El Derecho Penal ha tenido en el transcurso de los tiempos, una evolución que generalmente ha sido consecuente con la de las sociedades de los hombres, sus creencias y principios; pero no siempre ambas han concordado. En un mismo momento coexisten sociedades diversas que hacen confluir simultáneamente corrientes de opinión que ven de manera distinta a los valores esenciales y afectan a su concepción del Derecho Penal.

Así, por ejemplo, los regímenes totalitarios tienen una valoración opuesta a las de una sociedad democrática. Las creencias filosóficas o religiosas también influyen en la consideración del Derecho Penal. Lo mismo acontece con los intereses socialmente económicos, etc.

No obstante, es posible demarcar en el devenir de los tiempos algunos períodos con características propias, que pasamos a considerar:

### 1.- Período de la venganza privada.

Es aquel en que el ofendido con un delito, o sus parientes, reaccionan contra el ofensor. Si es la propia víctima la que reacciona, se habla propiamente de venganza privada: pero si es su grupo familiar, la venganza se llama de la sangre.

Dentro de este esquema surgió LA LEY DEL TALIÓN, que, curiosamente, es consignada como un avance positivo en materia penal, ya que vino a poner límites a la venganza. Nadie podría, en adelante, tomar venganza en mayor proporción que el daño que había recibido. Así fue “ojo por ojo”; “diente por diente”, etc.; pero no más.

En la antigüedad los delitos más comúnmente reprimidos fueron el homicidio, por debilitar al grupo a que pertenecía el muerto; la brujería y el sacrilegio, por ofender las divinidades y no irritarlas en contra de las personas o grupos; el adulterio, por afectar a la presunción de paternidad en el régimen de pareja monogámica, dañando la consaguinidad y el sistema sucesorio; la violación de las normas de cacería, con el fin de preservar las especies útiles, etc.

La venganza privada como régimen de represión de los delitos comienza a desaparecer en la antigüedad, con la organización de los poderes públicos, los que toman en su mano la sanción de los que delinquen. Pero eso no es absoluto, como lo vemos a continuación, a manera de apartado.

MANUEL DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA en su libro “La Retribución Penal”, dice que suele confundirse la retribución con la venganza, la expiación y el talión. “No cabe duda que tanto desde el punto de mira psicológico como desde el histórico *la pena proviene de la venganza, pero de ahí a sostener que sean la misma cosa media una distancia insalvable*”. La venganza es propia de la irracionalidad que produce el agravio. “La pena, en cambio, es obra de la razón y se halla plena de razones”. Agrega algo importante, que a los abogados nos suele pasar inadvertido: “Innegablemente, residuos de la venganza permanecen indelebles en el Derecho y la práctica punitiva de nuestros días... Instituciones o expresiones en la que perviven rasgos o modalidades propios de otras etapas de la evolución jurídica...La supervivencia abre, por decirlo así, una ventana sobre el pasado, y nos deja ver lo que, de otra manera, hubiésemos ignorados siempre”, citando a ALIMENA.

En nuestra legislación penal existen estas supervivencias. El artículo 11 del Código Penal contempla como atenuante cuarta la de “haberse ejecutado el hecho en *vindicación próxima a una ofensa grave causada al autor, a su cónyuge, a sus parientes legítimos por consaguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, a sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos*”. Claro ejemplo de reconocimiento a la venganza como minorante de responsabilidad penal y en igual sentido la minorante tres: “la de haber precedido inmediatamente de parte del ofendido, provocación o amenaza al delito”. Estas son en concepto de RIVACOBIA, “supervivencias penales”, a saber, “instituciones o expresiones en las que perviven rasgos o modalidades propias de otras etapas de la evolución jurídica”. ALIMENA los llama “verdaderos fósiles”. En rigor, no lo son pues corresponden al reconocimiento de la naturaleza humana presente en todos los tiempos.

### 2.- Período teológico-divino de la venganza divina y pública.

Corresponde al de la época en que se consideran los delitos como una infracción del orden y de los preceptos divinos, sistema que se da en las sociedades regladas por un régimen teocrático. Es un pecado y la pena una expiación que purifica la criminalidad, impuesta para desagaviar a la divinidad ofendida.

Las características de las penas en este período son:

- a.- Crueldad excesiva: la muerte, la tortura, las mutilaciones, los azotes, etc.
- b.- Falta de personalidad de las penas. Estas trascendían a su grupo o familias y al tiempo, ya que no se extinguían con la muerte del infractor;
- c.- Desigualdad ante la ley.- Los grupos sociales o individuos de mayor jerarquía tenían un trato privilegiado ante la infracción a la ley penal;
- d.- Carencia de garantías procesales.- Los procesos eran secretos y mediante aplicación de tormentos.
- e.- La arbitrariedad judicial. Los jueces estaban facultados para imputar hechos, prescindir de pruebas regladas y aplicar la pena según su propio criterio;
- f.- Fuerte ligazón con la religión del grupo

### 3.- Período humanitario.

Surge una reacción en contra del anterior sistema. Autores como LABATUT señalan que lo introdujo el Derecho Canónico. Así surge el derecho de asilo y la inviolabilidad de los templos, como límite a la venganza personal o del grupo. Se introduce el principio de la responsabilidad moral del delincuente, fundada en su libre albedrío; asigna a la pena, además del fin expiatorio, uno para rehabilitarlo. Para la corrección y enmienda del delincuente.

Pero el verdadero fundador de un Derecho Penal justo y humanitario, fue el italiano César Bonesana, marqués de BECCARIA, quien publica en 1764 su obra "Disertación sobre los Delitos y las Penas" que se inspira en la filosofía racionalista. Sostiene que el derecho a castigar reconoce como límites la justicia y la utilidad social. Asigna a las penas finalidades correctivas y ejemplarizadoras, proclamando los principios de publicidad, certeza y prontitud de las penas; de legalidad de los delitos y de las penas, todo lo que debe estar a cargo de tribunales establecidos por la ley, como medio de evitar los abusos de poder. Rechaza el secreto de los procesos y la desigual aplicación de la ley. Introduce el concepto de presunción de inocencia del reo nadie puede ser considerado culpable antes de una sentencia condenatoria de termino.

El Código Penal Francés de 1791 fue el primero que dio cabida a estos principios sustentados por BECCARIA.

### 4.- Período contemporáneo o científico.

Se inicia con LOMBROSO.-

LOMBROSO no era jurista, sino que médico y antropólogo. Nació en Verona en el año 1835. Como médico trabajó para el ejército y posteriormente fue designado Director del Manicomio de Pésaro, Italia.

En 1876 publica su obra "EL HOMBRE DELINCUENTE" en la que vacía todos sus estudios centrados en diferencias y similitudes entre criminales y locos. Considera que entre ambos no hay una diferencia de calidad, sino que de intensidad. Ve en el delincuente un tipo humano especial, con peculiaridades somáticas congénitas e inconfundibles, que lo hacen diferentes de los demás hombres. Admite, no obstante, otras influencias externas como el clima, la cultura, los vicios, las

condiciones económicas, etc. Introduce el concepto de criminal nato, con un tipo biológico y anatómico especial.

LOMBROSO es el creador de la Antropología Criminal.

### **Escuelas Penales.**

#### ESCUELA CLÁSICA.

FRANCISCO CARRARA, considerado como el más grande los penalistas y el más alto exponente de esta escuela, nació en Italia, en el año 1805. Su obra magna es "PROGRAMA DEL CURSO DE DERECHO CRIMINAL". Pertenecen a ella Juan Carmignami y Enrique Pessina.

Señala NOVOA MONREAL que los clásicos no constituyen un grupo de penalistas que sigan uniformemente un conjunto de principios comunes y que pudieran ser agrupados por la homogeneidad de sus doctrinas. El principal nexo que existió entre ellos fue su dedicación al estudio jurídico del Derecho Penal sobre bases racionales y con severa aplicación del método lógico". Pero discrepan entre sí y fueron los positivistas los que peyorativamente los denominaron "clásicos".

Pero hay aspectos de concurrencia común, que los distinguen. Ellos son:

- 1.- El delito es un ente jurídico y no natural. Lo que les interesa es su contradicción con el Derecho.
- 2.- La responsabilidad penal se fundamenta en el libre albedrío: solo es responsable el que puede obrar libremente y porque libremente eligió lo ilícito.
- 3.- La pena es un mal y se justifica por la tutela jurídica, ya que es necesaria para proteger al Derecho.
- 4.- El delincuente es un elemento del delito que se considera solo en cuanto poner la fuerza física subjetiva del delito y la fuerza moral subjetiva. Pero se supone que todos los hombres actúan libremente.
- 5.- Existe un Derecho Natural aplicable a todos los tiempos y lugares, que es el que se funda en la naturaleza racional del hombre.
- 6.- Las concepciones jurídicas se obtienen del puro razonamiento. El Derecho Penal se estudia con el método lógico – abstracto.

Desarrolló el humanitarismo, estableciendo que la pena debe limitarse a lo estrictamente necesario. Influyó abrumadoramente en el siglo XIX y los Códigos de esa época.

### **La Escuela Positiva.**

Surge con LOMBROSO, médico y antropólogo como dijimos; ENRIQUE FERRI, abogado, considerado el más brillante expositor de esta Escuela; y RAFAEL GARÓFALO, magistrado de Nápoles.

Toma como objeto directo en el Derecho Penal al delincuente, esto es, al que comete el delito.

Sus postulados principales son los siguientes:

- 1.- El delito debe ser estudiado como fenómeno natural desde los aspectos individual y social. Su importancia para la ley penal revela la peligrosidad del delincuente.
- 2.- No existe el libre albedrío. El delincuente actúa determinado por factores antropológicos, físicos y sociales. Contra su actuación antisocial se produce la defensa de la sociedad, la cual reacciona contra él porque vive en sociedad y con prescindencia de valores éticos-jurídicos. Su responsabilidad es así social.
- 3.- La pena no es un castigo, sino un medio de defensa social. Su medida ha de hallarse en la peligrosidad del delincuente y no en la gravedad objetiva del delito. Debe procurar readaptarlo a la vida social. La sanción es la que debe adaptarse al delincuente y el juez debe aplicarla por un plazo indeterminado, hasta que cese su peligrosidad.
- 4.- El delincuente es un ser anormal y en él debe centrarse tanto el estudio científico. Como medidas legales que se adopten para combatir el delito.
- 5.- La prevención del delito es más importante que su represión.
- 6.- No existe el Derecho Natural.
- 7.- El método aplicable al estudio del delito y del delincuente es el experimental. El exacto conocimiento de los mismos lo proporcionan las ciencias causal-explicativas.

La diferencia entre ambas escuelas la graficó el penalista holandés VAN HAMEL: “La Escuela Clásica exhorta a los hombres a conocer a la justicia; la Escuela Positiva exhorta a la justicia a conocer a los hombres”.

### **Otras Escuelas.**

#### *a) Intermedias o Eclécticas.*

Como señala NOVOA MONREAL, “las críticas que muy luego surgieron en contra de la Escuela Positiva, originaron el nacimiento de tendencias eclécticas que procuraban encontrar una posición equidistante de las dos ideologías contrapuestas, que permitieran recoger las verdades que en ambas pidieran encontrarse y repudiar sus errores” Agrega que “algunos han denominado a estas tendencias “positivismo crítico””.-

#### *b) Del Positivismo Crítico o Terza Scuola.*

Proclama la separación del Derecho Penal de la Sociología Criminal. Rechaza la existencia del criminal nato y combate la teoría de la criminalidad morbosa del delincuente: el delito es un fenómeno determinado predominantemente por causas sociales, lo que excluye la existencia de criminales degenerados. Niega el libre albedrío y fundamente la responsabilidad

en la intimidabilidad, o sea, en la aptitud del individuo para sentir la coacción psicológica de la pena. Concede mayor importancia a la prevención que a la represión de los delitos;

c) *Escuela de la Política Criminal Alemana, de Franz Lizt.*

No cree en el libre albedrío; deben aplicarse las sanciones y medidas de seguridad conjuntamente. Solamente deben castigarse a los delincuentes normales, los demás son inimputables,

d) *Escuela Dualista.*

Que propicia la descomposición de las legislaciones penales en dos Códigos: uno penal, de índole retributivo, y otro preventivo, que contendría las medidas de seguridad.-

e) *Escuela Humanista.*

Concibe el delito como una violación de la moral social, con la cual se confunde. La pena es una medida de orden educativo, y sólo son imputables los delincuentes susceptibles de ser educados por ella. Para los inimputables se reservan medidas de seguridad.-

f) *Escuela Técnico – Jurídica.*

Cuenta con autores como Manzini, Rocco y Carnelutti en Italia y Binding en Alemania.

Conforme señala LABATUT, ésta “depura el Derecho Penal de las influencias filosóficas con que los clásicos lo desvirtuaron, y de las concepciones bio-sociológicas de los positivistas que incluso lo hicieron perder su autonomía, y reduce el objeto de la ciencia penal a la exposición dogmática y a la exégesis del derecho positivo, al estudio del delito y de las penas en su aspecto jurídico, como hechos o fenómenos regulados por la ley; en otros términos, al contenido de los textos legales vigentes”.

Para esta Escuela, siempre conforme LABATUT, “el delito es concebido como fenómeno jurídico. Corresponde a otras ciencias (antropología y sociología criminales) estudiarlo como fenómeno individual y social. No niega las raíces antropológicas y sociales del hecho delictivo; pero se empeña en conservar su carácter estrictamente jurídico del derecho penal. La pena tiene el carácter de reacción jurídica contra el delito y está reservada sólo a los imputables, pues, como se dijo, a los inimputables se destinan las medidas de seguridad, que pertenecen al derecho administrativo”.

### **Influencia de estas Escuelas en la legislación positiva.**

No han tenido una influencia gravitante en ellas, donde ha prevalecido el pragmatismo derivado de la situación particular de cada país. Puede así sostenerse que son las tendencias eclécticas las que han predominado.

El Código Penal Chileno comenzó a regir el 1º de junio del año 1874 y reconoce como fuente principal el Código Penal Español de 1848, modificado el año 1850. También recoge aspectos del Belga de 1867 y refunde leyes penales patrias dictadas con anterioridad como las de hurto y robo de 1849, la de Ferrocarriles de 1862 y de Telégrafos de 1852.

En su larga existencia, ha tenido importantes modificaciones, como veremos en el curso de este año, al tratar la parte especial, o delitos propiamente tales.

## **Evolución Histórica del Derecho Penal Chileno.**

### **A. Antecedentes Históricos.**

No puede hablarse propiamente de un “derecho penal indígena” en Chile, dada la falta de organización en Estado de que adolecieron los pueblos aborígenes. Durante el período colonial, tuvieron vigencia las leyes españolas, como el Fuero Juzgo, el Fuero Real y las Partidas,

Con posterioridad a la emancipación política, se dictan diversas leyes, dentro de las cuales hay que mencionar:

- a. Las relativas al régimen penal y de procedimiento en general, de 11 de octubre de 1823 que declara vigentes las leyes españolas y crea comisiones especiales para conocer de los juicios criminales; ley de 20 de octubre de 1831 que establece que la embriaguez no es eximente ni atenuante de responsabilidad penal; ley de la misma fecha sobre irrelevancia del perdón del ofendido para extinguir la pena; ley de 13 de marzo de 1837 determinando lo que eran delitos leves y sus penas; ley de 29 de marzo de 1837, sobre tramitación de causas criminales; ley de 5 de enero de 1838 que ordena tomar en consideración la situación personal del reo en la imposición de la pena; ley de 25 de abril de 1838 que declara que en caso de empate de votos en las sentencias criminales prevalecerá la opinión más favorable al reo.
- b. Las relativas al régimen de la prensa: ley de 9 de Noviembre de 1811, publicaciones denigrantes; ley de 23 de Junio de 1813, sobre libertad de prensa; ley de 18 de Junio de 1823, que adiciona la anterior; ley de 11 de Diciembre de 1828, también sobre abusos de libertad de imprenta; nueva ley de imprenta de 16 de Septiembre de 1846:
- c. Las relativas a los delitos de robo y hurto y a las penas de azotes: ley de 9 de Junio de 1817, que establece penas de azotes y de muerte para los ladrones; ley de 14 de Julio de 1823, que suprimió la pena de azotes; ley de 22 de Julio de 1837, sobre hurtos de animales; ley general de hurtos y robos de 7 de Agosto de 1849; ley de 29 de Agosto de 1850 que sustituye la pena de azotes por la de prisión; y ley de 8 de Octubre de 1852, que derogó la anterior y repuso la pena de azotes.
- d. **El 17 de Octubre de 1870 se nombra Comisión Redactora del Código Penal de Chile,** cuyo Secretario Redactor fue don Manuel Rengifo, la que celebró 175 sesiones entre los años 1870 y 1873. Tomó de modelo el Código penal Español de 1848 y el Código Penal Español Concordado y Anotado de JOAQUÍN FRANCISCO PACHECO PACHECO.

Con fecha 29 de octubre de 1873 se aprueba la ley que contiene el Código Penal, disponiéndose que comience a regir el 1 de junio de 1874. Es el único que ha tenido Chile y su vigencia se extiende, con modificaciones, hasta el día de hoy.

No obstante, se ha dictado leyes penales complementarias como:

- 1.- La 447, sobre Protección de Menores;
- 2.- La 11.625, sobre Estados Antisociales y Medidas de Seguridad;
- 3.- La 7821, sobre Remisión Condicional de la Pena;
- 4.- El Decreto – Ley 321 sobre Libertad Condicional.-

Hay que señalar también:

- 5.- El Código de Justicia Militar:
- 6.- La ley N° 12.927 sobre Seguridad Interior del Estado;
- 7.- El Decreto Ley 425, sobre Abusos de Publicidad.

*CON POSTERIORIDAD A LA ENTRADA EN VIGENCIA DEL CÓDIGO PENAL DE CHILE* se promueve un creciente interés por el estudio del Derecho Penal, habiéndose realizado intentos por modernizarlo, sin que se haya logrado éxito.

Surge una pléyade de estudiosos dentro de los cuales hay que mencionar a RAIMUNDO DEL RÍO autor de obras como Elementos del Derecho Penal, Manual de Derecho Penal y Explicaciones de Derecho Penal; PEDRO ORTIZ MUÑOZ, difusor de las doctrinas alemanas, autor de Nociones Generales de Derecho Penal; GUSTAVO LABATUT GLENA, su obra Derecho Penal; EDUARDO NOVOA MONREAL (Curso de Derecho Penal Chileno); LUIS COUSIÑO MAC IVER (Derecho Penal Chileno); ALFREDO ETCHEBERRY (Curso de Derecho Penal); MARIO GARRIDO MONTT (Derecho Penal); JUAN BUSTOS RAMIREZ (Manual de Derecho Penal); ENRIQUE CURY URZÚA (Derecho Penal); etc.

Se creó el Instituto de Ciencias Penales, que publica la Revista de Ciencias Penales.

El profesor ALFREDO ETCHEBERRY sintetiza así lo que son hoy las ciencias penales en sus diversas variantes:

- 1) Ciencias Jurídicas (Derecho Penal)
  - a) Derecho Penal sustantivo:
    - a1. Historia del Derecho Penal;
    - b1. Filosofía del Derecho Penal;
    - c1. Política criminal;
    - d1. Dogmática Jurídico-Penal.
  - b) Derecho Penal Adjetivo (procesal),
  - c) Derecho Penal Ejecutivo (penitenciario).

2) Ciencias Naturales (Criminología):

- a) Antropología criminal.
- b) Psicología criminal,
- c) Sociología criminal.

3) Ciencias Auxiliares:

- a) Criminalística;
- b) Medicina Legal;
- c) Psiquiatría Forense;
- d) Estadística Criminal.

## TEORÍA DE LA LEY PENAL

### FUENTE DE LA LEY PENAL

*Esquema a desarrollar.*

- \_ El principio de la reserva o legalidad
- \_ Leyes penales en blanco
- \_ Otras fuentes del derecho penal

En nuestro ordenamiento legal, como forma de concreción de la norma jurídica, no hay más fuentes de derecho penal que la ley.

Otras formas de concreción que tienen validez en otras ramas del ordenamiento jurídico no son fuentes de Derecho Penal; como es el caso de la costumbre, la doctrina, la jurisprudencia, etc.

### EL PRINCIPIO DE LA RESERVA O LEGALIDAD

El hecho de que la ley sea la, única fuente de Derecho Penal se conoce generalmente con el nombre de principio de la reserva o legalidad y constituye la base fundamental de todo el sistema jurídico penal.

*En sentido amplio tiene un triple alcance:*

- a) Solamente la ley puede crear delitos y establecer sus penas.
- b) La ley penal no puede crear delitos y penas con posterioridad a los hechos incriminados y sancionar estos en virtud de dichas disposiciones,

- c) La ley penal, al crear delitos y penas, debe referirse directamente a hechos que constituyen aquellos y la naturaleza y límites de éste.

El principio de la reserva o legalidad encuentra consagración constitucional en el **artículo 19, número 3, inciso 7 de la Constitución Política**:

“Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”.

Se repite este principio en otras disposiciones legales, como los artículos 1º, 18 y 80 del Código Penal.

- A) El primero establece que “es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley” (principio nullum crimen sine lege).-
- B) El segundo: “ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración” (principio nulla poena sine lege)
- C) El artículo 80: “Tampoco puede ser ejecutada pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley”.

Es de importancia la consagración constitucional de este principio en materia penal. La simple consagración legal sería insuficiente, ante la posibilidad de que leyes posteriores, modificaran o derogaran este principio, en forma total o parcial. Protegen también de la arbitrariedad judicial.

#### Evolución histórica del principio de la legalidad.

Se plantea en un comienzo en el Derecho Romano; pero no tuvo allí un reconocimiento expreso y amplio.

*La Carta Magna (1215) dada en Inglaterra* constituye realmente el primer reconocimiento formal, constituyendo una conquista ante el poder real y para los súbditos. Prohíbe condenar a los hombres si no es por el juicio de sus iguales y por la ley del país.

La Constitución de los Estados Unidos del año 1787 lo consagra.

La Declaración de los Derechos del Hombre y de los Ciudadanos, fruto de la Revolución Francesa, en el año 1789 puntualiza en su número 8 que “nadie puede ser penado sino en virtud de una ley dictada y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada”.

BECARIA había dicho: “sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y esta autoridad no puede residir sino en el legislador, que representa a toda la sociedad unida por un contrato social”.

FEURBACH acuña la fórmula “nulla poena sine lege; nulla poena sine crimine; nullum crimine sine poena” legalí.

El principio no es aceptado por los regímenes totalitarios como ocurrió en la Rusia Soviética y en la Alemania Nazi, que subordinaron al hombre al Estado; subestimaron los derechos de la persona humana y erigieron como principio supremo “el sano sentimiento popular”, que no era otro que el sentimiento del partido totalitario y, en definitiva, del dictador correspondiente.

El Papa Pío XII en el año 1942, reprocha estos sistemas y propone un ordenamiento jurídico que reconozca a) un tribunal y un juez que se rija por un derecho claramente formulado; b) normas jurídicas claras que no puedan tergiversarse políticamente apelándose a un sentimiento popular; c) el reconocimiento que el Estado está obligado a reparar y revocar medidas que lesionen la libertad, la propiedad, el honor y la salud de los individuos.

La **irretroactividad** de las leyes penales está también de manifiesto en el texto constitucional.

Pese a lo categórico que puede parecer el texto del artículo 19 número 3, la irretroactividad de la ley penal tiene excepciones; como. Por ejemplo si una ley posterior despenaliza una conducta o bien establezca una pena más favorable al reo, como lo establece el artículo 18 inciso segundo del Código Penal: “Si después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término, se promulgare otra ley *que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento*”. “Si la ley que exima el hecho de toda pena o le aplique una menor rigurosa se promulgare después de ejecutoriada la sentencia, sea que se haya cumplido o no la condena impuesta, el tribunal de primera instancia que hubiere pronunciado dicha sentencia deberá modificarla, de oficio o a petición de parte y con consulta a la Corte de Apelaciones respectiva”.

Finalmente el principio de reserva o legalidad cobra sentido y valor al amparo del concepto **tipicidad**. Significa éste que, la ley penal en su contenido, debe referirse a hechos concretos y penas determinadas. Así aparece de manifiesto en el artículo 19, número 3, inciso 8, de la Constitución Política de la República cuando señala *“ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”*.

De manera tal que el juicio penal no puede referirse, por ejemplo, al estado o condición de una persona, sino a hechos específicos. Y estos hechos deben ser juzgados en virtud de una ley, que debe referirse, a su vez, también a hechos específico.

En su aspecto práctico, el principio de la reserva o legalidad se traduce en que el juez no podrá sancionar por delitos que no estén **tipificados** como tales en la ley penal, con anterioridad a la realización de los hechos; ni aplicarles penas que no estén igualmente determinadas en la ley previa en lo atinente a su naturaleza, duración y monto.

El tema de la **tipicidad**, señala **ETCHEBERRY** en el informe a la Memoria de Prueba de don Alberto Liberona (“La Tipicidad. Estudio Teórico y Práctico”) es *“el tema tal vez más importante dentro de la teoría general del delito en la doctrina moderna. En efecto, la doctrina del delito-tipo, desarrollada por Beling en Alemania entre los años 1906 y 1930, tiene una trascendencia que ciertamente sobrepasa los límites estrictos de la teoría jurídico-penal. El principio nullum crimen, nulla poena sine lege, pese a su formalización latina, no logró históricamente su plena vigencia sino con el imperio de las democracias liberales, y la lucha por su implantación en el derecho positivo corre paralela a las luchas por conquistar la libertad política. De ahí que en un régimen jurídico que se fundamente en los principios del Estado de Derecho, el sistema jurídico-penal debe necesariamente asentarse sobre el principio ya mencionado*”. Agrega: “Precisamente las violaciones modernas del principio nullum crimen, como hace notar SOLER, no consisten tanto en prescindir de la ley penal, como en dotar a esta de un contenido puramente formalista, cavío de significación concreta, dejando esta última para la determinación posterior por parte del poder político”. Un Derecho Penal ignorante de este principio, termina por fundirse –dice

el autor en cita- es una sola infracción general: desobedecer la voluntad del régimen, del príncipe o mandarín.

## **LAS LEYES PENALES EN BLANCO**

Binding es el autor de esta expresión, con la cual se designa a aquellas leyes incompletas, que se limitan a fijar una determinada sanción, dejando a otra norma jurídica la misión de completarla, con la determinación del precepto, o sea, la descripción específica de la conducta punible.

La ley penal ordinaria supone primero la descripción de la hipótesis de hecho, y en segundo término, el establecimiento de una consecuencia jurídica para el evento de que tal hipótesis se produzca (El que mate a otro <presupuesto de hecho>, sufrirá tal o cual pena <consecuencia jurídica>).

Ocasionalmente, sin embargo, sucede que las leyes penales no asumen esta forma, sino que únicamente señalan la sanción, y dejan entregada a otra ley o las autoridades administrativas la determinación precisa de la conducta punible. Estas son las leyes penales llamadas por la doctrina "en blanco" o "leyes abiertas".

Como señala NOVOA MONREAL "la ley en blanco, o abierta, sólo cobra valor una vez que ha sido dictada la norma reglamentaria que la complementa. Por ello, expresa Binding, que estas leyes buscan su contenido "como un cuerpo errante busca su alma"

Una de la disposición más característica de este grupo es la del artículo 318 del Código Penal, que dispone:

"El que pusiere en peligro la salud pública por infracción de las leyes higiénicas o de salubridad, debidamente publicas por la autoridad, en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio, será penado con presidio menor en su grado mínimo o multa de seis a veinte sueldos vitales".

Esta disposición señala con precisión la pena, pero la descripción de la conducta está determinada en cada caso por otras normas, no legales sino administrativas.

Otro caso en el Código Penal, es el del artículo. 314:

"El que a cualquier título, expendiere otras sustancias peligrosas para la salud, distintas de las señalas en el artículo anterior, contraviniendo las disposiciones legales o reglamentarias establecidas en consideración a la peligrosidad de dichas sustancias, será penado..."

Los autores señalan otros, como los artículos 217, 281 inciso 2º, 288, 289, 290, 322, 482 y 492, todos del Código Penal. NOVOA MONREAL señala que "más frecuentes son los casos en las faltas, pues allí mezcla gran número de disposiciones de carácter contravencional establecidas para regir muy variadas circunstancias que la ley difícilmente podría prever en la forma minuciosa requerida para su eficacia. Entre ellas están los números 3 y 17 del artículo 494; 2, 7, 18, 11, 12, 13 y 29 del artículo 495; 6, 9, 12, 14, 15, 19, 20, 21, 24, 27, 29, 36 y 37 del artículo 496".

La ley penal en blanco o abierta adquiere valor al dictarse la ley o norma complementaria.

El problema que se suscita respecto de las leyes penales en blanco o abiertas es el determinar si es conciliable con el principio de la reserva y con el texto del artículo 19 número 3 de la Constitución Política. El hecho de que la determinación concreta de las conductas delictivas quede entregada a la autoridad administrativa o a otra ley y no lo haga la originaria, ¿infringe la norma constitucional antes citada?

Algunos autores clasifican las leyes penales en blanco o abiertas de la siguiente forma:

- Si la ley penal en blanco se remite a otra ley, presente o futura, para su complemento, no ven problema alguno, ya que siempre es la ley la que determine la conducta delictiva.

- Si la ley penal en blanco define y describe la esencia de la conducta (verbo, rector del tipo), y deja a la disposición administrativa solamente la determinación circunstancial del hecho, tampoco ven problema de constitucionalidad. Así lo enseña ETCHEBERRY: "Si la ley en blanco define y describe la esencia de la conducta (verbo rector del tipo) y deja a la disposición administrativa solamente la determinación circunstancial del hecho, tampoco puede suscitarse problema constitucional".

- Más difícil es la solución en los casos como el artículo 318 ya citado. Pero entienden los autores que al remitirse a las disposiciones de la autoridad administrativa, el legislador no entiende darle "carta blanca". La autoridad tiene sus facultades limitadas por la Constitución y las propias leyes, de modo que sólo puede moverse dentro de precisos espacios para mandar y prohibir ciertas conductas. De manera tal, que el ejercicio de esta potestad no podría llegar a violar los derechos constitucionales y legales de los ciudadanos. ETCHEBERRY, citando al penalista argentino SEBASTIÁN SOLER, dice: "al remitirse (la ley) a las disposiciones de la autoridad administrativa, el legislador no entiende darle "carta blanca" para establecer dichos delitos. Sabe que dicha autoridad tiene sus facultades limitadas por la Constitución Política y las propias leyes, de modo que solo puede moverse dentro de ciertos límites para mandar y prohibir conductas. El ejercicio de esa potestad no puede llegar a violar los derechos constitucionales y legales de los ciudadanos".

Es inconstitucional y violatoria del principio de la legalidad o reserva cuando la ley penal aparece absolutamente indeterminada, remitiéndose en todo a las resoluciones administrativas.

NOVOA MONREAL citando a MAGGIORE señala que las leyes penales propiamente en blanco son sólo aquellas en que su parte preceptiva abierta debe ser colmada por una autoridad inferior a la que la dictó y mediante una regla de carácter general. Por consiguiente, son leyes penales en blanco aquellas que integran su contenido con el precepto de otra, por ejemplo, al artículo 472 del Código Penal; en esos casos se trata simplemente de normas de reenvío. Tampoco son leyes penales en blanco aquellas que se remiten no a un reglamento o regla general, sino a una orden concreta impartida para determinado caso (por ejemplo, los artículos 116, 117, 496 N ° 1 del Código Penal). Se trata, agrega, simplemente de una cuestión de técnica legislativa en la redacción de ella, "pero el mandato legal está completo mediante la remisión que él dispone (reenvío)"

## **OTRAS FUENTES DEL DERECHO PENAL**

La costumbre, que tiene en general un escaso valor en nuestro sistema jurídico ya que lo prohíbe expresamente el artículo 2 ° del Código Civil: "la costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella". Así ocurre en los artículos 1546, 1823, 1838, 1950, 1944, 1951, 1954, 1986, 1997 y 2117 del Código Civil; 4 ° del Código de Comercio.

Desde luego no puede constituir fuente inmediata del Derecho Penal, mas si podría tener el carácter de fuente mediata, cuando las disposiciones penales se refieren a instituciones propias de otras ramas del derecho civil o el comercial, y en dichos campos, con relación a esas instituciones, se admite la costumbre como fuente de derecho. En tales casos, se tratará siempre

de la costumbre llamada integrativa (secundum legem), con exclusión de la contraria a la ley y de la supletoria de la misma.

En cuanto a la Jurisprudencia, entendida como la doctrina sentada por los tribunales de justicia al fallar los casos sometidos a su conocimiento, puede decirse que en Derecho Penal tiene aplicación el principio de que las sentencias no tienen valor si no respecto de aquellos casos sobre los que actualmente se pronunciaran.

La doctrina, no tiene en principio valor alguno como fuente del derecho penal. Pero tal como en el caso de la costumbre y la jurisprudencia, no cabe duda de que la doctrina puede una influencia sobre la manera de entender y aplicar el derecho por los tribunales.

Los actos administrativos son sólo fuente del llamado derecho penal administrativo, distinto del común. Indirectamente, en el caso de las leyes en blanco que a ellos se remiten, pueden ser fuente mediata de derecho penal.

## CONCEPTO DE LEY

Como hemos venido refiriendo a la ley como única fuente del Derecho Penal positivo y por mucho que no nos corresponda en este ramo profundizar al respecto, es bueno detenernos en algunos aspectos conceptuales de lo que es la ley.

Su definición está en el artículo primero del Código Civil:

*“La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución manda, prohíbe o permite”.*

Otra disposición que nos parece importante consignar es la del artículo 8:

“Nadie podrá alegar ignorancia de la ley después que ésta haya entrado en vigencia”.

El artículo 7º (Código Civil), por su parte:

“La publicación de la ley se hará mediante su inserción en el Diario Oficial y desde la fecha de éste se entenderá conocida de todos y será obligatoria”. La fecha de la ley será la de su publicación, sin perjuicio de la facultad que se concede por el inciso tercero para establecer reglas diferentes sobre su entrada en vigencia.

Por el artículo 14 (Código Civil) se dispone que “la ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros”

## INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL

El objeto de la interpretación de las leyes es el determinar cual es el pensamiento y la voluntad de la ley frente a un caso determinado. No se trata de determinar la voluntad del legislador, sino de la ley.

La interpretación no va a buscar extra legem, sino intra legem, dentro de la propia ley, cuál es la voluntad de ésta. Debe tenerse presente que la ley debe interpretarse buscando cual es su voluntad frente al caso actual que se debe resolver.

## FUENTES DE INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL

La ley penal puede ser interpretada por el propio legislador, por el juez o por el jurista. Según ello, la interpretación puede ser auténtica, judicial o doctrinal.

**1.- Interpretación auténtica.** Es la interpretación de la ley hecha también por medio de la ley, sea una ley diferente de la interpretada, sea otro pasaje de la misma ley. Es la única de obligatoriedad general, conforme lo dispone el art. 3 del Código Civil.

Son preceptos interpretativos, por ejemplo, en materia penal, los artículos que definen la tentativa (7º), lo que debe entenderse por arma (132º), el concepto de violencia (439º), etc. en el Código Penal.

**2.- Interpretación judicial.** Es la que hacen los tribunales al fallar los casos concretos de que conocen. Esta interpretación sólo tiene obligatoriedad respecto de los casos en que actualmente se pronunciaran las sentencias.

**3.- Interpretación doctrinal.** Es la que hacen privadamente los juristas y estudiosos de la ley. Su libertad es máxima, pero su fuerza obligatoria es nula. Esto es desde el punto de vista, pero en el ámbito práctico puede que la interpretación doctrinal llegue a tener influencia, a veces decisiva, tanto en el campo judicial como en el legislativo.

## REGLAS DE INTERPRETACIÓN DE LA LEY

**1.- Elemento gramatical.** Se dirige al examen de las expresiones empleadas por el legislador. Parte del supuesto que el legislador sabe lo que dice, y que como regla general, las palabras que emplea traducen su pensamiento. Tienen aplicación a este respecto las disposiciones del Código Civil en los artículos. 19 y siguientes.

**2.- Elemento teleológico.** Complementa a la anterior regla, y tiene cabida en el caso que la ley emplee una expresión oscura, y en tal situación se permite recurrir, para desentrañar su significado, a su intención o espíritu. Las fuentes de este elemento son las propias ley que se trata de interpretar la historia fidedigna de su establecimiento.

**3.- Elemento sistemático.** Se parte de la base que un precepto legal no debe considerarse aislado, y de que el Derecho Penal no es tampoco un islote dentro de orden jurídico (artículo 22º. inciso 2, Código Civil : “los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto”)

**4.- Elemento ético-social.** Es supletorio de los demás, y sólo puede acudir a él cuando no ha sido posible determinar el sentido de una ley de conformidad a las reglas anteriores. Se encuentra señalado en el artículo 24 del Código Civil.

## LA ANALOGÍA

“Es la aplicación de un principio jurídico que establece la ley para un hecho determinado, a otro no regulado, pero jurídicamente semejante al primero”. Supone el reconocimiento de que la ley

no ha contemplado determinado caso y la semejanza sustancial entre este caso y los que están regulados. Tiene una aplicación en cuanto a llenar los vacíos o lagunas legales y tiene aplicación especialmente en materias civiles.

En materia penal, el artículo 19 número 3 de la Constitución Política impide la analogía. Las penas sólo se imponen en virtud de una ley promulgada con anterioridad a la perpetración del hecho. La analogía, en materia penal, sería la creación por el juez de una figura delictiva nueva, sin ley preexistente a la infracción, con lo cual la decisión judicial pasaría a ser fuente de derecho penal, contraviniéndose el principio de la reserva.

### **Caracteres de la ley penal:**

Es:

- 1.- Exclusiva, por ser la única que puede crear delitos y establecer sanciones;
- 2.- Obligatoria, porque han de acatarla tanto los órganos del Estado como los particulares;
- 3.- Ineludible, porque mientras no sean derogadas por otras leyes, mantienen su vigencia:
- 4.- Igualitaria, porque todas las personas son iguales ante ella.

### **EFFECTOS DE LA LEY PENAL**

- Aplicación de la ley penal en el espacio
- Aplicación de la ley penal en el tiempo.
- Aplicación de la ley penal a las personas

#### **1 .- APLICACIÓN DE LA LEY PENAL EN EL ESPACIO**

Principio general; la ley es esencialmente territorial, es decir, rige solamente los delitos cometidos en el territorio del Estado que la dicta.

Sólo el Estado dicta y aplica las leyes en virtud del principio de soberanía, y luego la ley penal sólo puede regir en el Estado en que se dictó. La Corte Suprema de Justicia ha establecido la siguiente doctrina al respecto: *“la jurisdicción no puede ser confundida con la competencia ya que aquella deriva de la soberanía de cada Estado entregada a los órganos de éste conforme a la organización política de cada uno. La jurisdicción encuentra sus fronteras, en el ámbito internacional, en el límite de la soberanía y en el interno, donde comienza otra función propia, por ejemplo, la legislativa”*. Agrega: *“el efecto propio de la falta de jurisdicción desde su ámbito internacional, se traduce en que ningún tribunal del país puede conocer y decidir el conflicto o controversia o controversia”, debiendo aceptarse, en caso contrario, la excepción de incompetencia en el carácter de perentoria”* (Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 99, segunda parte, sección primera, página 91 y siguientes). (Nota 1: la sentencia precisa los conceptos de jurisdicción y competencia, como quiera que se había opuesto como excepción dilatoria –art. 303 N ° 1 del Código de Procedimiento Civil-, esto es, la falta de competencia del tribunal, considerando los

sentenciadores que lo que procedía era alegar la falta de jurisdicción, habiendo debido invocarse la dilatoria del número 6 del precepto citado, esto es, la de corrección del procedimiento. Nota 2: se hace mención en este fallo, también, en cuanto a que el derecho extranjero debe probarse, lo que es excepción al principio de que el derecho no se prueba).-

Íntimamente ligado con la jurisprudencia y doctrina citada se encuentra el principio de la territorialidad de la ley penal que se pasa a mencionar a continuación.

**a.- Principio de la Territorialidad.** La ley penal chilena rige en el territorio de Chile, y en el territorio de Chile no rige sino la ley penal Chilena. El artículo 5 del Código Penal establece una regla similar a la contemplada por el artículo 14 del Código Civil:

“La Ley penal chilena es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros. Los delitos dentro del mar territorial o adyacente quedan sometidos a las prescripciones de este Código”.

El concepto de territorio es jurídico y físico, abarca:

1.- La superficie terrestre comprendida dentro de los límites naturales y convencionales del país, incluyendo ríos y lagos, y las islas sobre las cuales se ejerce soberanía nacional.

2.- El mar territorial o adyacente.

3.- El espacio aéreo por sobre el territorio terrestre y marítimo.

4.- El subsuelo existente bajo el territorio terrestre y marítimo.

5.- Las naves y aeronaves.

6.- El territorio ocupado por fuerzas armadas chilenas.

*Extraterritorialidad:* Posibilidad de cada Estado de dar vigor a sus leyes penales, en casos singulares, fuera de su territorio.

Así el artículo 6 del Código Penal señala: “Los crímenes y simples delitos, perpetrados fuera del territorio de la República por Chilenos o extranjeros, no serán castigados en Chile sino en los casos determinados por la ley”.

Nuevas formas de delito y de conductas delictuales han restado rigidez a este principio y es posible constatar que tribunales chilenos pueden tener competencia para conocer de delitos cometidos o comenzados a cometer en el extranjero y, a la inversa, que tribunales extranjeros puedan actuar en Chile. Así ha ocurrido con el delito de “lavado de dinero” o el “tráfico de drogas”, en el contexto de lo que disponía la Ley de Drogas y particularmente la de Blanqueo de Capitales. Pero, en general, hoy predomina por sobre el principio en referencia la extraterritorialidad derivada de delitos que constituyen un mal común en la humanidad, existiendo tratados internacionales que regulan las competencias.

Todo lo que ha rodeado el caso “Pinochet” es ciertamente ilustrativo al respecto.

**b.- Principio Real o de Defensa.** Hay hechos que cometidos en el extranjero, producen sus efectos en el territorio de otro estado, comprometiendo sus intereses. Luego, la ley nacional se atribuye competencia para ser aplicada en dichos delitos. En estas situaciones se habla del principio real o de defensa. El ejemplo más característico es el delito de falsificación de moneda, que cae bajo la ley penal nacional aunque se perpetre en el extranjero, por las obvias consecuencias que él tiene sobre la economía y el orden jurídico nacionales.

Otros casos, 6 número 1, 2 y 5 del Código Orgánico de Tribunales, 106 Código Penal., 3 número 2 y 3 del Código de Justicia Militar. Siempre es el hecho de que se va afectado el orden jurídico nacional lo que determina la punibilidad de estas conductas.

**c.- Principio de la personalidad.** La ley penal sigue al nacional en el extranjero, de modo que éste se encuentra sometido a las prescripciones de la misma y la jurisdicción de sus tribunales patrios, dondequiera se encuentre.

**d.- Principio de la Universalidad.** Se fundamenta este principio en la idea de que existe una comunidad jurídica internacional y de que el objeto del derecho penal es la protección de los derechos humanos, más que de las soberanías estatales. Así hay ciertos delitos que lesionan bienes jurídicos que constituyen patrimonio universal, deben ser juzgados por el ordenamiento jurídico del Estado que capture a los delincuentes. Responde a este principio el artículo 6 n 7 del Código Orgánico de Tribunales, que somete a la ley y los tribunales chilenos el delito de piratería, aunque se cometa fuera del territorio nacional.

## 2.- APLICACIÓN DE LA LEY PENAL EN EL TIEMPO

Las leyes penales rigen mientras tienen vigencia jurídica, esto es, desde su promulgación hasta su derogación. La promulgación se efectúa en el Diario Oficial de acuerdo a las reglas legales, y desde esa fecha entra en vigencia, salvo disposición legal en contrario (6 y 7 Código Civil). La derogación de la ley puede ser expresa o tácita, total o parcial (52 y 53 Código Civil).

El principio general en materia penal, como en otras ramas del derecho, es que la ley rige los hechos acaecidos durante su vigencia: no rige, en cambio, los que ocurrieren con posterioridad su derogación.

La aplicación de ley penal en el tiempo está regida en primer lugar por la disposición del artículo 19 número 3, inciso 7.

Por eso se dijo en su oportunidad que el principio de la reserva, además de su sentido estricto de la legalidad, tenía también un sentido de irretroactividad, inseparable de aquél. De acuerdo a esto, la ley penal rige los hechos acaecidos durante su vigencia, y exclusivamente ella puede hacerlo, de tal modo que, aún después de derogada, seguirá en vigencia para los efectos de juzgar los hechos que acontecieron antes de la derogación.

El principio de irretroactividad consagrado en el artículo 19 número 3 de la Constitución Política del Estado, no está establecido de manera absoluta. Así la misma disposición dice que rige este principio a menos que una ley favorezca al afectado. Más aún se complementa con la disposición de artículo 18 Código Penal: “Ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración.

“Si después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término, se promulgare otra ley que exima tal derecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento”.

### **Requisitos para la retroactividad de la ley penal.**

a.- Que con posterioridad al hecho se promulgue una ley. Puede tratarse de una propiamente penal, o bien una ley de otro carácter pero que integre la norma jurídica que se refiere a la situación juzgada. Por ejemplo, una ley civil que rebaje la mayor edad, y que integra delito de corrupción de menores.

b.- Que esta nueva ley sea más favorable o benigna para el reo. Luego, jamás podrá operar la retroactividad cuando la nueva crea un delito, que antes era un hecho lícito, o que le imponga una pena más severa.

c.- Que los hechos se hayan cometido bajo la antigua ley. Esto se relaciona con la determinación del momento en que se comete el delito.

Conforme el inciso tercero del artículo 18 del Código Penal ni aún el efecto de cosa juzgada impide la retroactividad de la ley penal más benigna, pues “si la ley que exima el hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa se promulgare después de ejecutoriada la sentencia, sea que se haya cumplido o no la pena impuesta, el tribunal de primera instancia que hubiere pronunciado dicha sentencia deberá modificarla de oficio o a petición de parte y con consulta a la Corte respectiva”. Pero este efecto no se extiende a las indemnizaciones pagadas o cumplidas o las inhabilidades.

### **3.- APLICACIÓN DE LA LEY PENAL A LAS PERSONAS**

#### **Principio:**

La ley penal Chilena se aplica a todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros, y se aplica a todos ellos en la misma forma.

#### **Excepciones de derecho internacional.**

**1.- Los jefes de Estado extranjero.-** Se admite ampliamente la exención de que goza un jefe de Estado extranjero, de visita en otra potencia, respecto de la ampliación de la ley penal de esta última.

**2.- Los representantes diplomáticos extranjeros.-** En virtud del principio de la inmunidad diplomática frente al derecho penal de la nación en la cual desempeñan sus cargos. El fundamento va más allá de la cortesía internacional, ya que estas personas son verdaderos representantes de otro poder soberano, y no podrían, en tal calidad, someterse a una soberanía extraña.

#### **Excepciones de derecho interno.**

**1.- La inviolabilidad parlamentaria.-** Los senadores y diputados gozan de inviolabilidad por las opiniones y votos que emitan en el desempeño de sus cargos (58 Constitución Política del Estado). Tiene por finalidad garantizar la independencia de los parlamentarios en el ejercicio de

sus cargos. Lo amplio de la disposición constitucional hace que esto se traduzca en la impunidad de los parlamentarios por los delitos que puedan cometer en el desempeño de sus funciones .

**2.- Exención ministerial de los miembros de la Corte Suprema.-** Artículo 76 Constitución Política y 324 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales.

**3.- Presidente de la República.-** No goza de ningún privilegio sustantivo en cuanto a la aplicación de la ley penal. La tiene, solamente, en su calidad de jefe de Estado, cuando se encuentra de visita en otro país.

### **Excepciones al principio de la territorialidad.**

#### **La Extradición.**

Es una institución jurídica en virtud de la cual un Estado entrega a otro Estado una persona que se encuentra en el territorio del primero, y que es reclamada por el segundo para su juzgamiento en materia penal o para el cumplimiento de una sentencia de este carácter ya dictada.

#### **Características.**

1.- Opera sólo entre Estados.

2.- Tiene solo dos finalidades: que se le entregue el individuo para ser juzgado o para aplicarle una pena.

#### **Tipos de extradición.**

a.1.- Activa, un Estado le pide a otro que le entregue una persona.

a.2.- Pasiva que compete al Estado que se le pide que entregue y lo entrega

b.1.- Voluntaria; cuando la entrega de la persona queda sometida a la libre decisión del Estado que extradita a la persona;

b.2.- Obligatoria; cuando se encuentra obligado un Estado a entregar la persona requerida por tratados internacionales.-

#### **Fundamentos de la Extradición.**

ETCHEBERRY sostiene que “no tiene utilidad debatir cuál sea el fundamento de la extradición. Actualmente no cabe duda de que es una institución propiamente jurídica, reglamentada en instituciones también jurídicas: leyes internas, tratados internacionales, costumbres jurídicas, etc.”. NOVOA MONREAL la encuentra en la justicia, la necesidad social o en obligaciones jurídicas originadas en pactos internacionales.

Nos parece claro que de lo que se trata es de darle un carácter real y global a la acción de la justicia penal, para que no sea evadida, teniendo presente el principio de asistencia recíproca judicial, en virtud del cual los Estados deben auxiliarse para que los delitos no queden impunes. Para este efecto, debe haber correspondencia jurídica internacional.

## **Requisitos de la Extradición.**

### **1.- En cuanto a los Estados.**

Debe examinarse si hay tratados internacionales sobre extradición. Los tratados que contienen cláusula de extradición pueden ser bilaterales o multilaterales. En Chile se aplica el Tratado de Montevideo de 1933, además de las normas del Código de Bustamante.

Si no hay tratados, debe aplicarse al principio de la asistencia jurídica, conforme a la costumbre internacional.

### **2.- La calidad o naturaleza del hecho o del acto.**

Se exige que haya:

a.- La identidad de la norma. Significa esto que el delito en virtud del cual se pide la extradición debe ser igualmente delito en el país en que se encuentra el sujeto. Debe tratarse de un hecho tipificado en ambos países (doctrina de la doble incriminación).

b.- Que se trate de delitos de cierta gravedad. La extradición sólo se aplica respecto de los delitos graves, no procediendo en relación con las faltas.

El problema es determinar la mayor o menor gravedad de un delito. Para solucionarlo debe irse al Código de Bustamante y a la Constitución Política.

c) que se trate de delitos comunes, quedando exceptuados de manera absoluta los llamados "delitos políticos".

### **Cuando no procede la extradición.**

- Respecto del delincuente que ha sido absuelto por el Estado requerido, por el mismo delito;
- Cuando la acción o sanción penal se encuentra prescrita según la ley del país requirente o requerido.
- Cuando la sentencia impone o es para ejecutar la pena de muerte, salvo excepciones.

### **3.- La calidad del delincuente.**

Se discutió durante mucho tiempo acaso procedía la extradición nacional del país requerido. Hoy en día se acepta y en Chile la Corte Suprema lo ha aceptado en reiterados casos.

### **Efectos de la Extradición.**

Acordada y producida la extradición, el Estado requirente no podrá juzgar al extraditado por un delito distinto al que la originó, ni hacer efectiva una condena diversa a la que específicamente motivó la petición de extradición. Así se establece expresamente en el artículo 377 del Código de Bustamante: "La persona entregada no podrá ser retenida en prisión ni juzgada por un delito

distinto al que hubiere motivado la extradición y cometido con anterioridad a la misma, salvo que consienta en ello el Estado requerido, o que permanezca el extraditado libre en los tres meses después de juzgado y absuelto por el delito que originó la extradición o cumplida la pena de privación de libertad impuesta”.

Una vez que ha sido rechazada la extradición no puede pedirse de nuevo por el mismo delito.

## TEORÍA DEL DELITO

### Evolución de la teoría del delito.

#### Desarrollo histórico.

El concepto del delito ha tenido a través de los tiempos una profunda evolución. Originalmente lo que lo caracterizaba era el daño que producía, de donde se desprende que tenía un carácter objetivo. Así resultaban consecuencias importantes: solo se sancionaban los delitos consumados.

Obviamente, tampoco se consideraba la etapa psicológica de la acción, la que solo aparece en el derecho romano.

JIMÉNEZ DE ASÚA señala (La Ley y el Delito) que en ese tiempo “la valoración jurídica no se hacía como hoy. No descansaba el reproche en los elementos subjetivos y solo se contemplaba el resultado dañoso producido”. Recuerda que “hasta las proximidades del siglo XIX se encendieron hogueras en Europa para quemar a las brujas. Acaso fue entonces la hechicería el delito más tremendo. La valoración jurídica de aquellos tiempos así lo consideró, y, por ello, infelices mujeres, algunas de ellas enfermas de la mente, pagaron en la hoguera sus excentricidades en holocausto a la valoración de la época”. “Esto prueba que el delito fue siempre lo antijurídico y por eso UN ENTE JURÍDICO. Lo subjetivo, es decir, la intención, aparece en los tiempos de la culta Roma”. “Con el afinamiento del Derecho aparece, junto al elemento antijurídico, que es multiseccular, la característica de la culpabilidad”.

### TENDENCIAS EN LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE DELITO

#### a) Tendencia clásica o causalismo naturalista.

GARRIDO MONTT (Teoría del Delito) expresa que “sin que constituya una afirmación de carácter absoluto, en el pasado el delito se consideró en una casuística no siempre sistemática y que no obedecía a criterios valorativos de carácter apriorístico al hecho mismo”. Agrega que “el derecho penal no pudo ignorar el progreso alcanzado por las ciencias naturales y su metodología, y trasladó éstas al análisis del delito como método sistemático racional. La **concepción clásica obedece a tal posición** (Carrara en Italia; Von Liszt, Feuerbach, Beling, en Alemania)”. “La norma punitiva tiene naturaleza aseguradora de la libertad del hombre: si el sujeto no incurre en una conducta previamente descrita en la ley, no puede ser castigado. La concepción *clásica del delito* se alza, así, como uno de los fundamentos de más valor de un estado de derecho. La ley penal no es un instrumento para cimentar el poder del Estado; al contrario, su objetivo es limitarlo frente al individuo”.

JIMÉNEZ DE ASÚA observa que “hemos de reconocer que la expresión y el contenido conceptual de *ente jurídico* sólo aparece al ser construida la doctrina del Derecho liberal y sometida la autoridad del Estado a los preceptos de una ley anterior. El delito como ente jurídico sólo es, pues, incriminable en cuanto una ley anteriormente dictada lo define y pena” (La Ley y el Delito). Esta fórmula plantea su diferencia (ente jurídico) al delito como simple hecho.

Enseña GARRIDO MONTT (Teoría del Delito) que “para la visión clásica la acción es el núcleo del delito, pero por acción entiende el movimiento realizado por el sujeto y el cambio en el mundo exterior (el resultado) que ese movimiento provoca, existiendo entre ambos –actuar o movimiento y resultado- una relación de causalidad”. “El comportamiento objetivamente valorado se adecua al tipo penal, que no es otra cosa que la descripción de un actuar sin considerar su subjetividad”. “Según esta visión del delito, el que una conducta sea típica es indiciario de que es antijurídica, porque hay conductas típicas que no son antijurídicas. Constatadas la tipicidad y la antijuricidad, procede el análisis del tercer elemento del delito, la culpabilidad; o sea, la parte subjetiva del comportamiento, que no integra la noción de la acción, pero sí de la culpabilidad, que puede ser dolosa o culposa”. Es éste un nexo de índole subjetivo, psíquico, vinculante.

Según JUAN BUSTOS, para esta tendencia, la acción así concebida es la que recibe el tipo y conforma la tipicidad. “La tipicidad resulta así una característica totalmente objetiva, sin asomo alguno de valoración o subjetividad. Lo único que interesa constatar es el resultado producido por la acción y la relación de causalidad. La tipicidad es meramente descriptiva y objetiva”. “La valoración de este proceso de la naturaleza, al considerar su dañosidad social o ataque a bienes jurídicos, es la antijuricidad”, que es su expresión valórica. “La acción –agrega- es el concepto superior, que excluye todo aquello que no ha de ser considerado en el sistema, luego aparecen las características específicas y reductoras, que precisarán el concepto de delito desde lo objetivo a lo subjetivo. POR ESO EL DELITO ES ACCIÓN. Dentro de la cual está todo perfectamente clasificado y ordenado: lo injusto (o acción injusta) es lo subjetivo, y en él se da un aspecto objetivo-descriptivo, que es la TIPICIDAD, y un aspecto subjetivo-valorativo, que es la ANTIJURICIDAD. La CULPABILIDAD es el ámbito de lo subjetivo”.

### **b) Tendencia neoclásica y el delito (causalismo valorativo).**

Dice JUAN BUSTOS que para la anterior teoría “la separación entre el ámbito de lo subjetivo y lo objetivo, no era posible, pues había injustos que necesariamente requerían de un elemento subjetivo para su comprensión jurídico-penal. Así, el hurto no podría concebirse solo como el extraer una cosa ajena, pues entonces tendría tal tipo legal un ámbito ilimitado, de ahí que solo puede ser hurto el extraer una cosa ajena *con ánimo de apropiación*, esto es, para hacerse dueño y señor de ella. Ahora bien, esto quiere decir que no basta el puro aspecto objetivo descriptivo, sino que requiere indispensable un momento subjetivo” (Manual de Derecho Penal, Parte General).

GARRIDO MONTT señala que para éstos “la tipicidad deja de ser *ratio cognoscendi* (indicio) de la antijuricidad y se transforma en su *ratio essendi* (esencia); la antijuricidad pierde su naturaleza formal de contradicción del hecho con la norma y se proyecta a su plano substancial: hay antijuricidad cuando hay lesión o peligro de lesión de un bien jurídico. La culpabilidad, de vinculación psicológica del sujeto con su hecho, se transforma en un juicio valorativo: es el reproche que se hace al sujeto por haber actuado en forma contraria al derecho pudiendo haberlo evitado; pasa a ser una visión normativa” (Teoría del Delito). “Son los neoclásicos los que tienen el mérito de haber hecho notar que en el tipo penal se insertan con frecuencia elementos que no son descriptivos –como lo sostenían los clásicos-, sino de naturaleza normativa o subjetiva”. “La descripción de una conducta exige, a veces, para su adecuada determinación, incorporar

circunstancias que deben ser objeto de una valoración: hemos citado el artículo 432 del Código Penal, que al describir el hurto y el robo señalan que la cosa mueble sobre la cual recae la acción de apoderamiento debe ser ajena, y la amenidad es una cualidad de la cosa que debe ser apreciada conforme a normas, pues no se desprende del objeto mismo; necesariamente hay que determinar si la cosa es propia o de un tercero o no ha tenido nunca dueño, o lo tuvo y fue abandonada. El artículo 432, además, exige que la apropiación se haga con ánimo de lucrarse, ánimo que no es material, es un elemento de índole subjetiva, es una tendencia o un ánimo especial. Son los neoclásicos los que tienen el mérito de haber hecho notar que en el tipo penal se insertan con frecuencia elementos que no son descriptivos –como lo sostenían los clásicos- sino de naturaleza normativa o subjetiva” (misma cita).

### **c) Los finalistas.**

El autor alemán HANS WETZEL estructura la teoría finalista del delito, materia en la cual habían transitado antes otros estudiosos sin haber dado forma orgánica a esta posición. “La teoría de la acción final ataca el fundamento mismo del sistema causal, esto es, su concepción de la acción y mediante tal procedimiento confiere un nuevo contenido al modelo del delito. La acción es final y no puramente causal. La finalidad o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede PREVER, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad; ponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan, a la consecución de estos fines. En virtud de su saber causal previo puede dirigir los distintos actos de su actividad de tal modo que oriente el acontecer causal exterior a un fin y así lo sobre determine finalmente”. “Ahora no solo lo VALORATIVO traspasa todo el delito, sino también lo SUBJETIVO. La acción (final) confiere la base subjetiva a lo injusto, el dolo necesariamente ha de pertenecer a la tipicidad, pues recoge justamente esa estructura final de la acción y de este modo los elementos subjetivos se engranan fácilmente en las causas de justificación pues tienen por base esa estructura final de la acción” (Juan Bustos, obra citada).

“En suma, ahora lo injusto es una amalgama de aspectos objetivos, subjetivos y valorativos. Por eso en la tipicidad hay que distinguir siempre un ASPECTO OBJETIVO (tanto con elementos descriptivos como normativos específicos) y uno SUBJETIVO (dolo o culpa y elementos específicos). Por su parte, la antijuricidad, si bien es un elemento valorativo objetivo, encierra en su contenido elementos subjetivos, ya que las causas de justificación tienen como base a una acción final. Por último, la culpabilidad es intrínsecamente valoración, pero con un contenido también básicamente subjetivo, ya que se fundamenta en la capacidad de actuar de otro modo del sujeto o lo que es lo mismo en la capacidad de configuración de su voluntad por parte del sujeto” (misma cita anterior).

GARRIDO MONTT, por su parte, expresa que “el tipo penal para los finalistas, es la descripción de la acción en el sentido propuesto, más el resultado”. “Los finalistas identifican la noción del dolo con la finalidad. La finalidad ES el dolo que –como se ve- integra el tipo y no la culpabilidad. Los causalistas al marginar del concepto de acción toda su parte subjetiva, la que trasladaban a la culpabilidad, tenían que insertar el dolo en la culpabilidad. La antijuricidad sigue siendo un juicio de desvalor de la conducta, pero no solo de su parte externa, fenoménica, sino considerada integralmente”.

## DEFINICIONES DOCTRINARIAS DE DELITO

JIMÉNEZ DE ASÚA nos dice que “el delito, con fines docentes y aplicación forense del derecho, es el acto típico, antijurídico, imputable, culpable, sancionado con una ley y conforme a las condiciones objetivas de punibilidad”.

NOVOA MONREAL que “delito es la conducta antijurídica y reprochable, que lesiona el orden social en grado tal de merecer pena”.

CARRARA, por su parte, expresa que “delito es la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso”

Otras definiciones dicen:

“Es delito toda acción típica, antijurídica y culpable adecuada a una figura “legal”.

“El delito es la acción prohibida por la ley bajo la amenaza de una sanción”.

“Es un acto humano culpable, contrario a derecho y sancionado por una “pena”.

“Toda acción u omisión típica antijurídica y culpable”.

Se advierte por muchos que un concepto de delito debe excluir el elemento “pena”, ya que esta es consecuencia de aquello que el legislador define como delito.

Códigos modernos han abandonado la idea de definir el delito, de manera que lo son los que se describen por la ley penal

## CLASIFICACIONES DEL DELITO

Señala NOVOA MONREAL que existen diversos criterios para hacer clasificaciones “con muchos distintos fundamentos, siendo los más importantes de ellos la calidad, la gravedad, el objeto, la finalidad, la forma de conducta, el efecto de la culpabilidad, la ejecución, la duración, la perseguibilidad del delito, etc.”

Según la calidad se habla de delitos que corresponden a acciones que son malas por sí y las que se tienen por malas en razón de la prohibición impuesta por el legislador por razones de conveniencia social en un momento determinado.

El artículo 3<sup>o</sup> del Código Penal los clasifica por su gravedad: “Los delitos, atendida su gravedad, se dividen en crímenes, simples delitos y faltas y se califican de tales según la pena que les está asignado en la escala general del artículo 21”.- Es una clasificación que hace la ley y con un criterio cuantitativo de la pena.

Es criticada por no corresponder a un criterio ontológico; ser arbitraria y formalista. Pero es juzgada como útil. NOVOA MONREAL dice que “no solamente permite separar hechos que en la conciencia popular son apreciados con muy diferente criterio, sino que se proyecta sobre

numerosas disposiciones legales que necesitan una pauta precisa para discriminar entre hechos delictuosos de diferente gravedad”.

El Código Penal trata separadamente de los crímenes y simples delitos, por una parte (Libro II) y de las faltas, por otra (Libro III).

A propósito de esta división ETCHEBERRY dice que “debe hacerse notar que para la clasificación de las infracciones (-se refiere al Código-) no se atiende a la pena concreta que se imponga a un reo, sino que a la pena que en abstracto señale el respectivo texto legal”. Agrega: “en cuanto a la diferencia entre crímenes y simples delitos, la principal consecuencia dentro del Código Penal estriba en los diferentes plazos de prescripción (artículos 94, 97 y 100)”

También se distinguen por los autores los delitos de las faltas, que vendría a ser una nueva clasificación. Los primeros, como dijimos, son tratados en el Libro II y los otros en el Libro III, ambos del Código Penal.

Dice NOVOA MONREAL que “los términos de nuestra ley llevarían a pensar que las faltas no son otra cosa que hechos punibles muy leves y que no presentan diferencia *cuantitativa* con los crímenes y simples delitos”. Siendo cierto esto, agrega, hay faltas que se consideran por atentar en contra de reglas dispuestas por la administración estatal para mejor proveer el bien común. De ahí que las faltas puedan ser clasificadas en faltas delictuales o faltas propiamente dichas, o hechos punibles leves de carácter penal, y faltas contravencionales, que comprende a las infracciones administrativas.

Según la forma de la conducta se clasifican en delitos de acción y de omisión. En la definición que el Código Penal hace del delito en su artículo 1º se divisa ya esta distinción “...toda acción u omisión voluntaria...”.-

En la legislación positiva, la mayor parte de los delitos son de acción y constituyen la excepción los cometidos por omisión. Así, por ejemplo, se cita el incumplimiento de órdenes legalmente comunicadas por autoridades superiores de parte de los funcionarios judiciales (artículo 226); la denegación de auxilio por un empleado público que sea requerido por autoridad competente (artículo 253); y la falta de aviso a la autoridad local por parte del tenedor o guardián de animales afectados de enfermedades contagiosas (artículo 289). Se habla aún, en este orden de cosas, de una tercera categoría de delitos que serían los de comisión por omisión, citándose, como ejemplo, la muerte de un lactante por no ser amamantado por su madre.

Nos parece conveniente citar otra clasificación, que es la de delitos de simple actividad y delitos con resultados externos. Los primeros, llamados también formales, se consuman con un simple comportamiento humanos, sin que sea necesario que se produzca una alteración exterior. En el decir de MEZGER el tipo penal se agota con el movimiento corporal del hecho. Así son el falso testimonio y el perjurio (artículos 206 a 210, Código Penal) la asociación ilícita (artículo 292); y la provocación al duelo (artículo 404 del Código Penal).

Hay una distinción doctrinaria que no puede dejar de mencionarse y es la de delitos instantáneos y delitos permanentes. De la primera categoría son los que se consuman en un solo instante, como el homicidio, por mucho que la víctima no muera en el acto. Reviste el carácter de permanente el que se ve consumado en el tiempo es emblemático por su recurrencia en nuestra sociedad el de secuestro. En el caso de los detenidos desaparecidos no se ha producido la

prescripción de la conducta delictual inicial porque no se ha ubicado a los desaparecidos. Esto es, el momento consumativo ha perdurado en el tiempo.

Existen otras clasificaciones que solo las enunciaremos como la de delitos y cuasidelitos; delitos consumados, delitos frustrados y tentativa de delito, distinción que se contempla en el artículo 7º del Código Penal; delitos simples, continuados y habituales; delitos de acción pública y delitos de acción privada; etc.

### **Observaciones generales sobre la acción en el campo penal.**

a.- La acción se convierte en delito cuando infringe la ley del Estado y se adecua a un tipo penal contemplado por la misma ley. Esta se viola, de igual forma, que la ley moral.

b.- La ley del Estado que considera una acción u omisión como delito ha de estar promulgada con anterioridad por éste por lo que es obligatoria (principio de la legalidad o reserva).

c.- Protege la seguridad de los ciudadanos; es tutela jurídica. La ley penal ampara el bienestar ciudadano. Confirma el principio jurídico de derecho penal de tutela jurídica.

d.- El delito es de naturaleza externa. No hay delitos internos. No se castiga lo que se piensa, mientras no se ejecute lo pensado.

e.- Es el hombre el que delinque. Los hombres son exclusivamente sujetos activos del delito.

f.- Pueden ser actos positivos o negativos. Se sancionan las infracciones penales de acción u omisión.

g.- Los hechos deben ser moralmente imputable.

h.- La acción u omisión tiene que producir daño.

### **DEFINICIÓN LEGAL DE DELITO.- ARTÍCULO 1º DEL CÓDIGO PENAL**

**“Es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley” .**

#### **Observaciones generales sobre esta definición.**

Fue recogida del Código Penal Español de 1848. Corresponde a la idea de delito según la tendencia clásica antes analizada.

Conforme ella, en todo delito debe existir: a) un elemento material, que es la acción (u omisión); b) un elemento subjetivo o moral, que es la voluntad) y c) un elemento legal o jurídico u objetivo, que es la pena.

Se ha fallado por la Corte de Apelaciones de Concepción que conforme a la definición contemplada en el artículo 1º del Código Penal, “es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley”, de lo que se sigue que tres son los elementos fundamentales que lo integran: uno material, otro moral y un tercero de carácter legal, que están constituidos respectivamente, por la acción u omisión, la voluntariedad y la sanción penal, siendo esta última la aplicación del principio de la legalidad, que en Derecho Penal rige en toda su amplitud y no admite excepciones. Y, por tanto, la falta de cualquiera de los elementos indicados determina la inexistencia del hecho punible” (sentencia de 14 de julio de 1955, considerando 6º. Revista de Derecho Universidad de Concepción, Nº 83, página 513).

Algunos critican la definición legal por ser *tautológica*, esto es, por repetir conceptos y por cuanto, estiman, que no es misión de la ley definir lo que es delito.

### 1.- Análisis de los vocablos acción u omisión

Señala ENRIQUE CURY (Derecho Penal, tomo I, página 221) que “la acción es la base sustantiva sobre la que descansa la arquitectura del delito. Así queda de manifiesto en el art. 1º del Código Penal, conforme el cual el delito es, fundamentalmente, acción u omisión”.

..

La Corte de Apelaciones de Concepción ha establecido que “en virtud de la concepción clásica del delito, es de rigor para su existencia que, voluntaria o culpablemente, se ejecute un hecho material o se incurra en una determinada omisión, y que unos y otros estén penados en la ley positiva (artículo 1º del Código Penal)” (fallo de 25 de julio de 1950, considerando 4º. Gaceta de los Tribunales, 1950, segundo semestre, página 605).

Se entiende que la acción es el comportamiento externo del hombre; es la forma como manifiesta su voluntad. La acción corresponde a un movimiento externo de tipo físico o natural. Para ETCHEBERRY “*acción es todo comportamiento humano dirigido por la voluntad con miras a un fin*” (Derecho Penal, tomo I). Según este autor, en este concepto “existen dos elementos fundamentales: el comportamiento externo y la voluntad finalista”.

Agrega que el término “comportamiento externo es suficientemente comprensivo de todas las formas exteriores que la actividad humana pueda asumir. La corporal del sujeto de derecho aparece considerada en la norma jurídica bajo dos formas posibles: o se exige una actividad externa determinada, o se la prohíbe. De este modo, el actuar humano podrá también asumir dos formas relevantes para la norma: la abstención de la conducta ordenada, o la realización de la conducta prohibida. Ambas formas, sin embargo, serán externamente apreciables. La actividad que consiste en un hacer recibe el nombre de acción, propiamente tal. La que consiste en no hacer, es llamada omisión”.

“El juicio penal, en consecuencia, reposa siempre sobre el supuesto de una actividad corporal, que se presentó, no debiendo presentarse, o que no se produjo, debiendo producirse. Pero siempre la atención primera debe dirigirse hacia ese comportamiento material, base primaria de la relevancia penal” (Etcheberry, obra mencionada).

En cuanto *al elemento interno de la acción*, ella aparece guiada con miras a un fin. Dice que “el motor de las acciones humanas es siempre la contraposición entre una situación existente y otra posible, que se presenta como mejor o peor que la primera. Todo el orden jurídico reposa sobre la base que el hombre es un ser dotado de voluntad finalista, y el mundo del deber ser se

supone, precisamente, la capacidad humana para contraponer, internamente, las situaciones actuales con las posibles en el futuro". "En suma, internamente, el concepto de acción supone que el comportamiento externo haya sido decidido por la voluntad con miras a un fin. Sin ello no hay acción humana. La existencia de esta voluntad finalista ha sido tradicionalmente estudiada dentro del campo de la *culpabilidad*, como dolo o culpa, lo cual supone eliminarla del concepto de la acción". Para el autor en cita, "las características de esta voluntad, que permiten darle el calificativo jurídico de dolo o culpa, serán estudiadas en la culpabilidad, ya que *ello significa valorar jurídicamente la voluntad y no simplemente considerarla desde un punto de vista natural y psicológico. En suma, la voluntad pertenece A LA ACCIÓN, y su calificación como dolo, a la culpabilidad. LA ACCIÓN SIGNIFICA SIMPLEMENTE VOLUNTAD, y el dolo (o la culpa) es VOLUNTAD MALA (reprochable). La consideración del sustantivo pertenece a la acción; la del adjetivo, a la, a la CULPABILIDAD*".

De la misma manera, la Corte Suprema ha dicho que "el diccionario de la Academia Española, definiendo el vocablo "acción" expresa que es el ejercicio de una potencia y, potencia, dice, que es una virtud generativa. Este primer aspecto debe ser voluntario en el hecho complejo del delito" (considerando 10 °). "Debe además tenerse presente que en todo delito concurren elementos físicos que los constituyen las manifestaciones externas o visibles de él y el elemento moral o subjetivo, como es la voluntad que genera o pone en movimiento la acción" (considerando 11) (Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 66, segunda parte, sección cuarta, página 317).

De acuerdo a lo expuesto, la acción puede revestir dos formas:

- a.- Acción, es decir, el hacer algo, conducta positiva o de acción propiamente tal.
- b.- No hacer o aspecto negativo, caso en cual se habla de omisión.

## **2.- Análisis del vocablo "voluntarias". Inciso 2 ° del artículo 1 °**

**"Las acciones u omisiones penadas por la ley se reputan siempre VOLUNTARIAS, a no ser que conste lo contrario".**

Para la mayoría de los autores, el vocablo "voluntaria" ocupado en los dos primeros incisos del artículo 1 ° del Código Penal, equivale a "dolosa". Así, Labatut, Novoa, Etcheberry, Fontecilla, etc. Miguel Schweitzer, en Revista de Ciencias Penales, tomo I, página 198, compendia los argumentos de los que así lo sostienen: "El Código Penal chileno, al igual que su inspirador, el español, consagró los principios de la escuela clásica, y uno de los principios que caracteriza a este conjunto de tendencias y opiniones así llamada, es el del libre albedrío que consiste en aquella facultad del individuo de poder elegir entre el bien y el mal, pero por su voluntad. De este principio del libre albedrío tradujeron los legisladores españoles su definición del delito copiado literalmente en nuestro Código Penal: "es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley". O sea, que el que incurre en alguna de las infracciones sancionadas como delito en el Código Penal lo hace por este libre arbitrio que le permite obrar mal en lugar del bien, con la plena conciencia de estar obrando mal, libremente, inteligentemente o intencionalmente".

Para otros, el vocablo “voluntaria” solo significa “falta de coacción extraña al individuo, en el sentido que ellas han de ser actitudes suyas, o sea, manifestaciones de la voluntad de moverse o estarse quieto” (Pedro Ortiz Muñoz, Eduardo Silva Villalón, Juan Bustos, entre otros).

Hay, todavía, los que entienden que no alude exclusivamente al dolo (intención o malicia) “sino también a la libertad e inteligencia, como atributos del espíritu, que en definitiva están ligadas a la acción típica, o la antijuricidad o a la culpabilidad por el hecho ilícito” (COUSIÑO MAC IVER, Derecho Penal Chileno, tomo I, página 754).

CURY, en su obra citada, tomo I página 253 estima que la voluntariedad en referencia es pertinente a la conciencia de la antijuricidad y nada tiene que ver con el dolo, del que forma parte dicho elemento.

### **Requisitos de la acción penal.**

La acción u omisión que realiza el hombre tiene que ser ejecutada apoyándose en tres principios fundamentales.- Debe ser:

**Libre;**

**Inteligente;**

**Intencional.-**

En sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago (Gaceta Jurídica N ° 65, página 80) se han señalado estos tres requisitos: “la acción debe ser considerada voluntaria cuando el sujeto actúa con libertad, intención e inteligencia” En igual sentido la Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo ratificado por la Corte Suprema publicado en la Gaceta Jurídica N ° 14, página 19)

La doctrina dice que ausentes estos requisitos, no hay delito.

La libertad del sujeto puede verse afectada por una coacción moral o material. También cuando carece de inteligencia o de salud mental. Finalmente, si no es intencional, o sea, cuando no se ha actuado con el propósito o con el fin de producir el daño.

Sin embargo, esta presunción de voluntariedad es simplemente legal, por lo que el propio precepto se encarga de señalar que puede desvirtuarse al disponer: “a no ser que conste lo contrario” Se sigue, así, el principio general de que las presunciones legales se destruyen mediante prueba legal en oposición al hecho presumido conforme el artículo 47 del Código Civil, inciso segundo: “Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal.”. En el inciso tercero se agrega que “Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que se lo infiere la ley”.

Pero hay delitos en que la ley expresamente *no presume* la voluntariedad dolosa y ocurre cuando el dolo forma parte de la acción descrita como tipo delictivo por la ley. Tal acontece, por ejemplo, en el caso del artículo 196 del Código Penal, donde la conducta descrita se hace recaer en “el que MALICIOSAMENTE hiciere uso del instrumento o parte falso”. De igual forma ocurre con el delito tributario contemplado por el artículo 97 N ° 4 del Código Tributario: “Las declaraciones MALICIOSAMENTE incompletas, o falsas que puedan inducir a la liquidación de un impuesto inferior al que corresponda o la omisión MALICIOSA en los libros de contabilidad....etc.”.- En estos

preceptos (y otros más) que emplean el término “maliciosamente” o “a sabiendas” o “con conocimiento de causa”, se está incorporando el dolo específico al tipo penal y debe probarse por quien lo alega, no siendo aplicable la presunción del inciso 2º del artículo 1º. La jurisprudencia lo ha entendido de esta manera como puede verse en fallos publicados en la Gaceta Jurídica números 36 y 60, páginas 75 y 106, respectivamente.

*¿Contiene el artículo 1º del Código Penal una presunción legal de culpabilidad?; Si así lo es, ¿Cómo conciliarla con la llamada presunción de inocencia?*

ALEXANDER GALLAHER HUCKE en su obra “La Presunción de Inocencia y la Presunción de Voluntariedad” (Editorial Jurídica CONOSUR, página 1 y siguientes) comienza por señalar lo siguiente que “la denominada presunción de inocencia no es una presunción ni protege la inocencia. Por lo demás –agrega-, una significativa parte de la doctrina ha puesto ya en evidencia la enojosa impropiedad que supone configurar dicha regla como norma de presunción. “Se ha sugerido que un argumento para privarla de ese carácter lo constituye la frontal contradicción que supondría una presunción de inocencia frente a la presunción de culpabilidad en que se basarían, supuestamente, las diversas medidas coercitivas que durante el proceso puede dictar el juez en contra de la persona y de los bienes del imputado; que la existencia de una carga formal de la prueba sobre el órgano acusador es un signo de que en el proceso penal no rige semejante presunción de inocencia, y que no puede presumirse la inocencia del imputado si la experiencia enseña que el procesado, y con mayor razón el acusado, resulta responsable en los más de los casos”.

A renglón seguido contesta el mismo autor las interrogantes que se ha planteado: “Todas estas afirmaciones son erradas. Desde luego, no es cierto que medidas como la detención y el procesamiento importen presunciones en contra del imputado, porque ello supone confundir con estas últimas los meros indicios que verdaderamente exige la ley para decretarlas...”. “Tampoco es cierto que las presunciones impongan la carga formal de probar el hecho contrario al presunto, simplemente porque no existe en el proceso penal la carga formal de la prueba, que supone dispensar al juez de su deber de informarse de oficio y de practicar las diligencias necesarias para la consecución de la certeza de la verdad...”

“En la base de esos planteamientos existe probablemente un equívoco conceptual: el no advertir que las presunciones legales constituyen un particular modo de formular o de fijar el supuesto de hecho de una norma legal, de manera que debe mirarse la estructura de la norma, y no sus afinidades, efectos y fundamentos, para atribuirle o negarle ese carácter”.

En nuestro concepto, la presunción contenida en el artículo 1º del Código Penal (incisos 1 y 2) corresponde a una forma de facilitar la labor de investigación del juez, que es, en quien, esencialmente en esta clase de procesos, cae el peso de la prueba. En efecto, el artículo 109 del Código de Procedimiento Penal establece que “el juez debe investigar, con igual celo, no solo los hechos que establecen y agravan la responsabilidad de los inculcados, sino también los que lo eximan de ella o la extingan o atenúen”. Lo anterior en el contexto de la norma anterior, artículo 108: “La existencia del hecho punible es el fundamento de todo juicio criminal y su comprobación por los medios que admite la ley es el primer objeto a que deben tender las investigaciones del sumario”. Claro está que lo anterior en el contexto del sistema procesal antiguo. En el nuevo sistema por mandato constitucional corresponde al Ministerio Público, tal cual está establecido en el artículo 80 A. de la Constitución Política de la República.

Por el artículo 456 bis del antiguo Código de Procedimiento Penal se reforzaba el carácter principal del juez en el proceso penal no tan solo en la investigación sino en la libertad de convicción en la apreciación de los medios de prueba al sentenciar. Se dice ahí: “Nadie puede ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgue haya adquirido, por los medios de prueba legal, LA CONVICCIÓN de que realmente se ha cometido un hecho punible y que en él ha correspondido al procesado una participación culpable y penada por la ley”. Igual principio se establece en el artículo 340 del Código Procesal Penal cuando dispone que “nadie podrá ser condenado o por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, 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”.

El principio de inocencia es, a nuestro parecer, prevalece por sobre la presunción de voluntariedad del artículo 1 ° del Código Penal, el que resulta subordinado al primero. Cualquiera duda o sospecha sobre la voluntariedad de la acción, *hace regir en plenitud el principio de inocencia*, que por lo demás con la aprobación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Políticos, aprobado por las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, vigente en Chile desde su ratificación el 29 de abril de 1989 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica, ratificado el 6 de diciembre de 1989. Rigen en Chile y tienen rango constitucional conforme se preceptúa en el artículo 5 ° de la Constitución Política del Estado (“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. 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”).

Habrá que recordar, a mayor abundamiento, el nuevo texto del artículo 42 del Código de Procedimiento Penal, introducido por la ley N ° 18.857 de diciembre de 1989, el que señala: “*A nadie se considerará culpable de delito ni se le aplicará pena alguna sino en virtud de sentencia dictada por el tribunal establecido por la ley, fundada en un proceso previo legalmente tramitado; pero el imputado deberá someterse a las restricciones que con arreglo a la ley se impongan a su libertad o a sus bienes durante el proceso*”

Por eso es que se ha dicho que “la duda de la voluntariedad es, al mismo tiempo, duda del hecho constitutivo que cualifica (acción u omisión penada por la ley). Por lo mismo, para excluir a este último basta que el conjunto de la prueba allegada al proceso suscite tan solo la duda de la voluntariedad y no su certeza, como a su turno se requeriría si el precepto del artículo 1.2 CP fuese una auténtica presunción legal”. De ahí que para prescindirla, basta una contraprueba, “o sea, una prueba que, aún sin ser plena, demuestre circunstancias susceptibles de hacer dudar al juez sobre la existencia del hecho” (GALLAHER, obra citada, página 68).

El Código Procesal Penal que se aplicará en el contexto de la vigencia de la Reforma Procesal Penal ratifica esta idea y en el artículo 4 ° señala que “*Presunción de inocencia del imputado. Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenado por una sentencia firme*”.

Con lo expuesto parece evidente que en nuestro actual sistema penal, la presunción de voluntariedad no es más que presunción de la acción típica, pero no del dolo.

### 3.- Penada por La Ley.- Inciso 3º del artículo 1ª del Código Penal.

Dice éste: “El que cometiere delito será responsable de él e incurrirá en la pena que la ley señale, aunque el mal recaiga sobre persona distinta a aquella a quien se proponía ofender. En tal caso, no se tomarán en consideración las circunstancias no conocidas por el delincuente, que agravarían su responsabilidad, pero si aquéllas que la atenúen”.

Señala MARIO VERDUGO MARINKOVIC (Código Penal, tomo I, página 13) que para la mayoría de los autores nacionales, la disposición comprende tanto el error *in personae* (en el cual el sujeto incurrir en un error respecto de la identidad de la persona), como el *aberratio ictus* (es un error accidental: es la desviación del golpe, por el cual el agente teniendo sentido de lo que hace, da en persona distinta a aquella a quien pensaba golpear). NOVOA no participa de esta posición y excluye de la disposición la segunda alternativa, al igual que MIGUEL SCHWEITZER.- ETCHEBERRY citado también por VERDUGO (página 14) piensa que el precepto cubre los casos de *aberratio ictus*, pero no los de *aberratio delicti* (la desviación material en la comisión de un delito distinto).

Alguna doctrina no está de acuerdo con que se integre el elemento de la pena, porque éste es el resultado, es el juicio de reproche por el delito, estando fuera del delito. No obstante, su inclusión en la definición del artículo 1º se explica por razones de tipo histórico ya que en 1874 era un requisito fundamental, siendo sólo delitos los que eran penados por la ley.

Ciertos autores no sólo han visto en esta expresión del legislador un principio de legalidad, sino que también un incipiente principio de tipicidad. Tal apreciación resulta discutida, ya que el principio de la tipicidad nació en Alemania en fecha posterior a la de nuestro C. Penal.

Las penas son esencialmente privativas del derecho penal, las aplica la ley penal. Sin embargo también hay sanciones en otras ramas del derecho, pero las penas son típicas de los actos ilícitos penales. Así los ilícitos civiles tienen sanciones, pero diversas a las sanciones penales, no privativas de la libertad.

Útil, no obstante, es el momento del desarrollo de estas ideas, para destacar el esfuerzo que hacen los civilistas para relacionar en el campo de la pena esta disciplina con la penal, lo que nos parece conveniente, especialmente en el campo del Derecho Penal Económico donde resultan de mayor lógica y eficacia las penas pecuniarias. Ha surgido así una corriente doctrinaria que plantea la idea de *la pena privada*. El profesor Ramón Domínguez Águila, prologando un libro del abogado Alejandro Alarcón Soto, denominado “*La Pena Privada*”, señala lo siguiente: “La idea de pena privada es pues una cuestión que aunque de antigua data, continúa estando de moda y más aún recupera interés al momento en que se pretende que solo los delitos socialmente relevantes queden sujetos al imperio del derecho y a la sanción penal, justamente para no hacer perder a ésta sus caracteres de sanciones ejemplares y de medios preventivos. Bien escribía hace años Boris Starck que fácil es observar que el derecho penal no puede, por sí solo, asumir toda la tarea de la represión y de la prevención de las actividades culpables y dañosas. Para otros delitos los medios de sanción civil pueden ser más oportunos, expeditos y aún eficaces”. (página 4).

Dispone el inciso tercero del artículo 1º del Código Penal que “el que cometiere delito será responsable de él e incurrirá en la pena que la ley señale, aunque el mal recaiga sobre una persona distinta de aquella a quien se proponía ofender. En tal caso no se tomarán en

consideración las circunstancias, no conocidas por el delincuente, que agravarían su responsabilidad; pero si aquellas que la atenúan”.

Volveremos sobre este inciso más adelante, al tratar el error.

### **Generalidades sobre la acción.**

1.- Es el elemento fundamental y primario que no puede faltar en ningún delito, es la base de la pirámide que constituye el delito, y puede constituirse en una acción propiamente tal o en una omisión.

2.- No hay acuerdo si el término adecuado es acción. Para algunos debería hablarse de acto; para otros de conducta, e incluso, se habla de comportamiento.

3.- Los autores usan en su mayoría, el término acción para referirse al comportamiento humano, que es el elemento esencial del delito.

4.- La acción tiene que manifestarse externamente, mediante un movimiento externo, consciente y voluntario, para los finalistas destinada a un fin.

5.- Se excluyen los hechos de los animales (por eso se habla de hechos) también los hechos de las cosas.

6.- El actuar penal es propio del ser humano o persona natural, sólo puede accionar penalmente el ser humano, únicos que pueden ser sujetos activos del delito.- En nuestra legislación el artículo 39 inciso segundo del Código de Procedimiento Penal lo establece expresamente: “La responsabilidad penal sólo puede hacerse efectiva en las personas naturales”..

7.- En relación con las personas jurídicas. En nuestra legislación siendo sujetos de delito solo las personas naturales, se excluyen las personas jurídicas, por las que responden las personas naturales que hayan intervenido en el acto punible en su representación. Así se establece en el mismo inciso segundo del artículo 39 del Código de Procedimiento Penal: “Por las personas jurídicas responden los que hayan intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que afecte a la corporación en cuyo nombre hubieren obrado”.

Debe igualmente excluirse la órbita interna del hombre, es decir, los pensamientos, deseos, intenciones. De igual forma que los actos reflejos, desprovistos de conciencia y voluntariedad. Además los denominados actos inconscientes, por ejemplo, los realizados en estados de sueño, o de hipnóticos, etc.

Tampoco caen en la órbita de la acción, los actos cometidos en estado de delirio.

8.- Las únicas formas o modalidades de la acción son la acción y la omisión, el hacer o no hacer.

## ELEMENTOS DE LA ACCIÓN

- 1.- Externo
- 2.- Interno
- 3.- Resultado
- 4.- Relación entre el elemento externo y el resultado.

**1.- Elemento Externo.** Movimiento corporal es la forma como se manifiestan las ideas o el móvil de la persona. El elemento externo es la forma de manifestar a la voluntad y el dolo. Para quienes sostienen la teoría de la acción penal el dolo no está en la culpabilidad, si no que en la acción. Para los causalistas está en la culpabilidad (ETCHEBERRY, cita precedente).-

De igual forma constituye conducta o acción el no hacer u omisión (123, 144, 193).

**2.- Elemento Interno o Voluntariedad.** La voluntad es el comportamiento dirigido hacia un fin. Se dice que el elemento interno es el coeficiente psíquico, volitivo, encaminado a obtener un resultado.

**3.- Resultado.** Consiste en la consecuencia de la acción. Para Rodríguez de Vesa es la modificación que se produce en el mundo externo.

**4.- Relación de causalidad entre la acción y el resultado producido.** ¿Qué es la causa? Es el enlace entre la acción y el resultado; entre el movimiento corporal y la consecuencia de éste elemento externo, o resultado producido.

## Teoría de la Causa.

### Generalidades.

1.- Se sostiene por los autores que es esta una materia compleja, ya que se encuentra ligada a los problemas filosóficos de la causa.

2.- En cierto delito es fácil determinar la causa (como la muerte de una persona) o establecer el resultado de la acción. Por ejemplo; Si Pedro hiere a Juan con un cuchillo, y este fallece, el resultado se le atribuye a la herida que le causo a Pedro.

### Teorías

#### 1.- Teoría de la Equivalencia de las condiciones o de la *Conditio Sine qua nom*

Teoría antigua del siglo XIX formulada por el alemán Von Buri y el Ingles S. Mill; teniendo como seguidores a Von Liszt y, en Chile, a Labatut. Es la teoría que se encuentra apoyada por la Jurisprudencia Nacional.

Todo lo que acontece –dice- se debe a la concurrencia de múltiples factores conjugados en un lugar y momento dados. Pero al derecho no le interesa todo el conjunto, sino únicamente las conductas humanas. Así, si entre estos factores se encuentra un movimiento corporal humano, quiere decir que ese movimiento es la causa del resultado ¿Cómo saber que un movimiento corporal humano ha sido uno de los factores concurrentes en la producción del resultado Bastara con suprimirlo mentalmente; si suprimo en esta forma el movimiento humano, desaparece igualmente el resultado, quiere decir que aquel fue necesario para que en resultado se produjera y, por lo tanto, es causa de este, Como sin la actividad humana el resultado no se habrá producido, dicha actividad es una condición indispensable, es la *condictio sine qua non*.

Todo aquello que no pueda suprimirse mentalmente sin que desaparezca también el resultado, es causa, y por lo tanto no se distingue entre ellas una mayor o menor virtud causal; son todas iguale y todas necesarias para que el resultado se produzca. De ahí la equivalencia de las condiciones.

Se objeta a esta teoría la extensión del anexo causal, es un verdadero “Nexo Mundial”, ya que la cadena de casualidad puede llegar a ser infinita en el tiempo.

## **2.- Teoría de la Causa Adecuada**

En un resultado concurren muchos factores, pero no todos tienen la misma importancia. Debe distinguirse entre causa y condiciones. El concepto de causa supone el de constancia y uniformidad. Sobre la base de la propia experiencia acerca de los que ordinariamente ocurre, nos muestra que un acto humano va seguido de determinado resultado, es preciso que regularmente conduzca a un resultado, lo que se expresa también diciendo que debe ser adecuada para la producción del resultado.

Se le critica el hecho de abandonar el pleno objetivo, al introducir un elemento subjetivo; la previsibilidad.

## **3.- Teoría de la Causa Necesaria**

Defendida por Ranieri. Es la Posición extrema de quienes distinguen entre causa y condición. Para esta doctrina, causa es solamente aquella acción a la cual sigue un resultado, no solo de modo regular, sino de modo necesario y absoluto. Esta doctrina, poco favorecida por los autores, tiene, sin embargo, importancia ya que algunos han creído ver en ella una inspiración de la ley Chilena.

## **4.- Teoría de la Causa Típica**

Formada por Beling, para quien el punto de partida de una concepción causal no puede verse en los hechos, sino en los preceptos legales. Frente al problema de la causa, debemos partir de la descripción concreta que haga la ley de la particular figura delictiva, especialmente a través del verbo rector de la misma. De modo que el problema desaparecerá en los delitos formales, y en los materiales, variara en cada figura.

En algunas, la forma de expresarse de la ley se contentara con una condición cualquiera que contribuya al resultado; en otros, como matar, incendiar, exigirá una contribución mayor. La teoría de la causalidad pertenece mas a la parte especial, que a la general del delito.

## LA TIPICIDAD

La ley penal debe referirse a hechos concretos, y no puede dar simples criterios de la puntualidad.

Nuestro ordenamiento jurídico no la señala de una manera expresa, pero las leyes penales, al crear delitos, deben referir específicamente hechos, por lo que se infiere del texto y sentido. A mayor abundamiento, el art. 19 N° 3 de la Constitución Política, la subentiende al señalar que “ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona este expresamente descrita en ella...”; disposición que se encuentra dentro del capítulo de las garantías constitucionales. Si la ley penal pudiera señalar simples criterios de penalidad o delegar estas funciones, dejaría de ser una garantía. Si un individuo fuera juzgado y condenado en virtud de una ley que dispusiera.

*La misión de la tipicidad en el ámbito del derecho es de un triple orden.*

- a. Es la más alta garantía jurídico – política.- El principio “no hay pena sin ley” es la piedra angular de un sistema de derecho liberal. Con el sistema de las descripciones legales, el derecho penal .-
- b.- En la ciencia jurídica desempeña un papel fundamental, por su posición tronca, informadora de todos los aspectos del delito, que deben ser analizados en la dirección del tipo, y;
- c.- En la aplicación práctica del derecho, es una herramienta indispensable del juez y del intérprete para analizar los hechos concretos de la vida real, tanto en su aspecto objetivo, como en sus características subjetivas.

## GENERALIDADES

La tipicidad se vincula con la conducta exclusivamente del ser humano. Es la adecuación o el encasillamiento que se hace de la conducta humana en el tipo penal. Adecuar la conducta humana en los tipos penales, se llama juicio de tipicidad, función que realiza el juez. En el fondo es la focalización de la conducta humana al hecho típico.

Si la conducta particular no encuadra dentro del tipo penal, hablamos de una conducta atípica, que no es punible. Como consecuencia de lo anterior, se puede ejecutar todas las conductas que la ley penal no está prohibiendo.

La ley penal es la descripción de los tipos, lo hace en forma exhaustiva y cerrada por regla general. Es decir, trata de abarcar todas las conductas ilícitas, por eso se sostiene por los autores que el Código Penal es un catálogo cerrado de delitos o repertorio de delitos.

Los tipos abiertos o elásticos, son aquellos en que el legislador, en casos excepcionales, no comprende todos los delitos o formas de comisión de estos. Se contempla una descripción los delitos, pero se deja una salida o puerta abierta para que pueda crearse otro delito. Es una excepción al principio de la tipicidad. Es un sistema usado de estafa; donde el elemento central es el engaño, pero es imposible tener una lista cerrada de engaños.

## **Fases o etapas de la Tipicidad.**

### **1.- Etapa de la Independencia.**

Beling, en 1906 describe su teoría sobre el tipo legal. El término está tomado del art. 59 del Código Penal Alemán, que se refiere al error como causal eximente de responsabilidad penal, y declaraba exento de responsabilidad penal al que ha obrado padeciendo de error o ignorancia acerca de las circunstancias de hecho que componen el tipo legal (tatbestand). Así esta expresión traducida, en forma aproximada, significa **“aquello en que el hecho consiste según la ley”**. El tipo es simplemente la descripción legal de un hecho, desprovista de toda valoración o juicio acerca de él, y vacía también de imperatividad. La parte especial de los códigos penales es un catálogo de tipos; solo son delitos los hechos que corresponden a alguna de las figuras contempladas en el catálogo, y solo el legislador puede agregar, eliminar o modificar los tipos de catálogo.

El tipo lo coloca en el centro de la teoría del delito, es el elemento formal, constituyéndose en un molde por donde la acción debe pasar: si se ajusta a él, la acción es típica. Pero lo subjetivo de delito, la culpabilidad, también debe ajustarse al mismo molde: el dolo debe ser dolo de determinado tipo.

El tipo es un elemento central, informador de la faz objetiva y de la faz subjetiva del delito, que solo son relevante si asumen la forma del tipo.

*En suma: no hay delito sin tipicidad.*

### **2.- Etapa Indiciaria.**

Mayer critica posteriormente la teoría de Beling, aunque aceptando sus bases, pues señala que no puede afirmarse una radical independencia entre el elemento tipicidad (puramente descriptivo) y el elemento antijuricidad (valorativo), ya que el legislador, cuando describe conductas y les señala penas, lo hace porque estima contrarias, en general, al derecho, sin perjuicio de admitir excepciones, y por consiguiente, al concluir que un hecho es típico, podemos afirmar ya que probablemente es también antijurídico. La tipicidad tendría un valor indiciario de la antijuricidad (ratio cognoscendi de ella)

Es decir, despoja a la tipicidad de su aspecto descriptivo para dar paso al aspecto valorativo, así en toda acción punible hay indicios de antijuricidad. Mas no toda la conducta antijurídica es típica, y viceversa.

### **3.- Etapa de la Ratio Essendi de la Tipicidad.**

Mezger va más allá y afirma que ciertas acciones son antijurídicas porque están tipificadas en la ley, de modo que la tipicidad sería la verdadera esencia de la antijuricidad.

### **4.- Etapa de la Figura Rectora o Esquema Rector.**

En 1930 Beling reelabora su teoría, cambia el esquema de la acción típica de los delitos por la que llama la figura rectora (genero). También introduce el concepto de tipo (especie), que equivale al tipo mismo de delito; Ejemplo, el homicidio.

Separa los elementos del delito, y habla del tipo del injusto, también habla de un tipo de culpabilidad y otras innovaciones.

Actualmente tiene plena validez el principio de la tipicidad, solo la ley puede crear delitos, sosteniéndose que la acción típica es solamente indiciaria de antijuricidad. No toda acción típica es antijurídica, ya que pueden concurrir circunstancias justificantes.

## VALOR O FUNCION DE LA TIPICIDAD EN EL DERECHO PENAL

**1.- Es una garantía** (19 N° 3, inc. 3 y 4). No hay delito sin descripción penal.

Se puede presentar un problema en relación con las leyes penales en blanco. Con ellas se rompería el principio de la tipicidad, ya que son leyes incompletas, señalan la sanción, pero no describe el hecho que será completado por otra ley. Se dice, en todo caso, que como se remite a otra ley habría una conducta íntegra.

**2.- Para Novoa la tipicidad sirve por la acuñación de las conductas humanas**, de forma tal que si el legislador estima que una determinada conducta es grave para el interés social, le atribuye la calidad de delito.

**3.- También es una garantía jurídica**, es decir, el individuo sabe lo que debe y no debe hacer.

## ELEMENTOS DEL TIPO PENAL

**1.-) El verbo.**

Siendo el delito una acción, es preciso que gramaticalmente sea expresado por aquella parte de la oración que denota acción, estado o existencia, que el verbo, en cualquiera de estas formas. Esta es la parte llamada **verbo rector**, que no puede faltar en ningún delito. Incluso en aquellos casos –técnicamente defectuoso- en que la ley no ha mencionado expresamente un verbo (Ej., “el que se hiciera reo de sodomía”, 365, o “el estupro de una doncella”, 363), es preciso determinarlo interpretativamente, ya que detrás de esas etiquetas se esconde una acción a que la ley quiere referirse, que por lo tanto es susceptible de expresarse con una forma verbal.

**2.-) El Sujeto Activo.**

Por regla general, para la ley el delincuente puede ser cualquiera persona, lo que se expresa a través de la fórmula **“el que”**. En ocasiones, es necesario que el sujeto activo, el que realiza la acción del verbo, reúna determinadas condiciones de sexo (violación), de nacionalidad (traición, 107), o ocupación (delitos de los funcionarios públicos), o de otra especie. A veces exigencias contribuyen a delimitar la antijuricidad de la figura, pues la orden de la norma está restringida a determinada persona.

### 3.-) El Sujeto Pasivo.

Es el titular del bien jurídico ofendido por el delito. En algunas oportunidades, estos bienes jurídicos tienen como titular a una persona específica, que recibe directamente la acción (ej., delitos contra las personas) o indirectamente (delitos contra propiedad). En otras, como en los delitos contra los intereses sociales, estos bienes pertenecen en general al grupo social, sin tener un titular específico (delitos contra la fe pública). Por lo general, es también indiferente para la ley quien sea el sujeto pasivo, por lo común se denomina “otro” u “otra persona”, pero ocasionalmente se exige determinados requisitos en el sujeto pasivo: de edad (delito de estupro), de sexo (violación) o de calidad jurídica (desacato).

### 4.-) El Objetivo Material.

Es aquello sobre lo cual recae físicamente la actividad del agente; en el homicidio, el cuerpo de la víctima; en el hurto, la cosa mueble ajena. Normalmente no aparece mayormente especificado en las descripciones legales; en los delitos contra la propiedad se suele hablar de “cosas” y en contra las personas, de “personas” en general. Excepcionalmente, aparece descrito en forma más próxima: los daños calificados (485) recaen sobre puentes, camiones, etc.; la falsificación de moneda, sobre moneda de oro o plata (166); la violación de correspondencia, sobre cartas o papeles de otro (146).

### 5.-) El Resultado.

En los delitos materiales, la ley debe mencionar el resultado o consecuencia de la acción que no está siempre expresado en el verbo mismo, aunque a veces así ocurre (“matar”, por ejemplo). Ocasionalmente, la ley describe el resultado (lesiones, art. 397); otras veces, solamente le da nombre (aborto, art. 342).

### 7.-) Las Circunstancias.

Por lo general, el texto legal señala un hecho ilícito, es decir, un cuadro general de circunstancias o condiciones en el cual viene a insertarse la acción. Puede tratarse de circunstancias de tiempo (arts. 394, 318), de lugar (arts. 301, 309, 475), de medios empleados o de modalidades del delito, aunque estas últimas generalmente van incluidas en el verbo rector del mismo (arts. 121, 413, 418, 440).

Es necesario señalar a las menciones circunstanciales llamadas por algunos autores, **PRESUPUESTOS**, o sea, ciertos estados, relaciones o condiciones que deben existir con anterioridad a la acción para que surja el delito (ejemplo, estar casado válidamente, en la bigamia, art. 382; estar ligado con la víctima por determinados contratos, en la apropiación indebida, art. 470 N° 1).

Por otro lado, se discute la situación de las llamadas **CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD**, que son ciertas circunstancias que no forman parte de la acción, ni son consecuencia de ella, pero a cuya existencia la ley subordina la imposición de la pena. Para Beling estas condiciones quedan fuera de la tipicidad; para otros, forman también parte de la figura delictiva correspondiente.

## ELEMENTOS SUBJETIVOS Y NORMATIVOS DE LAS FIGURAS

### 1.-) Elementos Subjetivos. Estos pueden ser de dos clases:

a.) Aquellos que cumplen una función simplemente descriptiva en relación con la voluntad del agente y su determinación consciente y finalista. Es el caso de las disposiciones que hacen referencia a los móviles especiales del agente. Son exigencias particulares acerca de la determinación finalista de la acción, mas allá de verbo rector “con animo de lucro” (art. 432). O bien aquellas expresiones que aluden a hechos subjetivos que producen en terceros; “el escándalo” (arts. 363 y 381); “el descrédito” (art. 405).

Un grupo importante esta constituido por los llamados “delitos de tendencia”, en los cuales no se describe la acción, sino que alude al propósito que guía al hechor (ejemplo, la injuria, 416). La función de los elementos subjetivos es aquí doble; por una parte, describen una condición especial de voluntad, elemento de la acción, pero por otra parte sirven implícitamente para determinar el tipo. Porque como las maneras posibles de injuriar a otro son infinitas y hasta habría sido ridículo que la ley intentara enumerarlas, la ley solo se refiere al móvil de hechor, pero con ello no indica al mismo tiempo que esas expresiones o acciones deben ser idóneas, objetivamente, para cumplir el móvil del hechor.

b.-) Aquellos que tienen un sentido valorativo. Así ocurre con las expresiones; “maliciosamente” (arts. 196, 198, 256), “voluntariamente” (sinónima de dolosamente), “intencionalmente”, en igual sentido, “a sabiendas” (art. 398), “con conocimientos de la causa” (170), etc.

Estas expresiones, siendo valorativas, no pueden formar parte del tipo. No hay inconvenientes, en cambio, en admitir que forma parte de la figura delictiva, donde a veces contribuyen a precisar el “*tipo de culpabilidad*” con determinadas exigencias (ejemplo, que haga dolo directo, art. 395; que haya culpa en vez de dolo, art.234).

Lo anterior no significa de manera alguna que el delito pueda estructurarse al margen del dolo. Ha resuelto la Corte Suprema que “ha sido jurisprudencia reiterada de esta Corte de casación, desde hace ya larga data, (que) el dolo es el principal elemento subjetivo integrante del tipo de injusto – y no, como se aceptaba por criterios que hoy considerada superados la mayor parte de la doctrina comparada y nacional, un componente de la culpabilidad” (La Semana Jurídica, N ° 272, página 26 y 27).

### 2.-) Elementos Normativos. Pueden ser de dos clases:

a.) Los que siendo en si normativos, desempeñan un papel descriptivo: falsificar “moneda curso legal” (art. 162); falsificar “documento publico” (art. 194); apropiarse “cosa mueble ajena” (art. 432), etc. Estas expresiones siguen siendo descriptivas, y se refieren a la acción misma, a su resultado o a sus circunstancias.

b.) Los que tienen un sentido valorativo: “sin derecho” (art. 141), “sin titulo legitimo” (art. 459), “arbitrariamente” (arts. 158, 236). Estas expresiones indican una contrariedad de la conducta con el derecho, y como tales, se refieren a la antijuricidad de la conducta. A veces, son inútil repetición de los conceptos generales; otras, representan una advertencia al interprete.

## CLASIFICACION DE LAS FIGURAS

**A.) Figuras simples, calificadas y privilegiadas.** Un mismo tipo delictivo puede regir comprensivamente varias figuras diferentes. Dentro de estas, hay una más que, en virtud de determinadas circunstancias, reciben una penalidad mayor, y tal caso se llaman **Figuras clasificadas** (caso del parricidio y del homicidio calificado en relación con el homicidio simple, arts. 390 y 391). Otras veces, en virtud de especiales circunstancias una figura tiene asignada menor penalidad que otra, y es entonces una **Figura privilegiada** (aborto honoris causa en relación con el aborto causado por la propia mujer, art. 344). La figura que sirve de base para determinar la calidad de privilegiada o clasificada de otra es la **Figura simple**.

**B.) Figuras simples y complejas.** En las **Figuras simples**, hay una lesión jurídica. En las **Figuras complejas**, se trata en realidad de dos o más figuras distintas, que serán punibles por separados, pero que el legislador ha considerado como una sola para su tratamiento penal. Tal es el caso del robo calificado (art. 433), que se produce cuando con motivo u ocasión del robo con violencia se cometiere además homicidio, violación o ciertas lesiones graves.

**C.) Figuras de una sola acción y de habitualidad.** Se fundamenta en la naturaleza de las figuras. En la **de una sola acción**, ella sola basta hacer seguir la punibilidad. En las **de habitualidad**, se exige la concurrencia de varias acciones, que no son punibles separadamente, sino como conjunto.

**D.) Figuras con singularidad y pluralidad de hipótesis.-** Las **Figuras con singularidad de hipótesis** son aquellas en que la acción es una sola y solo susceptible de una forma de comisión

. Las **Figuras con pluralidad de hipótesis** son aquellas que tienen múltiples formas de comisión. Se les llama figuras mixtas, y se dividen a su vez en dos grupos:

**a.) Figuras mixtas acumulativas.** Son figuras en que hay modalidades posibles de ejecución completamente diferenciadas entre si. En el fondo, son figuras distintas reunidas con una etiqueta común. Es el caso del empleado publico que “sustrajera o consintiere que otro sustraiga” los caudales a su cargo (art. 233). Son dos acciones completamente distintas e incomparables entres si.

**b.) Figuras mixtas alternativas.** Son situaciones en las cuales las diversas formas de acción son equivalentes entre si, o simples matices de una misma idea. Así ocurre con la acción de “herir, golpear o maltratar de obra”, del delito de lesiones (art. 397).

## FALTA DE TIPICIDAD

Por su propia naturaleza, no puede hablarse de causales sistematizadas de falta de tipicidad. Cualquiera discordancia entre un hecho y la descripción legal de delito, determinara su falta de tipicidad. Con ello, el derecho penal habrá pronunciado su parecer respecto de dicho acto: es **impune**. No hay, por tal razón, vacíos en el derecho penal, que ante cualquier hecho tiene siempre un pronunciamiento: **o es punible o es impune**.

## LA ANTIJURICIDAD

Se ha determinado que concurren los elementos sustanciales y formal de delito, o sea, que existe una acción y que ella es típica, resta todavía el hacer una valoración de la conducta.

La primera valoración es objetiva e indica la conformidad entre la acción típica y el ordenamiento jurídico y esta valoración es la antijuricidad luego viene,

La segunda valoración que es subjetiva, como lo dijimos, y ella da origen a la culpabilidad en que hay que determinar si la disposición psíquica del sujeto activo concuerda o no con las exigencias jurídicas.

Una conducta típica no es antijurídica cuando esta amparada por una causal de justificación, lo normal es que la conducta típica sea antijurídica y por ello se dice que la tipicidad es un índice de antijuricidad.

El derecho esta constituido por un conjunto de reglas o normas que tienen por objetivo asegurar una convivencia pacifica, tranquila y ordenada y este ordenamiento, que tiene el carácter de jurídico, establece valores que hay que proteger y que son los bienes jurídicos.

Para establecer si una conducta típica es contraria a derecho, o sea, si es injusta, es preciso empinarse por sobre la mera descripción formal carente de contenido valorativo que aparece en el tipo y juzgarla impersonalmente, en relación con el ordenamiento jurídico. Comprobando que esa conducta no guarda correspondencia con las exigencias del D°. Luego, se dice que la conducta es antijurídica y ella atenta contra el bien jurídico que la norma protege y así se puede definir la **antijuricidad** como "La contradicción existente entre la conducta y el ordenamiento jurídico".

### La Antijuricidad en la Legislación Positiva.

La ley penal chilena no menciona la antijuricidad como un requerimiento común a todo delito, ella no aparece en la definición del art. 1 ni en ningún otro precepto, sin embargo, ello no significa que el concepto que el legislador nacional tiene acerca del delito prescinda de tal importante elemento constitutivo. Nuestra ley positiva exterioriza su preocupación por la antijuricidad en dos formas:

1° Establecimiento de causales de justificación consistente en circunstancias especiales que hacen de la conducta típica un comportamiento conforme a derecho.

Las causas de justificación aparecen mezcladas en el art. 10 del Código Penal y a veces en otras disposiciones penales y cuando concurren no hay delitos por que desaparece la antijuricidad. No obstante adaptarse a una descripción típica guarda conformidad con el derecho. Aquí el acto sin dejar de ser típico, ya no es antijurídico, pues no esta prohibido por la norma.

2° Dice relación con los elementos normativos del tipo que evidentemente constituyen una exteriorización de la preocupación del legislador por la antijuricidad.

### **Características de la Antijuricidad.**

1. Es un elemento real, otros dicen material, para contradecir la posición de quienes ven en ella solamente un requisito formal o nominal del delito.
2. Decimos que la antijuricidad es un elemento positivo del delito para afirmar que ella debe concurrir en todo hecho punible para que pueda generarse la responsabilidad penal y que no es correcta la formula que solo ha de considerarse bajo el aspecto negativo y a través de las causas justificantes que incluyen a veces la responsabilidad penal.
3. La antijuricidad es un elemento objetivo del delito porque señala la calidad de una conducta considerada en si misma de manera impersonal en relación con la norma jurídica.
4. La antijuricidad es un elemento valorativo del delito porque ella se evidencia mediante un juicio que compara la conducta con las exigencias que para ella impone el ordenamiento jurídico.

### **EXCLUSION DE LA ANTIJURICIDAD**

Se ha dicho, sin perjuicio de los casos excepcionales, que en general, cuando la ley señala una pena como consecuencia de la realización del hecho que describe, es porque desea prohibirla, y que, por ende, esa acción, además de ser típica, será ordinariamente antijurídica. Sin embargo hay casos en los cuales la ley permite u ordena la ejecución de un acto típico. Así, en tales situaciones, el acto, sin dejar de ser típico, ya no es antijurídico, pues no esta prohibido por la norma. Esos casos especiales son las llamadas “causales de justificación”, que hacen que una conducta típica sea lícita. La concurrencia de cualquiera de ellas hace que el acto sea objetivamente lícito para todo el derecho, y no solo para el derecho penal. Así el que mata en legítima defensa no solamente no es castigado por la ley penal, sino que tampoco debe indemnizaciones civiles.

### **I. El Principio De La Ausencia Del Interés: EL CONOCIMIENTO DEL INTERESADO.**

En este caso se debe distinguir entre bienes disponibles, respecto de los cuales tendría validez el consentimiento, del interesado para sacrificarlo y justificar el acto ajeno y bienes no disponibles respecto de los cuales no tendría validez la causal en estudio.

Nuestra ley no contiene una sistematización expresa del consentimiento del interesado como causal de justificación pero se hacen referencias aisladas a ellas, como por ejemplo: los artículos 144, la violación de domicilio consiste en entrar en morada ajena “contra la voluntad del morador”, y 432 del Código Penal, el hurto, consiste en la apropiación de una cosa mueble ajena “contra la voluntad de su dueño”.

Que un bien sea disponible no significa que sea enajenable, sino que simplemente sea sacrificable por el titular; en delitos contra la vida la integridad corporal y la salud evidentemente no procede, tampoco en delitos contra la honestidad pero si en los delitos referidos a la libertad sexual. Se discute si procede o no en delitos contra el honor.

Para su validez, entonces, el interesado debe ser verdaderamente el titular del derecho y debe tratarse de un adulto capaz de determinar y con facultad de disponer del interés.

## **II. El Principio Del Interés Preponderante: LA ACTUACION DEL DERECHO.**

Bajo el tema de la actuación del derecho se agrupan a aquellos casos en que el orden jurídico expresa o tácitamente impone o autoriza la realización de actos típicos. En nuestra ley estos casos son los siguientes; el cumplimiento de un deber, el ejercicio legítimo de un derecho, el ejercicio de una autoridad o cargo, el ejercicio legítimo de una profesión u oficio y la omisión justificada. En general, en estas situaciones la ley ha previsto de antemano la hipótesis de un conflicto de intereses y lo ha resuelto en forma directa a favor del interés a que particularmente se ha referido. Así, en el conflicto entre el interés de la inviolabilidad de la correspondencia y el interés en la investigación y sanción de los delitos, la ley da preferencia directa a este último, autorizando al juez para imponerse de la correspondencia dirigida al reo, en ciertas circunstancias. La ley contempla todas estas situaciones el artículo 10, N° 10 y 12.

### **A) Cumplimiento de un Deber:**

Se refiere esta causal a un deber jurídico emanado de un derecho. El deber jurídico puede ser de dos clases:

- Sustancial: Cuando la ley ordena directamente la realización de determinada conducta.
- Formal: Cuando la ley no ordena las conductas sino que ordena realizar las que otras personas determinen, también se llama deber de obediencia.

Cuando el deber de obediencia se reitera a ordenes lícitas se dan casos en que hay causal de justificación. Si las órdenes son ilícitas podría haber una causal de inculpabilidad.

Pero no siempre que la ley impone un deber esta justificando la realización de actos típicos. Para que esta causal pueda invocarse es necesario que concurren los siguientes requisitos:

a. Que la ley imponga directa y expresamente la realización de actos típicos, como por ejemplo, la ejecución de una sentencia de muerte, el registro de correspondencia de los reos;

b. Que la ley imponga un deber de tal naturaleza que no puede efectivamente ser cumplido sino a través de la realización de actos típicos aunque estos no sean expresamente indicados por la ley, por ejemplo: es deber de los agentes de policía proceder a la aprehensión de los delincuentes en caso de sentencia, puede ser forzosa la conducta de fuerza física o de amenaza que en otras circunstancias sería antijurídicas.

En caso de colisión de deberes, debe prevalecer el más especial. Generalmente, la propia ley se encarga de resolver este conflicto. Por sobre la obligación de declarar como testigo, que pesa sobre todo ciudadano, esta el deber más específico del profesional de guardar el secreto profesional.

### **B) Ejercicio Legítimo de un Derecho:**

El art. 10 N° 10 señala que esta exento de responsabilidad penal el que ha obrado en el ejercicio de un derecho. Dos son las condiciones necesarias para que esta causa de justificación opere al darse un hecho típico:

a. Que exista un derecho, esto ocurre cuando el ordenamiento jurídico faculta expresamente para la realización de actos típicos, por ejemplo: Padre para abrir la correspondencia del hijo; o que confiere una autorización de tal naturaleza que ordinariamente ella debe ejercerse a través de la realización de actos típicos, ejemplo: facultad del Padre para corregir y castigar a los hijos.

b. Que el derecho se ejercite legítimamente, esto significa que el D° debe ejercitarse en las circunstancias y de la manera que la ley señale y así por ejemplo: la facultad de ley señala al Padre para castigar al hijo debe ejercitarse solo cuando sea necesario y con moderación.

Esta causal tiene aplicación en los deportes porque por su naturaleza suponen el empleo de la fuerza física sobre la persona de otro, en este caso las lesiones pueden ser justificadas por el ejercicio de un derecho, siempre y cuando concurren los siguientes requisitos:

- Que los participantes actúen voluntariamente;
- Que respeten las reglas del juego;
- Que los resultados no excedan de los que normalmente pueden esperarse.

### **C) Ejercicio Legítimo de una Autoridad o Cargo:**

También el art. 10 N° 10 la contempla y en realidad no es más que un matiz dentro de una misma idea del cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho. Ejemplo: Policía usa la fuerza en cumplimiento de órdenes.

### **D) Ejercicio Legítimo de un Oficio o Profesión:**

También es un caso particular de ejercicio legítimo de un derecho; ej. Los médicos cuando tienen que amputar algún miembro del cuerpo.

El ejercicio de la profesión debe hacerse legítimamente y la ley debe autorizar en forma expresa al respecto la ejecución de actos típicos o ser la profesión de tal naturaleza que imponga necesariamente aquella. El caso mas frecuente que se da aquí es el de la lesión resultante de un tratamiento medico quirúrgico y ellos siempre que el tratamiento en cuestión haya tenido por objetivo precisamente causar lesión como por ej. La amputación de un brazo, si el tratamiento tenia otro objetivo se causo una lesión o muerte, el problema no se puede ver ya desde el punto de vista de la antijuricidad sino que de la culpabilidad.

Entre nosotros las lesiones provocadas deliberadamente en un tratamiento quirúrgico resulta justificada por el ejercicio legítimo de una profesión siempre que se reúnan los siguientes requisitos:

a. Consentimiento del paciente, que puede ser incluso presuntivo, ej. El caso de una persona herida que llega inconsciente al hospital.

b. Que se obre de acuerdo a las reglas del arte, si se causa un mal por negligencia o imprudencia o si la intervención no era necesaria o conveniente habría lugar a la responsabilidad penal.

### **E) La Omisión Justificada.-**

El art. 10 N° 12 del Código Penal declara exento de responsabilidad penal el que incurriera en alguna omisión hallándose impedido por causa legítima o insuperable, como por ej. No prestar testimonio por guardar secreto profesional.

En cambio, cuando la ley simplemente autoriza la omisión, habrá que invocar el “ejercicio de un derecho”, ya que tiene la facultad de obrar o no obrar, a voluntad, no puede decirse que este “impedido”.

### **III. El Principio Del Interés Preponderante: La Preservación De Un Derecho.**

Las causales que bajo este encabezamiento se tratan son fundamentales distintas de las anteriores. La protección que el derecho otorga a los intereses se origina a través de los órganos del Estado y toda la maquinaria judicial, administrativas, etc. Sin embargo, puede ocurrir que el público no este en condiciones de intervenir para proteger estos intereses, y entonces los individuos pueden prestarse a si mismo o a otros la protección necesaria para preservar sus derechos amenazados.

Las causales son las más tradicionales, antiguas y reglamentadas por ley y estudiadas por la doctrina.

**LEGITIMA DEFENSA. Es la reacción necesaria contra una agresión injusta, actual y no provocada** (Soler).

El que practica la legítima defensa no hace sino velar por el imperio del orden jurídico en todas las circunstancias. Esta causal de justificación, puede ser de tres clases:

1. Legítima Defensa Propia.
2. Legítima Defensa de Parientes.
- 3.-Legítima Defensa de Extraños.

Las contempla el artículo 10 N° 4, 5 y 6. Se define como:

*“Reacción necesaria contra una agresión injusta actual y no provocada, no solo en relación a la persona en cuanto se define, sino que también respecto de los derechos”.*

## 1.) LEGITIMA DEFENSA PROPIA.

Se encuentra reglamentado en el art. 10 N° 4 de él del Código Penal. Esta exento de responsabilidad el que obra en defensa de su persona o derecho, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

1. Agresión ilegítima.
2. Necesidad racional del medio empleado para impedirla.
3. Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

### 1. Agresión Ilegítima.

Es el primer requisito de la legítima defensa y del cual dependen los otros dos. Si no concurre este no podrá concurrir ni el 2° ni el 3°.

Se dice que una agresión es legítima cuando el que la sufre no esta jurídicamente obligado a soportarla y la agresión es una acción humana que lesiona o pone en pliego un bien jurídico y esta tomada la acción en un sentido amplio comprendiendo también la omisión, caso que es difícil pero se pone como ejemplo clásico el del carcelero liberar a un reo que tiene cumplida su condena.

El primer requisito de la agresión es que sea REAL, si solo hay una apariencia de agresión que en realidad no es tal pero engaña al presunto agredido en forma tal que hace que este reaccione, se habla de "legítima defensa putativa" en que no hay culpabilidad pero en modo alguno hay en realidad defensa propia.

La agresión además debe ser **ACTUAL E INMEDIATA**, requisito no contemplado expresamente en el texto de la ley, sin embargo, esto se deduce a la naturaleza misma de la legítima defensa, en especial razón del requisito segundo de ella. Se repele lo cual se impide lo futuro, pero no un futuro remoto sino que es preciso la inminencia de la agresión. No se puede repeler ni impedir agresiones pasadas.

Los delitos de ejecución permanente en que la consumación del hecho se prolonga en el tiempo, el secuestro por ejemplo, la legítima defensa será lícita mientras dura la prolongación consumativa.

### 2. Necesidad racional del medio empleado para impedirla.

La ley no ha sido exacta al referirse al medio. Esta expresión aparece con un claro sentido Instrumental, pero no es así como debe tomarse, no se quiere decir que un ataque con arma blanca se repela con otra arma blanca y así por ejemplo, podría darse este requisito si una anciana se defiende con un revolver de una agresión que con los puños efectue en su contra un individuo fuerte.

Para analizar este requisito en relación con la “necesidad”, hay que atender tres aspectos:

a. La naturaleza del ataque:

Es el primer requisito y más importante factor en la determinación de la necesidad de la manera de defenderse. Si alguien nos ataca armado lo más racional será defenderse empleando un arma ya que otro medio podría resultar ineficaz.

b. La naturaleza del bien jurídico atacado:

Existe una gran discrepancia acerca de este 2º factor, para muchos este factor no debía tomarse en cuenta, sosteniéndose que cualquier bien jurídico por insignificante que fuere podría defenderse hasta con la muerte del agresor, sin embargo, esta posición extrema se ha ido moderando y se señala que no todo acto de poca entidad pueda justificar cualquier daño causado al hechor.

Hay quienes hacen una distinción entre las verdaderas agresiones y los actos impertinentes solamente, de menor entidad que, en realidad, no justifican el que se cause cualquier daño al hechor.

c. Las posibilidades de salvación del bien jurídico atacado por otros medios.

La legítima defensa a diferencia del estado de necesidad no es subsidiaria. En la legítima defensa no es necesario para poder defenderse legítimamente que la defensa sea al único medio posible de salvación del bien atacado. Si la defensa es por el contrario una de las vías posibles por lo menos en forma aproximada es lícito preferir la defensa a otras vías por ej. Si una persona llega una noche a su casa y encuentra allí instalados a un intruso que se niega a salir puede lícitamente escoger entre irse a dormir a otra parte, ir a la comisaría o sacar directamente al intruso a la fuerza, pero si elige la última debe actuar de una manera tal que no exceda la necesidad racional.

Cuando la ley señala que la necesidad sea “racional” significa razonable, considerando las circunstancias del caso. Ha habido cierta tendencia de los tribunales, que afortunadamente está desapareciendo, en ordenar a este requisito un sentido de exigencia de equivalencia material, lo que no es exacto ni cierto ya que debe tomarse en el sentido que antes hemos dado.

### **3. Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.**

Provocar significa ejecutar una acción de tal naturaleza o preferir una expresión de tal naturaleza que produzca en otra persona el ánimo de agredir al que la realiza.

Suficiente: Significa que sea bastante para explicar dentro del modo habitual de reaccionar de los seres humanos y también del modo particular de hacerlo que el provocado tenga

Esta exigencia se fundamenta en el hecho de que se pretende evitar que una persona provoque a otro, por ejemplo, para excitarla y luego hierla impunemente invocando la legítima defensa.

## 2.) LEGITIMA DEFENSA DE PARIENTES.

Art. 10 N° 5 Código Penal.

Se trata de defender la persona o derecho del cónyuge, de sus parientes consanguíneos legítimos en toda la línea recta y en la colateral hasta el 4° grado inclusive, de sus afines legítimos en toda la línea recta y en colateral hasta el 2° grado inclusive, de sus padres o hijos naturales o legítimos reconocidos, siempre que concurren las 2 primeras circunstancias prescritas en el N° anterior y la de que en caso de haber precedido provocación de parte del acometido no tuviese participación en ella el defensor.

## 3.) LEGITIMA DEFENSA DE EXTRAÑOS.

Art. 10 N° 6 del Código Penal.

Se puede obrar en defensa de la persona o derechos de extraños siempre que concurren los mismos requisitos de la legítima defensa de parientes y demás un requisito subjetivo: que el defensor no sea imputado por venganza resentimiento u otro motivo ilegítimo. Se dice que el motivo de esto ha sido limitar la posibilidad de injerencia en asuntos ajenos que se pueda tomar como pretexto para desahogar rencores. El profesor Etcheberry sostiene que incluso se puede defender los derechos de las personas jurídicas.

### **El art. 10 N° 6 en su inciso 2 contempla la llamada legítima defensa privilegiada.**

Señala: "Se presumirá legalmente que concurren las circunstancias previstas en este numero y en los N° 4 y 5 precedentes, cualquiera que sea el daño que se ocasione al agresor, respecto aquel que rechaza el escalamiento en los términos indicados dependencias, o, si es de noche, en un local comercial o industria y del que impida o trate de impedir la consumación de los delitos señalados en los arts. 141, 142, 361, 365 inc. 2, 390, 391, 433, 436 de este Código".

Lo particular de ella, radica en que e de naturaleza adjetiva, es decir, esta vinculada con la prueba. Es una regla probatoria que estaría indicando que cuando concurren los presupuestos indicados en la ley penal, *presume legalmente* la concurrencia de las circunstancias previstas en este numero 6 y en los nrs. 4 y 5 precedentes.

Esta disposición está contemplada no solo para proteger vida y la integridad de la persona, sino que además cualquier bien de carácter patrimonial. Justificándose por algunos la modificación introducida por la ley 19.164, por las agresiones injustificadas reiteradas.

Incluso antes de la reforma era criticada esta legítima defensa presuntiva, por la expresión "cualquiera que sea el daño que se cause al agresor", ya que causa repulsa que basta que una persona invada la propiedad para que se pueda ultimar; porque hay una presunción que ampararía el accionar del que rechaza la invasión.

La doctrina no esta de acuerdo en clasificar la presunción del inciso 2 del N° 6, como una presunción simplemente legal (Novoa), o como una presunción de derecho (Etcheberry), e incluso algunos (Cury) la estiman de derecho pero con algunas particularidades.

Esta legítima defensa opera en relación con el art. 440 N° 1, al remitirse al concepto legal de escalamiento. Se dice ahí que se produce cuando se entra por vía no destinada al efecto, por forado o con rompimiento de pared o techos, o fractura de puertas y ventanas.

## EL ESTADO DE NECESIDAD.

Es una causal de justificación contempla en el art. 10 Nº 7 Código Penal, para la doctrina es “una situación de peligro para un bien jurídico, que solo puede salvarse mediante la violación de otro bien jurídico”.

El Código Penal dispone en el artículo 10 que “están exentos de responsabilidad criminal: Nº 7 El que para evitar un mal ejecuta un hecho que produzca daño en la propiedad ajena, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

- Realidad o peligro inminente del mal que se trata de evitar.
- Que sea mayor el causado para evitarlo.
- Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo;
- .

De lo que hemos señalado se desprende que los bienes ajenos que puedan sacrificarse se reducen a uno solo, la “propiedad ajena” aunque entendida en sentido amplio, como todo bien de significación patrimonial. Por ello es que no se puede sacrificar ni la salud, ni la libertad, ni ningún otro bien ajeno para salvar la vida propia, por eso es que se dice que en caso de conflicto de 2 vidas humanas (tabla de salvación) debe resolverse por la vía de las causales de inculpabilidad, pero no por el estado de necesidad, además se supone que las vidas humanas tienen igual valor.

Por medio de esta causal de justificación puede protegerse cualquier bien jurídico. La ley habla de “evitar un mal” sin hacer distinción.

### **Requisitos:**

1. Realidad o peligro inminente del mal que se trata de evitar.

Esta realidad significa que no sea aparente. Si es solamente aparente habrá un “estado de necesidad putativo” y en dicho caso podría haber una causal de inculpabilidad pero no de justificación, además debe tratarse de un mal actual o inminente (peligro inmediato), en esto vale lo mismo que dijimos para la legítima defensa.

La doctrina señala además que no debe tratarse de un peligro provocado por el sujeto necesitado. Se dice en este caso el sujeto no se ha visto forzado a sacrificar el bien ajeno sino que el mismo ha buscado esa situación.

Lo anterior es categórico cuando se ha creado la situación de peligro dolosamente. No lo es tanto cuando solo ha habido culpa o negligencia.

Se estima que puede invocar el estado de necesidad el que destroza una ventana, una pared para salvar al propio incendiario que ha quedado atrapado en el fuego y puede parecer quemado.

2. Que sea mayor que el causado para evitarlo.

Aquí nuestra ley ha establecido expresamente que si los males son iguales no hay estado de necesidad.

Los tribunales resuelven en cada caso particular, no siguiendo un criterio objetivo sino que también analizando los aspectos subjetivos del caso.

3. Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.

Este requisito es el que le concede al estado de necesidad su carácter subsidiario a diferencia de la legítima defensa, toda vez que la ley exige, que los “otros medios” posibles sean a la vez “practicables” y “menos perjudiciales” que el escogido, para que se niegue la justificante.

La jurisprudencia ha determinado que queda amparado por esta causal de justificación por estas eximentes de responsabilidad criminal el hurto famélico, esto es, el que hurta impulsado por el hambre.

## **LA CULPABILIDAD**

Es la cualidad de la voluntad que hace responsable a los ojos del derecho y que es requisito de la responsabilidad penal, es la *culpabilidad*.-

El estudio de la culpabilidad se orienta en los tiempos modernos hacia la solución de dos cuestiones fundamentales:

1. Hasta que punto puede decirse que un hecho pertenece subjetivamente a una persona
2. Hasta que punto el derecho puede reprochar a esa persona la realización de ese hecho.

Culpabilidad: se refiere a la conducta exteriorizada del autor o agente y la persona cuando ejecuta esta acción tiene que ser libre y soberana en su determinación.

### **Definiciones**

CURY: “Es reprochabilidad del hecho típico y antijurídico, fundado en que su autor lo ejecuto no obstante que en la situación concreta podría someterse a los mandatos y prohibiciones del derecho”.

ETCHEBERRY: “Es reprochabilidad de la acción típica y antijurídica determinada por el conocimiento, el animo y la libertad de su autor”.

Por lo tanto una persona sería culpable cuando ha cometido una acción ilícita, antijurídica, típica en forma libre y voluntaria.

Este problema de la culpabilidad no es solo penal, sino también filosófico, lleva desde este punto de vista a dos teorías: determinismo y libre arbitrio o albedrío. Se presenta en otras disciplinas de las ramas del Derecho.

### **CONSECUENCIAS QUE SE INFIEREN DE LA CULPABILIDAD**

- Sería una de las bases de la pena.
- Existiría una especie de rechazo a las presunciones de culpabilidad, en doctrina penal no se aceptan presunciones de hechos ni de derechos.
  - Se rechazarían los delitos calificados por resultados, es decir, más que la intención se pena por la consecuencia que trae aparejada, la intención típica.
  - La ley penal chilena no menciona categóricamente la culpabilidad como un elemento del delito, pero tampoco lo rechaza, pero aparece subyacente en algunos preceptos, como los artículos 2, 490, 491, 492 Código Penal.

Tampoco se refiere directamente el legislador a los requisitos de imputabilidad o inimputabilidad, sin embargo, también subyace en diversos preceptos, v. gr., artículo. 10 N°s 1 y 2.

### **TEORIAS SOBRE LA CULPABILIDAD**

Estas teorías estudian la estructura y contenido de la culpabilidad.

#### 1. Teoría Psicológica:

Es reconocida en el siglo XIX y principios del XX. Entre sus seguidores se cuenta en Argentina a Soler y en Chile a Pedro Muñoz.

Sostiene que existe culpabilidad cuando el autor de un hecho antijurídico lo realiza con dolo (dolosamente) o con culpa (culposamente).

Para ellos la culpabilidad radica en una relación psicológica entre el individuo y el acto, constituida por el binomio Inteligencia – Voluntad. Si el individuo se ha dado cuenta del acto que realiza y ha querido realizarlo, es culpable, sin que sea necesario considerar otros factores.

La culpabilidad viene a ser la situación psicológica del individuo con relación al hecho ejecutado.

La capacidad psicológica para realizar tales actos es lo que se llama “Imputabilidad penal”, que es un presupuesto de la culpabilidad. Por lo tanto no solo basta establecer que la persona actuó con dolo o culpa, sino que además es imputable.

El dolo y la culpa no son dos elementos copulativos de la culpabilidad puesto que si concurren generan dos suertes distintas de responsabilidad. Se deriva a problemas distintos en el orden penal, como el concurso de delitos.

## II. Teoría Normativa:

Reacción a los postulados clásicos, desarrollada en Alemania desde principios del siglo XX. Iniciado por Frank, seguidores: Mezger, Maurach, en Chile Novoa y Labatut (éste con reservas).

Para ésta teoría, no basta con afirmar la vinculación psicológica entre el sujeto y su acción (dolo o culpa), sino que es preciso indagar los motivos que llevaron al sujeto a realizar tal acción, analizando comprensivamente todas las circunstancias del caso.

Sostienen que no basta saber si una persona ha querido una acción (psicologismo), sino porque lo ha querido. Por lo tanto además del vínculo psicológico para pronunciar el juicio de culpabilidad se requiere que la conducta conforme a derecho se le haya podido exigir al sujeto que obro.

La culpabilidad viene a ser, la reprochabilidad de una conducta típica y antijurídica, dada sobre tres factores:

- Imputabilidad (capacidad penal).
- Vinculo Psicológico (dolo o culpa).
- Motivación normal (exigibilidad).

Para los psicólogos la culpabilidad desaparece solo en los casos de falta de imputabilidad o cuando estén ausentes de dolo o culpa; para las normativas también elimina la culpabilidad la motivación anormal que ellos llaman "no exigibilidad de otra conducta".

Para ellos la culpabilidad es reprochabilidad, censura a esta conducta típica y antijurídica.

## ESENCIA DE LA CULPABILIDAD

La teoría clásica considera la voluntad separada de la acción, reducida a un movimiento corporal con el coeficiente psíquico mínimo. Dentro de esta posición, es posible que la culpabilidad radique esencialmente en la voluntad (dolo o culpa), revestida de determinadas formas o requisitos.

Para los finalistas, entre ellos Welzel, la culpabilidad presupone una doble relación:

- 1° debe tratarse de una acción contraria a derecho.
- 2° el autor pueda haber actuado conforme a la norma.

Reconoce formas de culpabilidad como es el dolo y culpa. Pero ellos encasillan el dolo en la acción, es decir, el dolo estaría vinculado al tipo penal. Sin embargo, se dice, si el dolo pertenece o la acción es en gran parte problema terminológico, como el propio Welzel lo hace notar.

Si se llama dolo simplemente a la voluntad ya valorada de manera finalista, no cabe duda de que pertenece a la acción. Pero si llama dolo a la voluntad ya valorada conforma a su reprochabilidad, no hay inconveniente en reservar el dolo a la teoría de la culpabilidad (ésta última posición de Etcheberry).

## **ELEMENTO DE LA CULPABILIDAD: LA IMPUTABILIDAD**

Imputabilidad en términos amplios es la posibilidad de atribuir a alguien. (atribución psicológica).

En derecho penal *imputabilidad* es la posibilidad de realizar actos culpables (Etcheberry). Las personas que pueden realizarlo se llaman imputables; los que no, son las personas inimputables.

No basta que una persona cometa un hecho ilícito, antijurídico y culpable, sino que además debe ser imputable.

La regla general es que toda persona sea imputable, es decir, que tiene capacidad penal para ser objeto de un juicio de reproche.

Algunos autores la conceptúan:

ORTIZ MUÑOZ: Capacidad penal para cometer delitos.

MEZGER: Capacidad de cometer culpablemente hechos punibles.

## **SU FUNDAMENTO**

Para la Escuela Clásica su fundamento radica en la libertad moral (Carrara), así quienes carecen de inteligencia y libertad no pueden ser culpables y deben ser sometidos a la sanción penal.

Para la Escuela Positiva, el fundamento de la responsabilidad es la peligrosidad (niegan la libertad moral) y se refieren al individuo peligroso, ya que para ellos prima el determinismo.

La imputabilidad se vincula con la capacidad de conocer lo injusto del actuar y determinarse conforme a ese conocimiento.

Los autores dicen que la imputación consiste en atribuirle algo a una persona.

La faz positiva del delito -> imputabilidad

La faz negativa del delito -> causales de inimputabilidad

¿Qué fórmulas o teorías emplean los códigos para referirse a la imputabilidad? En doctrina se distingue

:

- I. **Formulas o sistemas siquiátricas**, atribuyen a ciertos estados patológicos, de alteración o inmadurez, taxativamente enumeradas en la ley, la consecuencia de excluir la imputabilidad. Ofrece ventajas prácticas por que precisan de manera exacta los casos en que la inimputabilidad ha de ser declarada, pero limitan exageradamente las facultades de apreciación de la magistratura. Ejemplo, los Códigos clásicos, como el Código Penal Chileno.
  
- II. **Formulas psicológicas**, no alude a la enfermedad sino que señala la consecuencias que produce la enfermedad mental. Describen la situación psíquica que fundamenta la inimputabilidad del sujeto, es decir, la incapacidad para comprender la significación antijurídica del acto o dejarse determinar por ella. El individuo no comprendía el significado de su comportamiento y por esto no es capaz de autorealizarse.
  
- III. **Formula sociológica**, debe estudiarse la personalidad del sujeto, de acuerdo al medio social y cultural en que nació y en que desarrolla su vida y se determina así por ej. Que son inimputables quienes no logran adecuar su comportamiento al patrón social cultural predominante y que procede de un ambiente distinto, ejemplo los indígenas.

IV. **Criterio jurídico**, en última instancia es el juez quien debe valorar quienes son inimputables independientemente de las causales y de los efectos que existan.

V. **Formulas mixtas**, forman parte de la teoría psicológica, así por un aparte describen los estados que dan origen a la inimputabilidad, pero también exigen del juez una investigación sobre la existencia efectiva de la incapacidad para comprender y autodeterminarse.

*¿Cual es el criterio que adopta el Código Penal Chileno?*

Para algunos adoptaría la teoría psiquiátrica, pues habla del "loco o demente a menos que haya obrado en un intervalo lucido".

Para otros seguiría la teoría mixta ya que habla de "por cualquier causa, independientemente de su voluntad", pues sería un efecto de la enfermedad (Cury) según el artículo. 10 N° 1 y 2..

## **EFFECTOS JURIDICOS DE LA INIMPUTABILIDAD**

- Esta trae aparejada la inculpabilidad de la conducta antijurídica.
- Dentro del juicio criminal la persona procesada se sobresee, pues concurre causal de exención de responsabilidad penal.

## **TIEMPO DE LA INIMPUTABILIDAD**

Para que se excluya la culpabilidad es preciso que concurra en el momento de ejecutarse la acción típica. Se excluya la llamadas personas liberae in causa, casos en los cuales al momento de ejecutar la conducta típica, el autor se haya en una situación de inimputabilidad que el mismo se ha provocado, sea en forma voluntaria o culposa (imprudente o negligentemente), por ejemplo. Cuando una persona bebe hasta perder el control de sus actos, para darse ánimo y cometer un homicidio que sobrio seria incapaz de realizarlo (la opinión dominante la considera un problema ya superado).

## **CAUSALES DE INIMPUTABILIDAD**

Se pueden clasificar en 2 grandes grupos:

- I Los que encuadran su origen en un trastorno de carácter patológico o accidental (privación temporal de la razón).
- II. Los que se fundan en un desarrollo insuficiente de la personalidad, falta de madurez por menor edad.

El Código Penal chileno se basa en los principios de libertad, voluntad e inteligencia (al igual que la teoría clásica).

### **1) FALTA DE SALUD MENTAL**

Art. 10 N° 1 Declara exento inimputable el loco o demente a no ser que haya obrado en un intervalo lucido. En esa época la psiquiatría estaba poco desarrollada; la comisión redactora entendía por loco quien sufría alteraciones en su conducta y que actuaba en forma furiosa, violenta o irracional; demente el que adolecía de problemas en sus facultades mentales. así siguió la teoría psiquiátrica y no agrego más antecedentes.

Hoy en día la jurisprudencia prefiere hablar de enajenación mental, termino bastante amplio como para comprender todas las anormalidades mentales constitutivas de esta eximente. Para nuestra ley, "loco demente" es la persona que presenta una alteración profunda en sus facultades mentales, de tal modo de no poder dirigir su conducta de acuerdo con las exigencias ordinarias del derecho.

En términos generales debe señalarse que por loco o demente no solo caben las enfermedades mentales propiamente tales, sino otras anormalidades de distinto origen, siempre

que alcancen el necesario grado de profundidad. Esto se puede constatar por los progresos de la ciencia médica al estudiar las distintas patologías. así tenemos:

a. Enfermedades mentales propiamente tales:

i) Endógenas o congénitas:

- Esquizofrenia, división o escisión de la personalidad, fabricándose un mundo irreal, llegando incluso al autismo.
- Paranoia, la persona padece de grandes y graves delirios imaginarios, ej. Delirio mesiánico (Hitler), clerofobia.
- Psicosis maniaco – depresiva, una sola enfermedad con dos fases, maniaco, el individuo furioso y depresiva, angustia, ansiedad.
- Epilepsia, enfermedad mental grave, afecta el sistema nervioso, caracterizado por convulsiones e inconsciencia.

ii) Exógenos:

- Demencia senil.
- Locura toxica o infecciosas.

No se refiere a estados pasajeros de trastorno mental que algunas sustancias producen, sino una alteración permanente de la salud mental como consecuencia del uso prolongado de sustancias toxicas. Están aquí: dipsomanía y delirium tremens (este ultimo la jurisprudencia señala que sería imputable).

iii) Deficiencias o anomalías mentales, también llamadas oligofrenias (falta de desarrollo de la inteligencia);

- Idiotas, menor de 4 años de edad mental.
- Imbeciles, entre 4 y 8 años de edad mental.
- Retardo mental.
- Mongolicos.

IV) Los trastornos psicossomáticos, repercusiones físicas de fenómenos predelictuales síquicos.

- Demencias, siempre que sus efectos sean suficientemente profundos.
- Psicópatas, ej. Cleptómano.
- Sociopatas.

Estas afectan, alteran la inteligencia, la voluntad y conciencia. Pero no todas las fases de estas enfermedades provocan inimputabilidad. Art. 10 N° 1, primera parte, trastornos mentales definitivos, son estados de cierta duración en el tiempo (todos los casos anteriores).

## **2) PRIVACION TEMPORAL DE RAZON**

Art. 10 N° 1, segunda parte, trastornos mentales transitorios: “el que por causa independiente a su voluntad se halla privado totalmente de razón”. Son inimputables, esta incapacitado para conocer su acción o lo injusto de ella, afecta a la mente del individuo en forma temporal.

Aunque no se habla aquí de privación temporal se deduce que esta transitoriedad es necesaria, ya que si es permanente estaríamos en la eximente anterior.

a. *El sueño y los estados afines:*

- Sueño propiamente tal, sus movimientos no están guiados por la razón.
- . La llamada "embriaguez del sueño", se produce inmediatamente antes y después del sueño en personas de sueño profundo, temperamento nervioso o bajo tensión emocional. En cada caso se determina el grado de privación de razón con que se actúa.
- Sonambulismo, estado anormal de sueño, el sujeto ejecuta actos corrientes de la vida de relación, sin conciencia de ello y sin recordarlos al despertar.

b. *El hipnotismo*, el sujeto si bien conserva su inteligencia, actúa sometido a la voluntad de otra persona, el hipnotizador. La persona sería un vehículo. Algunos dicen que no realizarían actos ilícitos pues habría un freno moral.

d. *Embriaguez y otras intoxicaciones*, se trata de trastornos temporales, debidos a la ingestión aislada u ocasional de algunas sustancias.

Embriaguez, la responsabilidad penal del ebrio se encuentra determinada por dos factores:

1) Voluntariedad de la causa, por regla general el que se embriaga lo hace voluntariamente.

Ebriedad voluntaria, se ingiere consiente y libremente.

Ebriedad forzada, se es coaccionado física o moralmente a ingerirlo.

Ebriedad fortuita, cuando la persona bebe sin conocer la naturaleza o propiedad de la bebida.

Ebriedad culpable, el individuo no obstante conocer el efecto del alcohol, no busca embriagarse pero se embriaga.

Ebriedad intencional, se ingiere el alcohol en forma voluntaria, conoce la naturaleza de él, ha buscado ese estado o una vez alcanzado el estado de embriaguez no cesa de ingerirlo.

Ebriedad preordenada, provocada en forma intencional para cometer un delito o para crearse fuerzas o el ánimo para cometerlo.

Ebriedad patológica, cuando el individuo toma una pequeña dosis de alcohol, pero reacciona anormalidad de él, de manera que su ingestión en pequeña cantidad le provoca embriaguez.

2) La intensidad de la privación de razón, se distingue entre el estado de excitación o euforia, el de embriaguez incompleta, el de embriaguez plena y el de embriaguez comatosa. Se admite que los 2 últimos estados producen privación total de razón.

Intoxicaciones, regulada por la ley de tóxicos.

La decisión sobre la locura o demencia del autor tiene un carácter valorativo que solo el juez esta en condiciones de practicar, sin olvidar que el informe de peritos médicos es importante para establecer las bases del hecho de resolución.

En cuanto al intervalo lucido, la ciencia en general niega su existencia diciendo que son solo estados de aparente lucidez y que la enfermedad sigue latente (ver art. 408 N° 4, 421 CP.).

### 3) LOS MENORES DE EDAD

La falta de madurez mental tiene una sola fuente entre nosotros: la menor edad.

Nuestro Código Penal sigue en esta materia al enfoque clásico, responsabilidad plena para los adultos, exención total de responsabilidad para los más jóvenes y responsabilidad atenuada para los que se aproximan a la edad adulta.

Se refiere a esto el art. 10 Nos 2 y 3 y el 72

Importante es la edad del actor en el momento de ejecutar la acción.

### **TEORIA DEL DOLO**

El individuo actúa dolosamente cuando quiere ejecutar una acción ilícita, conoce la ilicitud de su comportamiento, lo realiza y también quiere su resultado. El profesor Juan Bustos Ramírez define el dolo como *“el conocimiento y la voluntad de la realización típica. El sujeto conoce y conociendo las circunstancias que existen objetivamente y que son coincidentes con las circunstancias del tipo penal, despliega su voluntad en el sentido de realizar el proceso comunicativo típico”*. Agrega, *“el dolo es decisivo a efecto de determinar la tipicidad”* (Obras Completas, página 821, impresas en Perú, año 2005).

No siempre se ha entendido así. Como se señala en sentencia de la Corte Suprema del 7 de diciembre año 2005, *“el dolo es el principal elemento integrante del tipo de injusto – y no, como se aceptaba por criterio que hoy considera superados la mayor parte de la doctrina comparada y nacional, un componente de la culpabilidad”* (en La Semana Jurídica, N ° 272, página 27).. Esta conclusión es consecuencia de la adopción por la doctrina de las teorías finalistas que distinguen en el dolo un aspecto cognitivo de las características del delito en el momento del hecho y el aspecto volitivo, o, como explica el profesor Bustos, *“un querer que se materializa en actos”* (obra citada, página 829).

#### *Definiciones*

*Gómez*: Es la voluntad de realizar el acto, cuyo efecto se ha previsto y se ha querido.

*Von Liszt*: Conocimiento de las circunstancias de hecho constitutivas del tipo, acompañado de la voluntad de realizarlas.

Art. 44 CC. : El dolo es la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

Art. 2 CP.

El dolo es la forma característica de la voluntad culpable en materia penal e integra la generalidad de los delitos.

Para quienes aceptan la acción al modo puramente causalista, el dolo es la voluntad, entendiendo este concepto en sentido amplio, referido a toda la subjetividad del acto.

Para la concepción finalista, el dolo es una voluntad calificada, valorada, de acuerdo con determinados criterios.

Sobre la esencia misma del dolo existen diversas teorías. Las más difundidas son tres: la de la voluntad, la de la representación y la del consentimiento.

#### I. Teoría de la Voluntad

Teoría clásica del dolo, sustentada en Italia por Carrara, que define el dolo como “la intención mas o menos perfecta de hacer un acto que se conoce contrario a la ley”.

El dolo supone 1º un conocimiento del hecho que se realiza y sus consecuencias, pero además, una posición de la voluntad que busca, que se propone el resultado producido. El dolo sería intención, aproximándose mucho al contenido de “intención positiva”, que le asigna el art. 44.

#### II). Teoría de la Representación

Defendida especialmente por Von Liszt, define el dolo como “el conocimiento de las circunstancias de hecho constitutivas del tipo, acompañado de la voluntad de realizarlas”.

Para que exista el dolo basta con que el sujeto quiera la acción, siempre que además se haya representado. Pero no es necesario que también haya querido el resultado. Por ej. La enfermera que debe poner una inyección a su paciente cada hora para que no muera y en vez de hacerlo se va de paseo y el paciente muere, ella comete homicidio puesto que quiso la acción o sea ir de paseo y se represento el resultado, es decir, la muerte del paciente aunque no lo haya querido y aunque haya sentido la muerte del paciente profundamente.

#### III. Teoría del consentimiento o asentimiento

Es la que goza de mayor favor en la doctrina y en cierto sentido combina las 2 anteriores: En primer lugar existe que el autor se haya representado el resultado, pero además atiende a la posición de la voluntad con respecto a esa representación, si el autor quiso positivamente el resultado o por lo menos acepto que se produjera, hay dolo, de lo contrario solo puede haber culpa o caso fortuito.

Los elementos que deben tomarse en consideración para calificar una voluntad como dolo: Conocimiento, ánimo, libertad.

#### A) CONOCIMIENTO

Conocimiento en dos aspectos:

- 1) Hechos constitutivos de tipo, conocimiento de las circunstancias típicas
- 2) Antijuricidad de la acción.

1) *Conocimiento circunstancias típicas*. Es necesario distinguir si se trata de un delito formal o de uno material.

1. **Delitos formales**, son aquellos que se agotan en la sola acción, el dolo supone intelectualmente que el sujeto haya tenido, conciencia de la acción que ejecuta y conocimiento de las circunstancias de hecho que la hacen delictiva para la ley.

La violación de domicilio que consiste en entrar a morada ajena en contra de la voluntad de sus moradores; es preciso que la persona se de cuenta de que esta entrando y que lo hace en morada ajena sin la voluntad de propietario, pues esas son las exigencias típicas. Que se sepa o no quien es el morador de la casa, la dirección, son elementos que carecen de importancia para este fin.

2. **Delitos materiales** (delitos de resultado), además de los factores ya señalados se requiere la representación del resultado y la representación de la virtud de causalidad de la acción con respecto al resultado, así por ej. En un homicidio con arma de fuego el conocimiento de las causas típicas requieren que la persona tenga conocimiento que esta apretando el gatillo, que se represente el resultado de muerte, la relación causal de la acción con el resultado. Otros conocimientos como la identidad de la víctima, marca del arma, sitio del suceso no interesan para determinar si hay o no dolo

Tratándose de la representación del resultado suele distinguirse entre la representatividad del mismo como cierto o como meramente posible y esto tiene importancia para saber si hubo dolo directo, indirecto o eventual.

Nuestra legislación solo en determinados delitos exige la concurrencia del dolo directo como por ej. En las mutilaciones, en la representación de testigos falsos, documentos falsos en juicio y habla del que a sabiendas tiene relación con la tipicidad.

Tratándose de la causalidad solamente se exige que el sujeto se haya representado en forma aproximada el curso causal, se exige únicamente en que algunos llaman la "potencia productiva del acto".

## 2) Conocimiento de la antijuricidad de la acción

Esto significa que el sujeto debe saber que el hecho es típico o sea conocer la ley, y además debe saber que no esta amparado por una causal de justificación. Al respecto se debe recordar la presunción de derecho acerca del conocimiento de la ley.

## B) EL ÁNIMO

La conciencia de la propia acción y la representación del resultado no bastan para constituir el dolo, es preciso además que el sujeto haya querido la acción y se estima que el querer la acción supone necesariamente la representación del resultado y de la virtud causal de la acción con respecto a él.

El resultado a consecuencia de la acción puede desearse por el sujeto activo, aceptarse o rechazarse:

1. Desea el resultado, el sujeto activo busca ese resultado con su acción, estamos frente a dolo directo y existe, cualquiera que sea el grado de probabilidad con que el sujeto se haya representado el resultado así por ej. Se dará este dolo tanto en el caso de que alguien que dispara a boca de jarro sobre el corazón del adversario, como el que desando darle muerte le dispara de larga distancia en malas condiciones de visibilidad.
2. Acepta el resultado, en esta caso el sujeto no busca ni desea el resultado pero lo acepta, es decir, tiene conciencia de que su acción puede producirla y obstante obra como por ej. El caso del que incendia una casa, cobrar el seguro. En este caso el sujeto se representa la posibilidad de que muera la persona que vive en dicha casa, no desea ni quiere su muerte pero su producción es un riesgo que acepta.

La doctrina suele distinguir dentro de esta situación anímica dos situaciones distintas:

- Si el sujeto se ha representado el resultado como cierto e inevitable y no obstante obra, se dice que actúa con dolo directo.
- Si se ha representado el resultado como meramente posible pero siempre obra, no importando el resultado, se dice que ha actuado como dolo eventual.

Si vemos ambos casos nos damos cuenta que no existe una diferencia sustancial entre estas dos clases de dolo, hay diferencia solo de matiz pero la posición fundamental en ambos casos será siempre la misma. Se acepta el resultado aunque no se busca.

3. Rechaza el resultado, no puede ser meramente afectivo, o sea, un estado sentimental en que la consecuencia se lamenta. Debe ser un rechazo eficaz, o sea, que el sujeto se represente pero también la posibilidad de que realizando la acción en determinadas condiciones o con ciertas modalidades el resultado se evite y decide solo entonces obrar de esa manera.

La distinción entre la posición anímica aceptada y de rechazo es difícil. Si un automovilista no disminuye la velocidad al advertir al peatón que cruza y le causa la muerte, no siempre será sencillo determinar si la posibilidad lo dejó indiferente o si confió en poder evitarlo.

Hay algunos casos limite que presentan muchas dificultades y se señala como típico caso el de los mendigos rusos que mutilaban niños para pedir limosna con ellos, al mutilarlos algunos niños morían y puede pensarse que si el mendigo se hubiera representado como cierta la muerte del niño habría desistido de obrar ya que muertos los niños eran inútiles para el fin que perseguían hay quienes piensan de que habría actuado solo con culpa y no con dolo.

### C) LA LIBERTAD

El tercer criterio para valorar la conducta como dolosa, es la libertad con que el sujeto obra, pero esta libertad no se identifica con el libre albedrío o determinismo, significa solo la comprobación de que la orden dada en la forma jurídica puede ser de hecho aceptada o transgredida puesto que hay casos en que las circunstancias en que obra un sujeto son tan especiales que puede transgredir el ordenamiento jurídico sin que su conducta sea punible, esto debido a que en determinadas situaciones la obediencia a la norma significa no solo un sacrificio sino un verdadero acto de heroísmo extraordinario y en tales casos el derecho no puede exigir

heroísmo ni reprochar al que no ha sido héroe, se habla entonces de la “no exigibilidad de otra conducta”.

### **CLASIFICACION DEL DOLO**

#### Dolo Directo

Llamado también en 1er grado, es la forma más característica y a la vez más grave de dolo. Se presenta cuando el sujeto activo no solo realiza la conducta típica y antijurídica de modo voluntario y consciente sino que además esta animado del propósito preciso de obtener la producción del hecho jurídicamente reprochable que ella trae consigo.

#### Dolo Indirecto o de Consecuencias Secundarias

También llamado de 2° grado. Aquí el resultado va mas allá de lo que el agente ha querido, pero este resultado es la consecuencia necesaria de acción del individuo y era previsible. Ej. Una bomba en el cine para matar a Juan. (Por lo tanto, dolo preterintencionado).

#### Dolo Eventual

El resultado obtenido es distinto del querido por el autor, sin embargo, la diferencia con el anterior radica en que el resultado ha sido previsto por el autor como posible y aceptado como probable (riesgo). (Este dolo se asemeja a un tipo de culpa llamada conciente, en el cual el autor se representa la posibilidad del resultado pero lo rechaza).

#### Dolo Determinado

En esta especie de dolo la voluntad se dirige con precisión hacia un solo resultado.

#### Dolo Indeterminado

Se dirige la voluntad hacia varios resultados posibles (se le suele llamar también, alternativo). Ej. Resultado de una pelea.

#### Dolo Genérico o General y Dolo Específico

Para los alemanes el dolo corriente es el propio de cada figura delictiva (el específico de cada uno), en tanto que el dolos generalis, es una forma de dolo muy indeterminada que cubre el resultado aun en el aso de una desviación notable del curso causal representado.

Los italianos llaman dolo genérico o general al propio de cada figura delictiva y dolo específico a los particulares exigencias subjetivas que a veces contiene la ley en relación con determinados delitos, la voluntad se orienta hacia una finalidad especial contenida en la finalidad general que persigue el delincuente, así el ánimo de lucro en el hurto (art. 432).

### Dolo de Daño y Dolo de Peligro

Corresponde a la división de los delitos en delitos de daño, en los que ocurre un defectivo menoscabo para un bien jurídico; y de peligro, en los que solo hay un riesgo para este, requiere conciencia de estar creando directamente un riesgo por la propia acción que se desarrolla.

### Dolo de ímpetu

Se trata de designaciones especiales para ciertas circunstancias anímicas (arrebato y premeditación), que pueden influir en la intensidad de reproche, pero no en la esencia de la culpabilidad.

### Dolo Bueno y Dolo Malo

Sin relevancia en materia penal.

## **EL DOLO EN EL CODIGO PENAL**

En el art. 1º del Código Penal se define al delito como “acción u omisión voluntaria penada por la ley”. Aceptada esta definición por la Comisión Redactora, a indicaciones de Fabres, se acordó definir el cuasidelito en la siguiente forma:

“Art. 2.- Las acciones u omisiones que cometidas con dolo o malicia importarían un delito, constituyen cuasidelito si solo hay culpa en el que las comete” (el inciso 2 pasó luego al art. 4)..

El efecto de esta agregación fue de gran trascendencia ya que la definición del art. 1º quedó así restringida: en vez de aplicarse en general a todo aquello que la ley pena. Solo se aplica ahora al delito como clase especial de infracción punible, diferente del cuasidelito. La expresión “voluntaria”, en consecuencia, del art. 1, indica el elemento subjetivo propio de los delitos, o sea, el dolo (o malicia, según el Código Penal.).

De modo que la expresión “voluntaria” paso a ser sinónimo de “dolosa” o “malicia”, pero sin que se diera una definición general del dolo, la que no existe en nuestra legislación penal.

Luego, ¿qué entiende la ley chilena por dolo o malicia? En el Código Civil (art. 44) se dice que dolo es la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro. Pero este concepto no es suficiente en materia penal, ya que el dolo penal puede referirse a otros bienes jurídicos de naturaleza abstracta y común (fe publica, administración de justicia), donde se justifica la sanción (pena) sin consideración al daño concreto para determinada persona o sus derechos que pueda producir.

Para Pacheco la expresión “voluntaria”, significa libre, inteligente e intencional.

Esta concepción general ha dejado subsistente una serie de problemas, siendo el más importante el saber si se concibe en nuestra ley el dolo al modo de la teoría de la voluntad. O sea, ¿únicamente llama dolo al directo? ¿O también es dolo para nuestra ley el eventual? El empleo de las expresiones “voluntad” e “intención” parece inclinarnos por considerar que “dolo” es simplemente el directo, el “propósito” de realizar un hecho penado. Empero, cuando el sujeto se ha

representado el resultado con certeza moral, es decir, con un altísimo grado de probabilidad, que para los efectos prácticos es seguridad completa de su producción, no obstante obra, el concepto de “imprudencia temeraria” (que es la forma mas grave de culpa) parece a todas luces insuficiente para cubrir esta posición anímica. Luego, si tal posición de ánimo no fuera dolo, y tampoco quedara incluida en la culpa, determinaría la impunidad del acto. Este es el primer argumento para pensar que el dolo eventual es también dolo para la ley chilena.

En seguida, hay numerosas disposiciones del Código Penal en las cuales se hace alusión al subjetivo, caracterizándolo como “a sabiendas”, “con conocimiento de causa”, “sabiendo”, “constándole”, etc. (arts. 212, 220, 223, 224), es decir, de un modo puramente intelectual. No debe pensarse que se trata de exigencias excepcionales, por lo general la historia del establecimiento de la ley revela que únicamente se quiso poner de manifiesto la exigencia de dolo en casos en que habitualmente no concurría.

La propia de la ley civil nos lleva a ofrecer un argumento adicional. Se define allí el dolo como “intención positiva” (art. 44 Código Civil). Alguien se ha preguntado: ¿es que puede existir una intención negativa? Probablemente, no. Pero no puede suponerse que un lingüística como Bello haya incurrido en un tan evidente pleonasma. Es lícito admitir que el intento denota una ilusión mas amplia al estado de ánimo en general, y que puede entonces hablarse de una intención positiva (que equivaldría al dolo directo, como en materia civil), y una intención pasiva (que equivaldría al dolo eventual).

Otro problema de interés es el de saber si entre nosotros el dolo supone la conciencia de la antijuricidad. La expresión “malicia”, que se emplea como sinónimo de dolo en numerosas disposiciones, esta tan cargada de un contenido valorativo que no puede menos que admitirse que el dolo es una voluntad mala. Sin embargo, en el plano de lo estrictamente jurídico, no puede otorgarse un significado puramente moral a esa “maldad” y habrá que referirla a los preceptos jurídicos.

CURY lo define como sigue *“dolo es el conocimiento del hecho que integra el tipo, acompañado por la voluntad de realizarlo o, al menos, por la aceptación de que sobrevenga el resultado como consecuencia de la actuación voluntaria” (obra citada, página 303).*

Había explicado antes (párrafo precedente) que “el dolo es el contenido subjetivo de todo tipo de delito doloso”. Pero advierte que es posible la concurrencia de otros elementos subjetivos, “trascendentes al dolo, (que) integren también ese contenido”.

En el contexto CURY refiere que “la faz subjetiva del tipo en los delitos dolosos se caracteriza por una rigurosa coincidencia entre la finalidad y el hecho típico objetivo, es decir, entre la faz subjetiva y objetiva de la acción. *La finalidad adecuada al tipo es el dolo del delito*” (página 303).

El tercero de los grandes problemas que se suscitan en torno al dolo en la ley nacional es el de la presunción del art. 1°. Después de definir el delito, el inciso 2° señala;

“Las acciones u omisiones penadas por la ley se reputan siempre voluntarias, a no ser que conste lo contrario”.

Esta presunción, como su texto claramente lo indica, es simplemente legal y admite prueba en contrario. Acerca de su alcance, hay tres interpretaciones en la doctrina:

a.) Para una, la expresión “voluntaria”, significa una alusión al elemento subjetivo en general, o sea, se presume que las acciones se han realizado “con dolo o culpa”. Tal posición puede ser sostenible en el derecho español, donde no existe una definición de cuasidelito. No es aceptable en nuestra legislación.

b.) Otra interpretación, cree ver una referencia exclusiva a la voluntariedad del acto, pero no del resultado, o sea, presume solo ese mínimo de subjetividad que los partidarios del concepto causalista de la acción creen exigible para que la acción sea tal, y no un mero movimiento reflejo. Esto es, presume que se apretó el gatillo “voluntariamente”, pero que la muerte no fue “voluntaria”. No tiene cabida en nuestro derecho, porque en la ley chilena la voz voluntaria, en el inciso 1° del art. 1°, significa claramente dolosa, según se desprende del análisis del art. 2°.

c.) Para una tercera posición, mayoritaria en la jurisprudencia y doctrina, la presunción del art. 1° es una presunción de dolo. Esto es, las acciones penadas por la ley se reputan dolosas, a no ser que conste lo contrario. Es la más atinada, en un orden pragmático – judicial. El alcance del término “voluntaria”, precisado por el inciso 2°, es el argumento mas fuerte a su favor.

## TEORIA DE LA CULPA

### LA CULPA

La regla general se encuentra manifestada en los artículos 4° y 10° N° 13 del Código Penal, y es que la culpabilidad que origina responsabilidad penal es solo el dolo. Por excepción, resultan a veces punibles conductas que no están informadas de dolo, sino de una forma menos reprochable de voluntad, que recibe el nombre de culpa.

JIMÉNEZ DE ASÚA escribió que *“la culpa es una especie de la culpabilidad. Tiene en común con el dolo el poder obrar de otro modo (el sujeto) y el deber hacerlo conforme a las pretensiones del derecho. Es decir, la exigibilidad de actuar conforme a él. Por eso la culpa tiene importante puesto en el Derecho penal de hoy. La culpa no es, pues, excepcional; lo es su punición, que sólo debe existir en los casos especialmente previstos en los Códigos o leyes penales. Por eso no admitimos la tentativa y aconsejamos gran prudencia en orden a la participación en la culpa”* (La Ley y el Delito, página 377).

En igual sentido el profesor ENRIQUE CURY señala que *“la regla general es que la ley castiga al autor cuando su acción estaba dirigida a la realización final del hecho típico. Por esto, para la mayor parte de los delitos sólo se ha construido el tipo doloso”* (Derecho Penal, parte general, página 326). La norma que esencialmente así lo dispone, es el artículo 10 N° 13 del Código Penal antes citado: *“Están exentos de responsabilidad criminal: 13.- el que cometiere un cuasidelito, salvo en los casos expresamente penados por la ley”*.- Agrega CURY: *“La teoría del delito culposo fue descuidada por la doctrina, que, por su mayor gravedad intrínseca, atendió de preferencia a la de los dolosos. Tanto ocurrió así, que Binding, junto con lamentarlo, decía que a la culpa se la había tratado como un hijo ilegítimo del derecho penal”*. Sin embargo, sigue: *“En los últimos tiempos, la tendencia ha variado. Nadie duda de que la infracción dolosa es siempre más grave que la culposa, si se las compara una por una. Pero, en el conjunto, estas provocan un daño social mayor que aquéllas y la necesidad de combatirlas se ha vuelto algo urgente. El progreso, la*

*industrialización, las invenciones de todo género han complicado nuestra convivencia, creando una infinidad de actividades y situaciones peligrosas. Por cada persona que muere víctima de un homicidio, centenares pierden la vida en accidentes laborales, aéreos, automovilísticos, clínicos, etc. Aún ignoramos las consecuencias de la contaminación atmosférica y marina o la magnitud efectiva de los peligros creados por la instalación de reactores atómicos para fines pacíficos. El derecho penal ha tenido que reaccionar y ocuparse de legitimar andelito culposo” (obra citada, página 327).*

Para que la voluntad que anima el acto pueda ser calificada como culpa se exige:

1) Previsibilidad de un resultado producido. Es esencial, ante todo, que se haya reproducido un resultado: no hay tentativas culposas. En seguida, la previsibilidad del mismo debe establecerse sobre la base de la experiencia ordinaria y constante de los individuos en cuanto a las consecuencias causales de los actos humanos, y además la situación particular del que ha obrado en relación con el conocimiento de las circunstancias de hecho que rodean al acto.

2) Que haya existido obligación de preverlo. La naturaleza de este deber de previsión se desprende de numerosas disposiciones legales, y muy especialmente del art. 2329 del CC. , se desprende un deber de prudencia general y autónoma: ser prudente para evitar cualquier daño a otro. La infracción de este deber, seguida del daño, constituye la culpa, que por lo general solo engendra responsabilidad civil, no penal.

3) Que el resultado no se haya previsto o aceptado. La forma más característica de la culpa es aquella en que el sujeto no prevé las consecuencias de su acto. Pero también es culpa la representación del resultado con rechazo del mismo, caso al cual se ha excluido del campo del dolo. Es la situación del que prevé la posibilidad de que un resultado se produzca, pero confía en poder evitarlo. A la primera forma de culpa se le llama inconsciente o sin representación; a la segunda, consciente o con representación.

El individuo actúa con culpa cuando no prevé las consecuencias de su hecho, pudiendo hacerlo y el resultado es antijurídico.

## **CUASIDELITO O DELITO CULPOSO.-**

### DEFINICIONES

CUELLO CALON, existe culpa cuando sin atención o sin la diligencia debida, se causa un resultado dañoso, previsible y penado por la ley.

MEZGER, actúa culposamente el que infringe un deber de cuidado que penalmente le incumbe y puede prever la aparición de un resultado.

CARRARA, la culpa es la voluntaria omisión de diligencias en calcular las consecuencias posibles y previsible del propio hecho.

### NATURALEZA DE LA CULPA.-

JIMÉNEZ DE ASÚA dice que en la doctrina clásica “el elemento esencial de la culpa es la *previsibilidad* y la razón de su criminalidad estriba en que por un vicio de *la voluntad*, se ha omitido voluntariamente la diligencia que debía prever lo previsible”; lo que es rechazado por los positivistas adversarios de la doctrina de la voluntad y la previsibilidad en materia de culpa. FERRI así señala que la sola razón de la responsabilidad penal por las acciones culposas se halla *en la responsabilidad social, en el carácter antisocial del acto y en la temibilidad del delincuente* (Citado por Jiménez de Asúa).-

Pensamos que el delincuente culposo actúa voluntariamente, despreciando que su conducta pueda dañar valiosos bienes ajenos, no obstante lo cual la realiza desestimando el riesgo de su producción. Lo anterior al menos en la llamada por la doctrina *culpa conciente* (el individuo espera que el resultado que se representó, no se produzca) Nos parece correcto lo sostenido por Binding en cuanto a que es “un acto claramente previsto en su efecto causal”, al igual que el delito doloso, con la diferencia de que en la culpa la antijuricidad del acto es desconocida. (*En la culpa inconciente* donde se ignoran las circunstancias del hecho, siendo posible haberlo previsto. Se falta a un deber concreto de atención porque como miembro de la comunidad puede serle exigible su conocimiento)

Existen innumerables teorías que tratan de explicar su naturaleza.

### LA CULPA EN LA LEY CHILENA

El Código Penal trata los cuasidelitos en el título X del libro II “De los cuasidelitos”, art. 490 – 493.

Se refiere a la penalidad de ciertos hechos culposos, que de ser dolosos serían crímenes o simples delitos *contra las personas*.

La regla general, se dijo antes, es la impunidad de los cuasidelitos, lo que se desprende de los arts. 4 y 10 N° 13. Su sanción requiere texto expreso.

La pena se gradúa según la gravedad de los resultados y la intensidad de la culpa.

### FORMAS DE LA CULPA

1. *Imprudencia*, se caracteriza en general como el afrontamiento de un riesgo. Se da ordinariamente en las acciones y por excepción en las omisiones.

En la culpa por imprudencia lo que se viola es el deber general de diligencia y precaución.

2. *Negligencia*, se traduce en una falta de actividad, se pudo evitar el resultado desplegado más actividad que la desarrolla. La inactividad no ha creado el riesgo, pero la actividad pudo haberla evitado.

3. *Impericia*, forma especial de culpa que se presenta en el ejercicio de ciertas actividades que requieren conocimiento o destreza especiales.

4. *Inobservancia de reglas*, art. 492 sanciona los cuasidelitos que se cometieren con infracción de las reglas y por mera imprudencia o negligencia. Art. 329 se sancionan los accidentes ferroviarios que causen lesiones a las personas por inobservancia de las reglas del camino que debe conocer (el autor).

## **PENALIDAD DE LA CULPA**

La ley nacional ha sido reacia a sancionar la culpa en materia penal, dejándola, en general, entregada a la ley civil.

Se ha reiterado que a regla general es la impunidad de los cuasidelitos, según se desprende de los art. 4 y 10 N° 13. Los casos de penalidad son señalados en el Código Penal de dos maneras;

a.) Por la tipificación especial de ciertas infracciones en las que se señala como elemento subjetivo la culpa en vez del dolo; arts. 224 N° 1, 225, 228, 234, 329, 343.

b.) Para los demás casos, el Título X del libro II señala una reglamentación general bajo el rubro “de los cuasidelitos”: los arts. 490, 491 y 492 se refieren a la penalidad de ciertos hechos culposos que, de ser dolosos, constituirían crímenes o simples delitos contra las personas, la pena se gradúa según la gravedad de los resultados, y la intensidad de la culpa que se exige varía según los casos.

## **PRINCIPIO “NO HAY PENA SIN CULPA” Y SUS EXCEPCIONES**

Este principio significa, simplemente, que la culpabilidad es indispensable para que haya delito.

### **EXCEPCIONES:**

1) LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA: Se denomina así a la situación que se produce cuando se sanciona a un individuo por un hecho sin atender en absoluto a su posición subjetiva respecto a este, y a veces, hasta prescindiendo de la imputación física (nexo causal).

2) LA PRETERINTECCIONALIDAD: Se designan en este rubro aquellos casos en los cuales, si bien hay elemento de culpabilidad, no existe coincidencia entre él y lo que ha resultado, que excede dicha culpabilidad, no obstante lo cual la ley sanciona al autor por lo efectivamente acaecido. Los casos más importantes son:

**a.- Delitos preterintencionales.-** Se producen cuando se realiza dolosamente un hecho delictivo a consecuencia del cual resulta otro hecho delictivo más grave que no fue previsto por el agente siendo previsible. (la ley sanciona al autor por lo efectivamente acaecido).

En doctrina se discute la naturaleza de estas infracciones; algunos creen ver una forma especial de dolo; otros, solo culpa; los terceros una forma especial de culpabilidad, distinta del dolo y de la culpa, y un último grupo, una mezcla de dolo y culpa. En todos aquellos casos en que se sancione el resultado más grave con una pena superior a la que correspondería por el respectivo

cuasidelito, aparece violando el principio “no hay pena sin culpa”, puesto que la pena sobrepasa a la culpabilidad.

Nuestro Código no reglamenta especialmente estas situaciones.

Los casos prácticos en que se presentan delitos preterintencionales son en realidad cuatro:

- 1) Hay dolo de lesiones y resulta la muerte;
- 2) Hay dolo de lesiones leves y resulta lesiones mas graves;
- 3) Hay dolo de lesiones y resulta aborto, y
- 4) Hay dolo de aborto y resulta la muerte de la mujer.

De estas cuatro situaciones hay una sola reglamentada expresamente por nuestra legislación: las violencias seguidas de aborto (artículo 343 del Código Penal), en que el aborto no es querido, pero es previsible.

A titulo de culpabilidad se puede sancionar el resultado no querido, pero que era previsible.

Hay distintas posiciones:

1. Si se parte de la base que el resultado debe ser mayor, seria injusto castigar el resultado, aquí se penaría el delito por la calificación del resultado.

2. Otros autores dicen que este tipo de delito no podría ser castigado por el resultado sino que habría una separación, así ellos diferencian el delito cometido en tres aspectos:

A. Delito base, integrado por un dolo y este delito base es distinto según sea la figura delictiva de que este trate ej. Aborto (delito base) seguido de muerte.

B. Resultado preterintencionado, se puede llamar sobredosis de resultado y también es distinto según el delito, sin embargo lo imposible es que este resultado no haya sido querido ej. Aborto seguido de muerte.

C. Relación de causalidad, entre la acción y el resultado debe haber un vinculo causal.

¿Como se castiga o pena este?

La ley penal se refiere a ello en el art. 343, existiendo diversas teorías al respecto:

1. Al autor del delito preterintencional se le debe castigar ambos delitos como dolosos. Por ejemplo, se pena por aborto y también por la muerte de la mujer.

2. Solo se debe penar el delito que el ejecuto en forma internacional; ejemplo, aborto, lesiones.

3. Hace una distinción en el sentido que debe castigarse como doloso el delito llamado base o querido y el resultado preterintencional a título de culpa (es decir, cuasidelito).

Esta última es la que acepta la jurisprudencia nacional.

Art. 343, dolo de lesiones y resultado de aborto, en que el aborto no es querido, pero es posible.

Se ha dicho objetando esta posición que habría dolo y culpa en un mismo hecho, pero se ha contestado que se trataría de dos hechos distintos.

**b.- Delitos calificados por el resultado.-** Se produce esta clase de delitos cuando el sujeto quiere realizar (dolosamente) una conducta delictiva determinada, y a consecuencia de ella resulta un evento distinto y más grave, que la ley carga en cuenta del hechor aunque no lo haya previsto. De acuerdo a las reglas generales, este último evento no debe sancionarse. Pero si hay texto legal expreso que haga excepción a la regla y castigue tal situación, no hay duda que el principio no hay pena sin culpa sufre un quebrantamiento.

**c.- El versari in re illicita.-** Escuetamente significa que la persona que se ocupa en algo ilícito (aunque no sea la comisión misma de un delito) responde por las consecuencias derivadas de dicha ocupación, aunque no sea siquiera previsible (un verdadero caso fortuito).

Podría estimarse que la legislación nacional existe solo una situación en el art. 10 N° 8, que comúnmente se considera como la formulación de la exención de responsabilidad por caso fortuito (inculpabilidad). Se declara allí exento de responsabilidad criminal “al que, con ocasión de ejecutar un acto lícito, con la debida diligencia, causa un mal por mero accidente”. Agrega el art. 71 que “cuando no concurren todos los requisitos que se exigen en el caso del art. 10 N° 8 para eximir de responsabilidad, se observara lo dispuesto en el art. 490”, esto es, si el daño para las personas, se sancionara a título de cuasidelito.

En suma, sobre la preterintencionalidad en general debemos concluir:

1) Los delitos preterintencionales se sancionan entre nosotros de acuerdo con el grado de culpabilidad presente en ellos, y no son una excepción al principio “no hay pena sin culpa”;

2) Existen ciertos delitos calificados por el resultado, que requieren textos expresos, y que hacen excepción al principio citado, y

3) la regla de versari in re illicita no tiene aplicación entre nosotros.

2.) LA PELIGROSIDAD SIN DELITO. Más que una excepción al principio que estudiamos, esta institución es una negación del mismo en forma general. Se sustituye la culpabilidad por la peligrosidad como fundamento de la responsabilidad penal. En la legislación ha encontrado acogida en la ley 11.625, sobre Estados Antisociales y Medidas de Seguridad.

## CAUSALES DE INculpABILIDAD

Aparte de las causales de inimputabilidad, el juicio de reproche desaparece por la ausencia de alguno de los factores que lo fundamenten: el conocimiento y la libertad. A la falta de conocimiento se refiere el error.

### EL ERROR

Se distingue entre error (saber mal) e ignorancia (no saber), distinción que penalmente carece de importancia, como se admite actualmente: sus efectos prácticos, penalmente, se asimilan.. Sin embargo, la duda no afecta a la culpabilidad: el que obra dudando, se coloca en la posición del que actúa con dolo eventual o en culpa consciente, y, por consiguiente, con culpa bastante para ser perseguido penalmente.

El error es el conocimiento falso; o cuando se cree algo que es falso.

Dentro del error, se distinguen varias situaciones algunas de las cuales pasamos a considerar.

- a.) *El error del acto.*- No es propiamente un error, pero se estudia en esta parte debido a sus vinculaciones prácticas con esta institución. Es la situación llamada en la doctrina aberratio ictus o “extravío del golpe”. Hay más bien un *error sobre el curso causal* previsto, que termina en definitiva en una disconformidad entre lo representado y lo aceptado. En la doctrina no hay acuerdo acerca de la punibilidad de estas figuras: así para algunos se trata de un concurso entre tentativa (o frustración) del delito querido, con la forma culposa (cuasidelito) del resultado. Para otros, debe sancionarse simplemente por el resultado producido, como doloso, ya que la ley protege en general la vida humana.

“En los casos de aberratio ictus o error del golpe, el sujeto dirige su acción hacia un objeto del resultado, pero, a causa de una desviación del curso causal, es lesionado otro equivalente. En esta situación se da un error al revés del agente respecto de la lesión querida y un error excluyente del dolo en relación con la causada realmente. La solución depende de si esta última fue o no previsible. En el primer caso debe castigarse como un delito frustrado en concurso con un delito culposo (cuasidelito); en el segundo, solo por la frustración. Así cuando el autor deseaba matar, la bala se desvía y ultima a un tercero que caminaba junto a la víctima escogida, ha de castigarse por delito frustrado de homicidio *en concurso ideal con un homicidio culposo, porque lo que ocurrió era previsible; si, en cambio, quien murió se encontraba oculto entre unos matorrales, de suerte que el autor no podía prever su presencia en el lugar, solo se ha de condenar por el homicidio frustrado*” (CURY, obra citada, página 313).

*“Aunque la hipótesis descrita es la más corriente, no es la única de aberratio ictus. Puede ocurrir que la lesión del objeto material verdaderamente afectado concrete un ataque contra bienes jurídicos de mayor o menor entidad que el que hubiere realizado la lesión del objeto material contra el cual se dirigía la acción; o que siendo los objetos equivalentes, la lesión producida sea de distinta naturaleza, o que, por fin, tanto los objetos como la lesión sean diferentes. En cada uno de estos casos habrá que resolver conforme los principios expuestos”* (CURY, obra citada, página 313).-

Este error se encuentra contemplado en el inciso final del art. 1 del Código Penal. : “El que cometiere delito será responsable de él e incurrirá en la pena que la ley señale, aunque el mal recaiga sobre persona distinta de aquella a quien se proponía ofender. En tal caso no se tomaran en consideraciones las circunstancias, no conocidas por el delincuente, que agravarían su responsabilidad, pero si aquellas que la atenúen”.

La última limitación está establecida para el caso de que la víctima resulte ser, por ejemplo, persona constituida en autoridad o ligada con el hechor por un vínculo de parentesco, u otro caso en tal calidad redundaría en un aumento de pena con relación al delito que se intentaba.

b.) *Error de Hecho*.- Debido a la sistemática del derecho privado se acostumbra a distinguir entre error de hecho o de derecho. Modernamente se distingue entre error de tipo y error de prohibición. Se prescinde de la distinción entre error de hecho y error de derecho, como igualmente se unifican los conceptos de ignorancia y error, como acabamos de ver. JIMÉNEZ DE ASÚA escribió lo que pasamos a copiar, que es una síntesis de lo que se ha dicho y se dirá: “Es forzoso, para comprender bien cuanto ha de seguir, que recordemos lo dicho sobre la función *del elemento intelectual en el dolo*. Si esa conciencia de la descripción típica y *del deber de respetar la norma, en valoración profana*, falta en la conducta del sujeto, el dolo no existe; si el error era vencible, podrá imputársele a tipo de culpa; pero dolosamente jamás. Y es lo mismo que ese conocimiento falte en *orden a los hechos (error facti) que en referencia a los elementos normativos del tipo legal o lo injusto de la acción (error iuris)*” (obra citada, página 397).-

Los delitos –dice el autor referido- corresponden a un padrón ético universal por lo que malamente puede sostenerse su conocimiento, en cualquiera latitud.

La doctrina del error no esta sistematizada en nuestra legislación; tanto así, que ni siquiera se le menciona en forma expresa al error como eximente de responsabilidad penal. Sin embargo, no cabe duda que para nuestro legislador el error exime de responsabilidad, dado que el concepto positivo de dolo se asienta sobre el conocimiento o representación. En los art. 1 y 64, la ignorancia de determinados factores de agravación impide estos se tomen en cuenta para la penalidad; con mayor razón sucederá esto cuando se desconozcan, no solo los factores de agravación, sino los que constituyen la esencia misma del hecho delictivo. A mayor abundamiento el dolo aparece caracterizado en el Código Penal en repetidos pasajes como “conocimiento”; “a sabiendas”; “contándole”, etc., lo que indica que la ausencia del conocimiento equivale a la ausencia del dolo.

Para determinar la forma en que el error puede excluir la culpabilidad, es preciso recordar que, desde el punto de vista positivo, el dolo supone conocimiento de las circunstancias objetivas que constituyen el tipo y el conocimiento de la antijuricidad de la acción. El error, en consecuencia, puede recaer sobre algunos de estos dos aspectos.

**a.) Error de tipo**, cuando el sujeto ignora la naturaleza de su propia acción o la circunstancias objetivas que integran la descripción típica o el resultado que se va a producir o la aptitud causal de un acto para producir el resultado, o bien cuando se tiene una idea equivocada acerca de todos estos factores.

**b.) Error de prohibición**, o sobre la ilicitud de la conducta. La antijuricidad o ausencia de determinados factores de hecho. Si el agente los ignora, o yerra acerca de ellos, no esta presente

la conciencia de la antijuricidad del hecho, y en consecuencia, esta ausente el dolo. Es el caso de las llamadas justificante putativas: el que mata creyendo ser víctima de una agresión ilegítima, el que toma un objeto ajeno creyendo contar con el consentimiento del interesado, el agente de policía que cree que se le ha ordenado detener a determinada persona.

**c.) El error de derecho**, es el que refiere a la existencia, términos y sentidos de la ley. Puede referirse al tipo (se falsifica documento público creyendo que para la ley es un documento privado) o a la antijuricidad, que es lo más corriente (se ignora que determinado hecho está prohibido por la ley). La relevancia del error de derecho para eliminar la culpabilidad ha sido muy discutida.

En el principio, la ignorancia de la ley debería excluir el juicio de reproche, por faltar la conciencia de la ilicitud del acto. Pero como el art. 8 del Código Civil dispone que “nadie podrá alegar ignorancia de la ley después que esta haya entrado en vigencia”, no es posible invocar como excusa el error que recae sobre la ley. Por su naturaleza esta norma se estima de aplicación general.

Excepcionalmente, sin embargo, se concede entre nosotros relevancia al error de derecho en materia penal (art. 207 C. J. Militar).

*Para que el error elimine la culpabilidad se requiere, en suma:*

1.- Que sea de **hecho**. Con las excepciones ya anotadas acerca del error de derecho.

2.- Que sea **esencial**. Ello significa que debe recaer sobre las circunstancias objetivas que integran la descripción típica o que constituyen la causal de justificación. El error accidental no eliminara la culpabilidad, pero puede cambiar el título del delito.

3.- Que sea **inculpable**. Otros dicen inevitable o excusable. Significa esto que el error no debe originarse en negligencia del sujeto que actúa. Si el agente, con diligencia y cuando, pudo y debió informarse y no lo hizo, su error es culpable. Para que se elimine el dolo, es suficiente con que el error sea de hecho y esencial; para que se elimine toda forma de culpabilidad es preciso que sea además inculpable. Si el error es inexcusable, si se debe a desidia, subsiste la culpa y el hecho es un cuasidelito, que da origen a responsabilidad penal en los casos excepcionales que la ley señala (en general daños a las personas). Pero es la ley suele hablar, en la culpa, de “ignorancia inexcusable”, “negligencia culpable”, etc.

## **LA NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA**

Se presenta en relación

- Al miedo insuperable
- La fuerza irresistible
- La obediencia debida

Lo corriente es que el ordenamiento jurídico contenga una norma de deber, y ella ordena someterse a la prescripción del derecho, al acatamiento de las normas.

Sin embargo, excepcionalmente pueden producirse situaciones en que el acatamiento de la norma exigirá un acto de heroísmo o una fortaleza sobrehumana, y se dice entonces que en ese caso, faltaría la exigibilidad de la conducta de obediencia.

Lo normal es que el acatamiento de la norma impone un esfuerzo o sacrificio, y la eximente se dará solamente cuando este esfuerzo o sacrificio sea "sobrehumano o importe una actuación heroica".

Hay situaciones en que el derecho penal contempla casos de no exigibilidad de otra conducta:

1.- *Como eximente de responsabilidad de carácter general:*

- El miedo insuperable;
- Encubrimiento de parientes;

2.- *Estableciendo la impunidad de ciertas conductas antijurídicas;*

- Falso testimonio en causa propia;
- Evasión de detenidos, en los que castiga solamente a los extraños que intervienen en el hecho.

3.- *Se establecen algunas atenuantes de responsabilidad en relación con estos;* por ejemplo, se atenúa la pena de la mujer que causa su propio aborto cuando hiciera para ocultar su deshonra, etc.

## **EL MIEDO INSUPERABLE**

Esta circunstancia está contemplada en el art. 10 N° 9 Código Penal, que señala que esta eximente de responsabilidad criminal el que obra violentando por una fuerza irresistible o impulsado por un miedo insuperable.

La vis compulsiva tiene relación con el miedo insuperable. El miedo es una emoción primaria del hombre y se distingue del temor en que es más fuerte que este último. Tiene una raíz emocional o emotiva mucho más fuerte, ajeno al ánimo tranquilo y reflexivo. El terror y el espanto son grados tan acentuados del miedo que con frecuencia llevan al oscurecimiento de la conciencia.

¿Qué motivos pueden inspirar el miedo? La ley no distingue. Puede tratarse de un hecho de la naturaleza o de la acción de un tercero.

Insuperabilidad significa solamente que para dominar su miedo el sujeto deba desplegar una fortaleza de carácter heroico o superior a la que es dable exigir a un individuo normal.

En cuanto a la gravedad, nuestra ley no exige que tema un mal en el cuerpo o en la vida, como otras legislaciones, ni tampoco proporcionalidad estricta entre el mal tímido y el causado, como el estado de necesidad.

*Limitantes para el funcionamiento de esta eximente.*

No pueden invocarla las personas que han adoptado profesiones en las que deben afrontar riesgos (por ejemplo, un bombero que le tenga miedo al fuego; o un soldado que tuvo miedo a que le disparara). Ni tampoco pueden invocarla personas que estén jurídicamente obligados a soportar el mal que temen: el condenado no puede invocarla para dar muerte al verdugo o al carcelero. Son casos en que la ley exige expresamente un sacrificio.

### **LA FUERZA IRRESISTIBLE**

En este caso de vis absoluta, el sujeto es un mero cuerpo físico sujeto a la acción de los fenómenos naturales o a las fuerzas de terceros, casos en que se desaparece la acción, el elemento sustancial del delito. La interpretación tradicional de esta eximente, es que su alcance no llega más allá: esta restringida a la vis absoluta, en que no hay acción.

Por esta interpretación no siempre ha sido seguida por los tribunales chilenos. Dejando aparte los casos de privación temporal de la razón, hay situaciones en las cuales una fuerza o estímulo psicológico puede ser tan irresistible como el miedo y en tal caso numerosas sentencias de nuestros tribunales han aplicado la eximente de fuerza irresistible, dándole a la expresión un alcance amplio, comprensivo tanto de la fuerza material absoluta, como de la fuerza psicológica o moral.

La ley presume que los hombres normalmente pueden y deben dominar sus impulsos, aunque comprende que en tales casos es más difícil al derecho, y por eso concede un atenuante. Pero la fuerza se torna irresistible cuando el sujeto, para dominarla, hubiera debido desplegar un esfuerzo sobre humano que la ley no le puede exigir.

Para invocar esta eximente, además, será necesario que esa fuerza irresistible no derive de una causa que el sujeto legítimamente esta obligado a soportar (como se dijo respecto del miedo).

Además, habrá que considerar que una pasión o emoción por fuertes que sean no son irresistibles si no tienen un coadyuvante que refuerce su potencia (angustia, ansiedad, extrema, desesperación) o si no cae en terreno propicio (personalidad psicótica).

### **LA OBEDIENCIA DEBIDA**

A diferencia del Código Penal español, el nuestro no contempla la eximente de "el que obra en virtud de obediencia debida": sino que contempla como causal de justificación "obrar en cumplimiento de un deber".

Debe ser un deber jurídico; y este deber jurídico y la obligación de obedecer están sujetos a ciertos requisitos:

- 1.- relación jerárquica de subordinación entre el que manda y el que obedece:
  - 2.- La orden debe referirse a materias propias del servicio en el cual existe la relación jerárquica indicada;
  - 3.- El superior debe actuar dentro de la esfera de sus atribuciones;
  - 4.- La orden debe estar revestida de las formalidades legales que corresponda si las hay.
- Dado los requisitos anteriores surge la obligación de obedecer impuesta por la ley.

## **RESPONSABILIDAD PENAL**

### **EXCUSAS LEGALES ABSOLUTORIAS (ART. 489)**

**RAIMUNDO DEL RIO:** son circunstancias que favorecen a determinadas personas y eximen de sanción por mandamiento expreso de la ley, fundada en consideraciones de variado orden.

**JIMÉNEZ DE ASÚA:** son las que hacen un acto típico, antijurídico, imputable a un actor y culpable, no se asocia pena alguna por razones de utilidad pública.

**CURY:** son situaciones en las cuales el derecho renuncia a la punibilidad de una conducta típica, antijurídica y culpable por razones de utilidad social.

### **CARACTERISTICAS**

1. Son pocos los casos, en que la ley se abstiene de castigar y lo hace en atención a consideraciones político – criminales, esto es, de utilidad social y eficacia normativa, por lo tanto son situaciones excepcionales y muy calificadas establecidas por la ley taxativamente.

2. Son eminentemente personales, si en un delito hay varios partícipes, de los cuales uno se beneficia de una excusa legal absolutoria, la responsabilidad penal subsiste íntegramente para los demás.

3. Deja subsistente la responsabilidad penal emanada del delito.

4. Su efecto propio es impedir que nazca la responsabilidad penal.

5. Se aplica solo a delitos contra la propiedad que no suponen empleo de violación.

ETCHEBERRY estima que el único caso auténtico de excusa legal absolutoria en nuestra legislación es la situación contemplada en el art. 498 del Código Penal el que señala “exento de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil por los hurtos, defraudaciones o daños que

recíprocamente se causaren: los cónyuges y ciertos parientes señalados en la norma”. Luego agrega “que esta excepción no alcanza a los extraños que participaren del delito”.

### **CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD**

La doctrina alemana califica con esta denominación a ciertos eventos ajenos a la acción misma, pero cuya concurrencia es indispensable para que pueda entrar a aplicarse una pena (esta idea no debe extenderse exageradamente llegándose a confundir con situaciones que integran el tipo penal; como es la calidad de empleado público en la malversación; la existencia del feto en el caso del aborto). Retrata de circunstancias que no forman parte de la acción de la gente, ni son de las que se suponen indispensables para la pena configuración del hecho (como sería el caso del feto en el caso del aborto), sino que su concurrencia aparece como eventual, pero necesaria o indispensable para castigar la conducta.

El ejemplo mas claro en nuestro sistema es el protesto del cheque sin fondos en el delito de giro de cheques. El protesto es un acontecimiento realizado por un tercero (banco) facultativamente ya que el banco podría o no pagar el cheque aunque no tuvieran fondos. La culpabilidad de hechor no necesita cubrir la circunstancia de protesto. Pero sin protesto no hay pena posible ni un por tentativa de giro fraudulento.

Otro ejemplo, es el de la producción efectiva de la muerte (evento) en el delito de auxilio el suicidio.

### **ETAPAS DE DESARROLLO DEL DELITO O ITER CRIMINIS**

En el camino del delito distinguimos:

- a.- Fase Interna
- b.- Fase Externa

a.- **Fase Interna:** Es la que se desarrolla en la psiquis del individuo y en ella se presenta la etapa de ideación, deliberada y resolución; estas etapas se desarrollan en el transcurso del tiempo.

b.- **Fase Externa:** En esta etapa se comprende los actos preparatorios y los de ejecución.

#### **b1. LOS ACTOS PREPARATORIOS**

Dentro de la fase externa, por regla general, tampoco tienen sanción penal, excepcionalmente llevan una sanción legal.

Hay actos preparatorios penados que en si son constitutivos de delito, constituyen un tipo penal; por ser delito de peligro. Dos casos en el art. 445 y 481, C.P. (llaves, gonzúas, etc. Bombas explosivas).

- La proposición que se verifica cuando el que ha resultado cometer un crimen o simple delito, invita a su ejecución a otra u otras personas. Es un acto preparatorio, pero excepcionalmente se castiga (art. 8).

- La conspiración o complot, que existe cuando dos o más personas se conciertan para ejecución de un crimen o simple delito (art. 8).

## **b.2. ACTOS DE EJECUCION**

Estos actos comienzan con la tentativa del delito. Mas allá de esta encontramos el delito frustrado y posteriormente el consumado, (art. 7).

**Art. 7.-** Son punibles no solo el crimen o simple delito consumado sino el frustrado y la tentativa.

Las faltas los autores las incluyen, y se ha señalado que de acuerdo al art. 9 del código Penal. las faltas solo se castigan cuando han sido consumadas.

### **1.- Tentativa:**

Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero falta uno o más para su complemento (art. 7).

*Los requisitos de la tentativa son:*

#### **a.- Requisitos objetivos**

**a.1.-** Realización de hechos externos: Este requisito es semejante al de los actos preparatorios; sin él no nos encontraríamos en la fase externa del delito.

**a.2.-** Estos hechos deben representar un comienzo de ejecución, por que de lo contrario serian actos preparatorios.

**a.3.-** El tercer factor, seria la consideración de la virtud causal del acto ejecutado con relación al resultado que se desea evitar. La virtud causal debe apreciarse según el criterio general de causalidad, según la previsibilidad objetiva del resultado situándonos en el momento y circunstancias del acto realizado. Esto será juzgado por el observado externo.

**a.4.-** Estos hechos deben ser idóneos par ala obtención del resultado. No lo exige en forma expresa el texto legal, pero ello se desprende de la definición de tentativa como el comienzo de ejecución de un crimen o simple delito. Estos últimos están definidos como acciones u omisiones voluntarias penadas por la ley. Luego, no puede decirse que ha comenzado a ejecutar, que esta ejecutando, una acción penada por la ley (cualquiera sea su intención) quien realiza actos que jamás podrán llegar a producir el resultado constitutivo de tal acción penada por la ley. Se habla de aptitud causal del hecho y por eso si no concurre este requisito se habla de delito imposible o tentativa in idónea.

**a.5.-** Para la producción del resultado debe faltar todavía uno o más actos. No basta que el resultado no se haya verificado, porque esto ocurre también en delito frustrado. Es necesario que

el delincuente todavía no haya realizado todos los actos que él debía ejecutar para la producción del resultado.

Se ha planteado un problema. La interrupción de la actividad del agente que determina la existencia de la tentativa puede deberse a dos factores diferentes:

- A una determinación voluntaria del que obra,
- A la intervención de elementos extraños a el (persona o cosas).
- 

En el último caso no hay duda que la tentativa es sancionada, punible. Pero en el primer caso estamos ante el desistimiento de la tentativa o tentativa abandonada, que en la generalidad de las legislaciones y en la doctrina no es punible.

El desistimiento debe ser voluntario y se acepta aun cuando sea motivado por temor a ser descubierto o por temor a fallar en el fin perseguido.

#### **b.- Requisitos subjetivos.-**

Se exige en el sujeto representación del resultado (con cualquier grado de probabilidad); propósito dirigido a su obtención, y motivación formal (exigibilidad). Es decir, se exige la voluntad finalista calificada de dolo directo. El texto legal es claro al requerir que existen hechos directos, o sea, dirigidos hacia el resultado. La voluntad finalista debe haberse determinado precisamente teniendo en vista la obtención del resultado.

Se ha señalado que el dolo en la tentativa desempeña una función indicaría del fin perseguido, ya que como no hay resultado será su intención la que califique la tentativa y por ello no hay tentativa en los cuasidelitos.

La penalidad de la tentativa esta en general determinada en función de la penalidad del delito consumado respectivo. Por ello la tentativa de los delitos, en cuanto a la pena, tiene dos grados menos que el delito consumado.

#### **2.- Delito Frustrado:**

Hay crimen o simple delito frustrado cuando el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que crimen o simple delito se consume y esto no se verifica por causas independientes de su voluntad.

Se dice que desde un punto de vista subjetivo hay delito consumado.

En la frustración el agente realiza todos los actos necesarios para que el delito se consume, ya que no queda nada más que hacer. El delito esta subjetivamente consumado, ha terminado la intervención del individuo. El resultado no se produce por causas independientes de su voluntad. No hay consumación por causas ajenas al hechor.

Se mencionan como ejemplo los siguientes:

1- En un robo el individuo ha entrado a una casa rompiendo el vidrio de una ventana ha llenado una bolsa con cosas y cuando esta cerrando la puerta del antejardín es sorprendido por la policía que lo detiene.

2- En un homicidio un sujeto que quiere matar a otro al verlo sentado le apunta con un rifle y le dispara. En ese preciso momento, la eventual víctima se para el asiento y la bala no le da, pegando en el respaldo de la silla.

El delito frustrado se castiga con un grado de pena menor que el consumado y las faltas frustradas no se castigan.

Hay determinados delitos como el robo con violencia, el robo por sorpresa y el robo con fuerza cometido en lugar habitado que se castigan como consumados desde que están en estado de tentativa.

### **3.- Delito Consumado.-**

Es la etapa superior del iter criminis, corresponde a la pena y total relación de la descripción legal de cada figura delictiva.

Dispone el artículo 50 del Código Penal en su inciso segundo que *“siempre que la ley designe la pena de un delito, se entiende que la impone al delito consumado”*. “A los autores de crimen o simple delito frustrado y a los cómplices de crimen o simple delito consumado, se impondrá la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada por la ley para el crimen o simple delito”, conforme preceptúa el artículo 51; y así, las disposiciones siguientes `para los autores de tentativa de crimen o simple delito, a los cómplices de crimen o simple delito frustrado y a los encubridores de crimen o simple delito consumado (artículo 52), etc.

La regla, sin embargo, no es general. Así el artículo 450 del Código Penal que “los delitos a que se refiere el párrafo 2 y el artículo 440 del párrafo 3 de este Título *se castigaran como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa*”. Estos son el robo con violencia o intimidación en las personas y el robo con fuerza en las cosas efectuado en lugares habitados o destinados a la habitación o en sus dependencias.. Pero la jurisprudencia ha reacciones enérgicamente contra esta forma de legislar. En sentencia publicada en la Revista de Derecho y Jurisprudencia tomo 99, segunda parte, sección segunda, páginas 28 y siguientes, se estableció que *“por una ficción legal (art. 450 inciso 1º C. P.) se atribuye al injusto típico un grado de desarrollo más avanzado, el que nunca tuvo (consumación) y, en consecuencia, se atribuyó Al hechor una culpabilidad y una responsabilidad con respecto a un supuesto que no colmó efectivamente y que se **presume de derecho como realizado**”*. ***Se agrega que esta disposición establece una presunción de derecho de responsabilidad penal ya que el juez debe imponer la pena al delito no realizados en cuanto a su condición de consumado, lo que está prohibido por el artículo 19 N° 3 de la Constitución, afectándose normas sobre proporcionalidad de las penas, como principio limitativo del ius puniendi, plasmado en la Declaración de los derechos y deberes del hombre y del ciudadano, en 1795.***

## OTRAS FORMAS IMPERFECTAS DE DELITO

Con los problemas del iter se relacionan:

*Delito Imposible:* Se habla de delito imposible cuando los actos realizados por el sujeto no son idóneos causalmente para lograr el resultado perseguido Como:

Si se quiere dar muerte a alguien y se busca para matarlo, se encuentra durmiendo, le dispara, y en la autopsia se descubre que había muerto antes de un infarto.

Una mujer creyendo que esta embarazada se hace maniobras abortivas y resulta que no estaba en este caso de gravidez, sino que tenía un tumor.

*Delito Putativo:* El delito putativo es una conducta lícita que el autor por error cree delictiva.

*Delito Agotado.-* Algunos autores hablan todavía de una etapa posterior a la consumación que sería el delito agotado, en que el delincuente obtiene el propósito que perseguía al cometer el delito como el ladrón que vende cosas robadas.

### PARTICIPACION CRIMINAL

La descripción de los hechos típicos supone siempre la presencia de un sujeto activo, Este sujeto activo es el que ejecuta o realiza la acción descrita, o provoca el resultado señalado en el precepto respectivo. A veces, sin embargo, la ley señala la intervención, dentro de la misma descripción típica, de más de una persona. Ejemplos; cohecho art. 248, 249, 250, etc. Esto significa que puede haber varios coparticipes y puede haber varios coparticipes y puede ocurrir que no siempre sean coincidentes las actuaciones de uno y otro, ya sea en el plano objetivo o subjetivo.

De acuerdo a lo dicho se han formulado diversos principios, aun cuando se ha sostenido que en el sistema penal chileno para la solución del problema de la codelincuencia se sigue el principio de la voluntariedad, es decir, se utiliza el criterio subjetivo.

Es la voluntad de la persona, que quiere hacer suyo el hecho pese a no haber realizado la acción típica, la determina la forma de participación.

Debemos señalar que existen principios generales que gobiernan el funcionamiento de las disposiciones sobre participación. Téngase presente, en consecuencia, que estas reglas se aplicaran:

- 1.- Cuando intervengan dos o mas personas en un delito, y
- 2.- Cuando, además la Ley, en la parte especial, no haya señalado expresamente el régimen de penalidad de cada una de ellas.

**a.- Principio de la Convergencia:**

En conformidad a este principio la participación criminal supone un concurso objetivo en los hechos y subjetivo en las voluntades. Si no existe este doble concurso la conducta y la responsabilidad penal de cada uno debe apreciarse en forma independiente.

**b.- Principio de la Accesoriedad:** Hemos dicho que en la participación se incluyen conductas que no consisten en la ejecución misma de la acción típica, pero cuya punibilidad esta subordinada a que alguien realmente la ejecute, aunque sea en grado de tentativa. Esta característica determina que la participación sea calificada de accesoria por la que respecta a la conducta del ejecutor (o autor principal).

**c.- Principio de la Exterioridad:** Este principio significa simplemente que para la punibilidad o castigo de las conductas que no consisten directamente en la realización del hecho típico, es necesario que este hecho haya llegado a ejecutarse por otra persona, es decir, debe haber una exteriorización mínima; las solas conductas marginales, atípicas, no son suficientes para fundamentar la pena.

**d.- Principio de la Comunicación:** (art. 63 y 64 C.P.) es posible que en la comisión de un hecho concurren determinadas circunstancias con respecto de alguno de los coparticipes y no con respecto de los demás. Estas circunstancias consideradas, aisladamente, determinarían una penalidad diferente para cada partcipe. El problema central radica aquí en determinar si, por el hecho de tratarse de una obra común, tanto en lo objetivo como en lo subjetivo, estas circunstancias afectan a la totalidad de los participes o no.

La regla está en el art. 64 de donde se puede desprender que las circunstancias personales como por ej. Las agravantes y atenuantes, no se comunican; y respecto de circunstancias materiales o reales que dicen relación con la ejecución material del hecho o en los medios empleados para cometerlo servirán para atenuar o agravar la responsabilidad únicamente de los que tuvieren conocimiento de ellas antes o en el momento de la acción o de su cooperación para el delito. Este último es arduamente discutido en la doctrina y no hay solución unánime en la jurisprudencia.

En lo único que ha habido acuerdo es que si una persona comete, por ejemplo, parricidio, el coautor del hecho cometerá solamente homicidio si es una persona extraña a la víctima.

En una malversación de caudales públicos interviene empleado público con otra persona que no lo es, se discute que delito cometería el último de ellos. Para algunos cometería malversación, para otros cometería otro delito (apropiación indebida, hurto.).

**FORMAS DE INTERVENCION EN LOS DELITOS**

Se puede participar en un delito como autor, cómplice o encubridor (art. 15).

*Los autores y cómplices intervienen en el delito con anterioridad a él o en el momento mismo de la ejecución y los encubridores aparecen una vez que el delito ya se ha cometido, es decir, participan con posterioridad a la realización de delito.*

#### DELIMITACION ENTRE PARTICIPACION Y AUTORIA

La autoría es la base sobre la que se exige todo concurso de personas en el delito. Así es perfectamente concebible una autoría sin participación, resulta en cambio, inconcebible la idea de una participación sin una autoría. Por tanto, es necesario trazar la frontera que divide ambos conceptos. Existen varios criterios:

a.- Teoría subjetiva causal; es autor todo aquel que ha puesto una condición para la acusación del resultado típico. El concepto de autor es extensivo. Así será autor el que se siente hurtando. Se considera al aspecto interno subjetivo. *“El que se siente delinquiendo”*.

En Chile no se sigue esta teoría, porque los art. 16 y 17 C.P. Colocan a la autoría como figura central del delito y para esta teoría sería un concepto residual.

b.- Teoría formal objetiva; es autor quien ha realizado una parte cualquiera del tipo, entendiendo en el sentido objetivo, por lo tanto vale el acto exterior más que el aspecto subjetivo. Vale el hecho materializado por el autor (concepto restringido de autor).

c.- Teoría del dominio de la acción, del hecho o del acto; es de origen alemán y luego pasa a España. El concepto de autor debe obtenerse atendiendo al dominio que objetivamente ejerce el sujeto sobre la conducción de la acción. Autor es quien posee el dominio final de la acción tanto objetiva como subjetiva.

### **1.- LOS AUTORES**

Están contemplados en el art. 15 del C.P., mas este artículo no menciona **“quien es autor”**, sino que **“a quien se considera autor”**. Y de este modo se ha ampliado notablemente el concepto de autor en términos tales, que ha dejado reducido a los cómplices a una expresión mínima, toda vez que se ha considerado a quienes en verdad son cómplices.

#### **Se considera autores:**

**1.- Los que toman parte en la ejecución del hecho, sea de una manera inmediata y directa, sea impidiendo o procurando impedir que se evite.**

**2.- Los que fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo.**

**3.- Los que, concertados para la ejecución, facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho o lo presencian sin tomar parte inmediata de él.**

La doctrina acostumbra a clasificar a los autores en:

**a.- Autores ejecutores.**

**b.- Autores indirectos.**

**c.- Autores cooperadores.**

**a.- Autores ejecutores:**

Corresponden a los contemplados en el art. 15 N° 1, “los que toman parte en la ejecución del hecho, sea de manera inmediata y directa, sea impidiendo o procurando impedir que se evite”, de lo expuesto se desprende que hay dos formas de autoría ejecutora:

**a.1.-** Tomar parte en la ejecución del hecho, sea de manera inmediata y directa, significa realizar por si mismo total o parcialmente la acción típica descrita por la ley, o causar el resultado allí previsto por el acto propio sin valerse de intermediarios. Significa herir, matar, sustraer, violar, etc.

Si hay dos más ejecutores debe haber convergencia de voluntades.

**a.2.-** Impedir o procurar impedir que se evite. En este caso la situación es diferente a la anterior. El delito ordinariamente quedara en tentativa o frustración.

Ejemplo, si Juan advierte que Pedro esta matando a Daniel, e interviene para alejar a la policía que se aproxima esta interviniendo, aunque no este realizando la acción de matar, es la ley la que lo asimila a tal caso. Si un sujeto cubre la ventana con una frazada mientras su compañero viola a una mujer esta interviniendo de esta forma.

**b.- Autores Indirectos:**

Art. 15 N° 2, “Los que fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo”. Aquí se distinguen dos situaciones:

**b.1.-** Forzar a otro a ejecutar el hecho. Forzar significa obtener de otro la realización de una conducta delictiva, merced de coacción intimidación o amenaza.

**b.2.-** Inducir directamente a otro a ejecutarlo. La ley no habla de delito, sino de hecho

Inducir significa hacer nacer en otro la resolución de hacer algo y esta inducción debe ser **directa**, esto es, relacionada con un hecho concreto y determinante y respecto, también, de una persona determinada, aunque su identidad no esta todavía precisada. Los malos consejos no constituyen inducción.

Se dice que la inducción debe ser **eficaz**, esto es, que efectivamente debe hacer nacer la determinación de realizar un hecho constitutivo de delito.

Si el inducido, no lleva a cabo el delito o si ya había concebido por si solo la determinación de ejecutarlo, antes de intervenir el inductor no se da esta forma de participación.

Si la acción del inductor hace nacer en el inducido la determinación de cometer un delito, pero diferente de aquel que le ha propuesto el inductor, tampoco se da esta forma de participación.

La inducción, cuando se trata de verdadera coparticipación, exige también, concurrencia de voluntades, que en este caso, por la propia naturaleza de la inducción, consistiría necesariamente en un concierto.

### **c.- Autores Cooperadores, Secundarios, Auxiliares o cómplices:**

Art. 15 N° 3, a estos se les denomina también, autores cómplices, “los que concertados para su ejecución, facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho o lo presencian sin tomar parte inmediata en él”.

**c.1.-** Facilitar los medios con que se lleva a efecto el hecho. Debe haber concierto previo y la facilitación de medios debe ser eficaz, es decir, contribuir efectivamente en la realización del hecho. Si por ej. Dos personas se concertan para matar a otra y una le facilita al hechor ejecutor, un revolver para que lleve a cabo el homicidio y este da muerte a la víctima con arma blanca no se configura esta forma de coautoría.

**c.2.-** Presenciar el hecho sin tomar parte inmediata en él. Aquí también debe haber un concierto previo. Esta incriminación se funda en una virtud puramente potencial de la presencia del partícipe. Aumenta la fuerza, el poder de los ejecutores y disminuye la posibilidad de defensa de la víctima, sin que tomen parte directa en la acción.

Se ha discutido en que número debemos encasillar al “loro”, que es una forma de intervención muy común en los delitos. La función que cumple esta persona es la vigilar mientras el autor ejecutor lleva a cabo el delito.

- Para algunos autores este personaje debe encasillarse en el 15 N° 1, segunda parte, ya que estaría procurando impedir que se evite el delito.

- Para otros, esta forma de participación corresponde al 15 N° 3, toda vez que, concertado con el autor o ejecutor para la realización del hecho, lo presencian sin tomar parte inmediata en él.

- Sergio Yañez, sustenta, por su parte, que esta forma de participación corresponderá solo a la de cómplice.

Los tribunales lo califican de autor.

## **2.- LOS COMPLICES**

Art. 16.- **Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperaran a la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos.**

CURY “es cómplice quien coopera dolosamente a la ejecución del hecho de otro, por actos anteriores o simultáneos”.

La extensión de la culpabilidad resulta bastante reducida por la amplitud del campo de la autoría. La calidad de cómplice se subsidiaría a la de autor, ya que para serlo es requisito indispensable no ser autor.

No es necesario una ayuda material, basta un auxilio moral o intelectual o bien una omisión (por ejemplo, dejar abierta una puerta).

La complicidad si bien supone el concurso de voluntades, excluye el concierto, porque de existir concierto los hechos son autores encasillándose en el N° 3 del art. 15. Para la doctrina, los verdaderos cómplices serían los del art. 15 N° 3.

Oportunidad a la cooperación: La cooperación del cómplice debe ser por actos anteriores o simultáneos (esta es la oportunidad que indica la ley). Si son actos posteriores a la consumación hablamos de encubrimiento.

Problema: que pasa respecto de quien interviene con posterioridad cumpliendo promesas anteriores a la ejecución del hecho:

- ETCHEBERRY, no es cómplice a lo más encubridor.

- CURY, para él la promesa constituye una forma de auxilio moral que basta para configurar la complicidad, pudiendo incluso haber sido determinante para la perpetración del hecho.

### **3.- LOS ENCUBRIDORES:**

Art. 17, C.P. El encubridor interviene en el crimen o simple delito con posterioridad a la perpetración del mismo y, por tanto, no es, verdaderamente, un partícipe del mismo; sino que solo es una ficción legal.

*Requisitos del encubridor.-*

**a.-** Conocimiento de la perpetración del crimen o simple delito o de los actos ejecutados para llevarlo a cabo. Esta última frase se refiere a la posibilidad de cubrir una tentativa o un delito frustrado. Del texto legal se desprende que no hay encubrimiento de faltas.

**b.-** No haber sido ni autor ni cómplice. La intervención del encubridor es subsidiaria.

**c.-** Debe intervenir con posterioridad a la ejecución del crimen o simple delito. Para Cury este es el elemento característico para la calificación.

**d.-** Debe intervenir de alguno de los modos siguientes (art. 17):

**d.1.-** Aprovechándose por sí mismo o facilitando a los delincuentes medios para que se aprovechen de los efectos del crimen o simple delito. (Aprovechamiento o reaceptación).

**d.2.-** Ocultando o inutilizando el cuerpo, los efectos e instrumentos del crimen o simple delito para impedir su descubrimiento (Favorecimiento real).

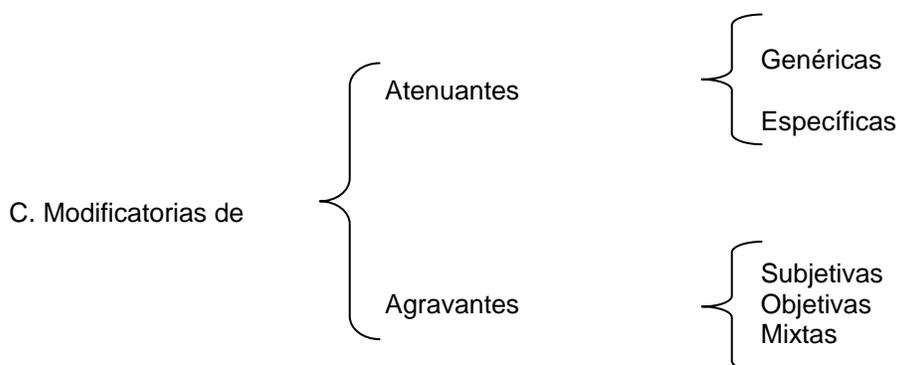
**d.3.-** Albergando, ocultando o proporcionando la fuga al culpable (Favorecimiento personal ocasional).

**d.4.-** Acogiendo, receptando o protegiendo habitualmente a los malhechores, sabiendo que lo son, aun sin conocimiento de los delitos que haya cometido, o facilitándole los medios de reunirse u ocultar sus armas o efectos o suministrándole auxilio o noticias, para que se guarden, prevengan o salven (favorecimiento personal habitual).

*Por ultimo, se establece que están exento de la pena impuesta los encubridores que lo sean de su cónyuge y de determinados parientes señalados en la ley (489, excusa legal absoluta).*

## CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

### ESQUEMA



### CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES (ART. 11 y otras)

Las circunstancias atenuantes denotan menor peligrosidad o temeridad de la gente o las mejores posibilidades que ofrece de readaptación social (del Río).

#### Clasificación de las Atenuantes

*Genéricas*; salvo indicación contraria por la ley, se aplican a todo delito y producen el efecto que en la parte general del código señala.

*Específicas*; rigen solo respecto de determinadas figuras de delitos, donde la ley las ha señalado y producen el efecto que allí mismo se indica.

En parte se trataran solo las circunstancias atenuantes genéricas; que están señaladas taxativamente en el art. 11 y también los arts. 71, 72 inciso 1 y 73.

Clasificación de las Agravantes Genéricas:

- 1.- Eximentes incompletas.
- 2.- Atenuantes fundadas en los móviles del agente.
- 3.- Atenuantes relativas a la personalidad del sujeto.
- 4.- Atenuantes que se fundan en la conducta del autor posterior al delito.

**1.- EXIMIENTES INCOMPLETAS**

El art. 11 N° 1 indica que son circunstancias atenuantes “las expresadas en el art. Anterior cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos”. El art. Anterior establece las circunstancias eximentes de responsabilidad penal y por esto que las circunstancias contempladas en el art. 11 N° 1 se llama “eximentes incompletas”.

Sin embargo, no todas las circunstancias eximentes pueden transformarse en atenuantes. Así se descarta la que se refiere al menor de 16 años, que no es susceptible de la división. También que expresa disposición legal la del art. 10 N° 8 (caso fortuito), que si es incompleta produce el efecto del art. 71: se sanciona como cuasidelito.

Para determinar que una eximente se transforme en atenuante es indispensable la concurrencia, por lo menos, del requisito básico esencial de la eximente por ej. La legítima defensa incompleta solo puede construirse si ha existido una agresión ilegítima; el estado de necesidad incompleto, únicamente cuando hubo un mal que se trataba de evitar.

**TRANSFORMACION DE EXIMENTES EN ATENUANTES**

*I. Eximentes que consta de requisitos (materialmente divisibles);*

- a. Legítima defensa, art. 10 N° 4, 5 y 6.
- b. Estado de necesidad, art. 10 N° 7.

a. y b. Pueden transformarse en atenuantes cuando no concurren todos los requisitos, pero nunca pueden faltar el requisito esencial.

De lo anterior puede darse dos casos:

- Falta algún requisito para configurar la eximente, pero concurre la mayor parte de ellos. Aquí la eximente incompleta pasa a ser una **atenuante privilegiada**, que de acuerdo con el art. 73 se impone obligatoriamente al culpable la pena inferior en 1, 2 o 3 grados al mínimo de los señalados

por la ley, determinando el juez la rebaja en atención al número y entidad de los requisitos que concurren y que falten.

- No alcanza a concurrir la mayor parte de los requisitos, aquí hay una atenuante, pero ya no es privilegiada y concurre como una más de las reglas generales sobre circunstancias atenuantes y agravantes.

II. *Eximentes que no constan de requisitos (moral o intelectualmente divisibles).*

a. art. 10 N° 1.

b. art. 10 N° 9.

c. art. 10 N° 10 y 12.

Se ha estimado que las eximentes que solo son moralmente divisibles también constituyen atenuantes cuando no se llega a concurrir con toda su intensidad la calidad o circunstancia que determina la exención siempre que concorra la base de la circunstancia: privado de razón (aunque no sea total; un derecho o un deber (aunque su ejercicio o cumplimiento no sean legítimos; fuerza o miedo (aunque no sea irresistible o insuperable); causa que motiva la omisión (aunque no llegue a ser insuperable).

En estas eximentes que no constan de requisitos no puede aplicarse las reglas del art. 73 sobre atenuantes privilegiadas; serán atenuantes corrientes y entrarán a regirse por las reglas generales de los arts. 62 y siguientes.

## 2. ATENUANTES FUNDADAS EN LOS MOVILES DEL AGENTE

ART. 11 N° 3, 4, 5 y 10.

Estas atenuantes tienen su fundamento en los móviles que hayan impulsado al delincuente, en particularidades relativas a la motivación del sujeto.

Las de los N° 3, 4, y 5 se llaman usualmente pasionales o emocionales; y las del N° 10 se denominan "haber obrado por celo de la justicia".

### ATENUANTES PASIONALES

Conforme a los N° 3, 4 y 5 del art. 11 de la ley concede una atenuación de la pena a quien ha obrado en circunstancias que normalmente provocan una perturbación anímica más o menos profunda (y por tanto una formación de la voluntad anómala), o al que lo ha hecho efectivamente alterado de manera significativa por cualquier causa capaz de ocasionar ese estado.

1.- Art. 11 N° 3 "La de haber precedido inmediatamente de parte del ofendido, provocación o amenaza proporcionada al delito".

Se admite, por la generalidad de la doctrina, que esta atenuante es subjetiva y que reconoce su raíz en el estado anímico que el hechor se produce a consecuencia de una provocación (ira), o amenaza (temor).

Provocación: Ejecución de una acción de tal naturaleza que produce en otra persona el ánimo de agredir a quien la realiza.

Amenaza: Acción humana (actos o palabras) que en forma implícita o explícita produzcan el convencimiento de que se intenta causar un daño a la persona amenazada o a alguien que le es afecto.

Es posible que la amenaza se haya formulado con respecto a otra persona que el autor (conyugue, parientes, etc.). aquí es necesario considerar esto con la relación emocional que la amenaza haya sido capaz de provocar en el agresor.

La provocación o amenaza debe ser proporcionada al delito y, además, debe haber precedido inmediatamente a la reacción del afectado.

2.- ART. 11 N° 4 "la de haberse ejecutado el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave causada al autor, a su cónyuge, a sus parientes legítimos por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, a sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos".

La vinculación es la venganza, la devolución de un mal con otro mal.

No proviene este acto, a diferencia del anterior, necesariamente de un estado emocional interno y pasajero, ya que la venganza puede coincidir con un estado de ánimo frío. Sin embargo, la ley exige que se obre en venganza próxima, excluyendo así la venganza por ofensas demasiado remotas en el tiempo.

Por tanto se exige que exista proximidad entre la ofensa y la conducta vindicativa.

Por otro lado la ofensa debe ser también grave para que de origen a una atenuante. La expresión ofensa es amplia comprende cualquier acción por la cual se haya causado daño a algún bien jurídico de que es titular el autor del delito o alguno de los parientes que señala la ley.

A veces una provocación o amenaza puede ser a la vez ofensiva y llevar a la idea que eventualmente concurren ambas atenuantes (N° 3 y 4). Sin embargo, los tribunales han resuelto que no cabe la superposición de estas atenuantes y que unos mismos hechos no pueden valorarse doblemente. Cosa diferente sería cuando las atenuantes se invocan basadas en hechos diferentes.

**3.- ART. 11 N° 5, "Obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebató y obcecación".**

De todas las atenuantes emocionales, esta es la única que descansa en la existencia real de una perturbación anímica del sujeto; ya que la ley se limita a describir los resultados producidos por la causa, en el ánimo de una persona.

Además es la mas amplia en cuanto a que no existen limitaciones respecto del tiempo en que deben producirse los estímulos, ni ha su naturaleza. Si se limita en cuanto a sus efectos desde que tienen como efecto natural el arrebató y la obcecación del autor del hecho, circunstancias que deben concurrir copulativamente.

No hay una definición legal de arrebató y obcecación, debiendo suplir dicha omisión la doctrina: así por **Arrebató** se entiende la perturbación intensa en la capacidad de auto control de una persona. **Obcecación** supone una alteración de las facultades intelectuales que impiden una adecuada dirección de la conducta conforme al sentido (E. CURY).

En ambos casos la posibilidad de autor para autodeterminarse con arreglo a los mandatos y prohibiciones del derecho se encuentra mermada.

El arrebató y la obcecación deben ser el resultado de un estímulo tan poderoso que los hayan producido naturalmente.

#### 4.- ART. 11 Nº 10 "**Haber obrado por celo de la justicia**"

El fundamento de la atenuación se encuentra en la naturaleza especial del móvil, que aquí es especialmente valioso, donde el sujeto llega hasta la ejecución del hecho típico por amor a la justicia, excediéndose y lesionando otros bienes sociales.

El celo de la justicia tiene que haber sido el **único** móvil detrás del acto realizado, ya que si se aprovecha del cumplimiento de un deber para ejecutar otros actos que son delictivos, impulsando el autor por otros móviles, no hay razón para conceder la atenuante.

El celo de la justicia supone en el hechor el pensamiento de que su actitud es necesaria o, al menos, conveniente para que la ley se imponga.

### 3.- ATENUANTES FUNDADAS EN LA PERSONALIDAD DEL AGENTE

#### Art. 11 Nº 6 "**Si la conducta anterior del delincuente ha sido irreprochable**"

Para Cury estas atenuantes están constituidas solamente por la irreprochable conducta anterior del agente; mas, para Etcheberry, debe considerar además, la edad del hechor. Su real sentido lo señalan Gustavo y Gastón González Parada en su Memoria de Prueba sobre "Las Circunstancias Atenuantes y Agravantes en la Doctrina y la Jurisprudencia", página 189: "La razón de ser de la atenuante es un principio de humanidad, ya que se toma en consideración la conducta que el agente del delito ha observado antes de la comisión de éste. Si el hechor ha sido un buen elemento social, cumplidor con las disposiciones legales, respetuoso de la autoridad, observador de las normas de convivencia, *evidencia a los ojos del legislador una menor peligrosidad que debe ser considerada por el sancionador al imponer la pena*". Destacamos el concepto empleado por los memoristas de peligrosidad, ya que es ésta la que hoy se inclina la doctrina al momento de determinar la pena.

##### a.- *Irreprochable conducta anterior del delincuente*

La ley exige una conducta anterior irreprochable, esto es, exenta de tacha. Basta establecer que el sujeto (autor) se abstuvo siempre de obrar mal.

El legislador no ha precisado que se entiende por conducta irreprochable. En la practica se entiende que exige, por lo menos, un requisito negativo, "no haber sido condenado con

anterioridad” (la Jurisprudencia así lo entiende). Se acredita con el extracto de filiación, antecedentes sin anotaciones pretéritas y dos testigos.

En un aspecto positivo, la expresión irreprochable parece extenderse al campo de la moral y de las buenas costumbres. Hay quienes, no obstante, lo han entendido en un sentido estrictamente legal: la ley no puede inmiscuirse en la moralidad privada de los ciudadanos, mientras ella no repercuta en su actuación social, sostienen. No es éste el parecer de los memoristas citados –ni el nuestro- cuando dicen: “el que viola los principios morales de una sociedad *no puede exhibir una conducta libre de reproches*”. Así lo entendió alguna vez la Corte de Apelaciones de Concepción al establecer que “en efecto la causal en estudio exige una conducta anterior no solo buena sino también que no haya lugar a ningún reproche y no puede estimarse que el reo se encuentre en tal situación, ya que de autos consta, que Celestina González fue su concubina y el mismo reconoce además, que la echó de la casa” (citado por hermanos González Parada, obra mencionada, página 189. En igual sentido Cortes de Apelaciones de Talca y Valparaíso, misma cita, página 190). Los autores en referencia reconocen que la jurisprudencia no había sido uniforme a la fecha en que escribieron (1961); pero ellos adhieren a la doctrina mencionada y critica n los fallos orientados en dirección contraria: las sentencias que niegan el aspecto moral para obstar a la configuración de la atenuante en comento, no se compadecen con el concepto de “irreprochabilidad”, “esto es, una conducta EXCENTA DE REPROCHES” (PÁGINA 190)

La ley no ha contemplado la prescripción para dejar de considerar a virtud del transcurso del tiempo los malos antecedentes anteriores, como ocurre con la reincidencia (artículo 104 del Código Penal); pero la doctrina y especialmente la jurisprudencia, tal vez aplicando la analogía (vedada, en general, en materia penal), la ha admitido. Así sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción citada por González Parada (página 192): reconociendo que el extracto de filiación del procesado registraba condena anterior, la admitió señalando que “...lo cierto es que, con posterioridad a dicho delito y con anterioridad al que ahora ha sido procesado, transcurrieron veinticuatro años, tiempo superior al de la prescripción de la acción penal y de la pena y que racionalmente debe estimarse bastante para considerar el antecedente de u conducta anterior irreprochable como causal de atenuación reglada en el N ° 6 del artículo 11 del Código Penal”.

Este criterio ha continuado siendo aplicable por los tribunales, lo que se compadece el criterio actual, al que adherimos, que en rigor la pena debe ser morigerada o agravada más que por razones formales, considerando la peligrosidad del delincuente, objetivo esencial para restar de circulación a un individuo.

Como prueba de la concurrencia de esta atenuante, se acepta el extracto de filiación, pero no se limita a esta sola prueba y se abre espacio para otras. Así, se admite que el que tiene hogar establecido, familia conformada, buena reputación social en el medio en que se desenvuelve, etc., es acreedor a esta atenuante.

#### b.- La edad (artículo 72 del Código Penal)

Es una atenuante privilegiada.

El menor de 18 años (se entiende que el mayor de 16, de lo contrario estaría exento de responsabilidad) que ha obrado con discernimiento (el que ha obrado sin el esta igualmente exento), recibe la pena inferior en grado al mínimo señalado por la ley al delito de que se trata, y

ello sin perjuicio de las demás atenuantes que puedan favorecerlo. La ley presume una imputabilidad disminuida en razón de poca madurez mental.

#### 4.- ATENUANTES RELATIVAS A LA CONDUCTA DEL AUTOR POSTERIOR AL DELITO (ART. 11 N° 7, 8 Y 9)

Son conductas desplegadas por el sujeto después de consumado el delito o de haberse suspendido su ejecución por causas independientes a su voluntad.

##### 1.- Art. 11 N° 7 “***Si ha procurado con celo reparar el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias***”

Supone un requisito previo: que se haya causado un mal, es decir, que se haya cometido un delito al menos en grado de tentativa. La ley supone el despliegue por el agente de una actividad que se realiza después de que el delito se haya consumado o si ha quedado en grado de tentativa o frustración.

Si el actor actúa evitando voluntariamente la consumación, se está frente al desistimiento, que da lugar a la impunidad y no a la atenuación.

Hay dos maneras de configurar esta atenuante; pueden concurrir ambas, pero la ley no lo exige:

**a.- Procurar la reparación del mal causado.** A veces el mal podrá ser separado o borrado materialmente, otras por su naturaleza, el daño es irreversible, y en tal caso la reparación podrá hacerse por vía de sustitución; por ejemplo, indemnización en dinero.

La ley no exige que efectivamente se haya llegado a reparar el daño, sino que el reo haya procurado hacerlo dentro de sus posibilidades “***con celo***”.

El reo puede reparar el daño directamente, por sí mismo o bien obteniendo de otros esta reparación, siempre que la intervención de terceros se deba a esfuerzos del reo.

Es importante tener en cuenta el art. 456 que dice que “la mera restitución de las especies hurtadas y robadas no basta para constituir esta atenuante en los delitos de robo y hurto”.

**b.- Procurar impedir las ulteriores perniciosas consecuencias.** Esto ocurre cuando el mal causado, por su naturaleza y circunstancias, tiende a producir otros efectos independientemente de la acción misma del reo. Ejemplo; el que ha herido a otro y lo lleva a un hospital para que muera.

No se exige que efectivamente se impidan las consecuencias, basta con que se procure impedir las.

En ambos casos es indispensable que el hecho haya obrado con celo, es decir, con preocupación, desplegando sus mayores posibilidades para reparar el mal o impedir sus consecuencias.

Se ha fallado recientemente por la Corte Suprema con criterio restrictivo respecto de esta atenuante. Se dijo, en efecto, lo siguiente: “que en lo concerniente a la circunstancia atenuante de responsabilidad penal establecida en el número 7 del artículo 11 del Código Penal, ella no podrá ser acogida. En primer término, la conducta inmediatamente posterior al ejercicio de la violencia inusitada que acabó con la vida del detenido Palma Salgado responde simplemente a la mínima obligación exigible a quienes habían colocado la vida del sujeto en riesgo de muerte. Dicho de otra forma, *su hacer precedente los obligaba perentoriamente a intentar la obtención de ayuda médica especializada que pudiese revertir el curso causal que ellos habían impulsado. En consecuencia, en opinión de este sentenciador, no puede premiarse el mero cumplimiento de una obligación derivada de una conducta previa intensamente reprochable y que surge como un imperativo ético mínimo.* - Que, por otra parte, la reparación del mal causado, para ser celosa, en modo alguno se habría satisfecho con la elemental acción de trasladar al detenido golpeado a una clínica, *conducta que no solo era de una obviedad absoluta sino que probablemente estuvo animada por el deseo de evitarse problemas judiciales inminentes antes que por auténtica preocupación por la víctima de sus ilícitas conductas*”.- La misma sentencia añade que obsta al reconocimiento de la atenuante la negación y tergiversación del relato de los acontecimientos efectuados por los hechores en procura de sus descargos, lo que demuestra –dice el fallo- “que no era la vida de la víctima lo que realmente les preocupaba en ese momento, sino su situación judicial que ya en ciernes se les aparecía como amenazante. Una vez consumado el delito, ninguno de los procesados fue capaz de reconocer un hecho que a la luz de la autopsia se tornó evidente, y, *en lugar del arrepentimiento y la asunción de responsabilidad para con la familia de la víctima, simplemente mantuvieron durante todo el proceso una versión a todas luces imposible de creer, aludiendo a explicaciones menudo infantiles respecto de cómo se habría lesionado durante el trayecto desde el recinto militar hasta el centro asistencial. Una reparación celosa habría exigido, a lo menos, un intento para solventar gastos fúnebres o un depósito regular de dinero para colaborar con la familia de la víctima*”. (Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 99, segunda parte, sección cuarta, páginas 80 y siguientes).-

**2.- Art. 11 N° 8, “Si pudiendo eludir la acción de la justicia por medio de la fuga u ocultándose, se ha denunciado y confesado el delito”.-**

La mayoría de la doctrina considera que el fundamento de esta atenuante es básicamente práctico: se premia al hechor por que con su conducta favorece la acción de la justicia.

Esta atenuante exige por parte del delincuente dos actitudes copulativas: denunciarse y confesar el delito.

**Denunciarse.** Esta expresión se discutió ampliamente durante la vigencia del antiguo sistema procesal penal, regido por el Código de Procedimiento Penal. Se sostenía que no estaba empleada en el sentido técnico que le atribuía el art. 82 del CPP, como una de las maneras de comenzar el procedimiento judicial criminal; sino que en el sentido de entregarse a la justicia o comparecer ante ella, sin embargo que el procedimiento ya se hubiere iniciado por querrela o por denuncia de un tercero.

Vigente el nuevo sistema procesal penal parece existir mayor precisión al respecto. Así Alex Carocca Pérez en su libro “El nuevo sistema procesal penal”, señala que “la investigación de un hecho que revistiere caracteres de delito podrá iniciarse de oficio por el Ministerio Público, o por denuncia –realizada generalmente ante la Policía (Carabineros de Chile o Policía de Investigaciones), o directamente ante el juez de garantía o el Ministerio Público. Señala el artículo

172 inciso primero del Código Procesal Penal. Luego considera la “denuncia”, la que define como *“la noticia o aviso, que sin la intención de figurar como parte en el proceso consiguiente, da cualquier persona a las autoridades competentes, de la probable comisión de un hecho ilícito penal, para que inicien la investigación que corresponda”* (página 111). Agreguemos que el artículo 54 Código del ramo dispone que “en los delitos de acción pública previa instancia particular no podrá procederse de oficio sin que, a lo menos, el ofendido por el delito hubiere denunciado el hecho a la justicia, al ministerio público o a la policía”. Pro el artículo 172 dispone como forma de iniciar una investigación de un hecho que revistiere caracteres de delito, “de oficio por el ministerio público, por denuncia o por querrela”. Y la denuncia puede efectuarla “cualquier persona” ante el ministerio público, denuncia que no revestirá mayores formalidades, conforme lo dispone el artículo 174 del Código Procesal Penal; aún verbal.

De lo expuesto parece que en rigor procesal la denuncia del hechor queda bastante limitada como medio efectivo de poner en funcionamiento el aparato investigativo policial y judicial, por lo que para los efectos de la atenuante en comento bastará con cualquiera manifestación que éste haga ante la autoridad policial o judicial, ya que, obviamente, la actividad investigativa posterior no depende de él, sino de quien la recibió.

Como hemos adherido a la postura de apoyar la menor peligrosidad del hechor, ora por actos anteriores o posteriores al delito, y nos resulta claro que quien se denuncia ejecuta un acto de arrepentimiento (menor peligrosidad), es justo considerarle la atenuante.

Se ha fallado que el límite temporal para hacer una autodenuncia lo es hasta antes que se hubiere comenzado a investigar el delito (Ver Memoria de hermanos González Parada antes citada, páginas 202 y 203).

**Confesar**, el sujeto debe, además, formular su confesión en el sentido de reconocer su participación en el hecho punible.

El que se denunció y confeso solo se beneficia de la atenuante si contaba con la posibilidad “de eludir la acción de la justicia por medio de la fuga u ocultándose”, lo cual se desprenderá de los antecedentes del proceso, y será parte de la investigación del juez.

3.- Art. 11 N° 9, **“Si se ha colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos”**

Puede ocurrir que gracias a la confesión aparezcan nuevos antecedentes que se sumen a ella y contribuyan a reforzar la prueba de su participación, lo que no obsta a la existencia de la atenuante. En cambio, si impediría la atenuante si aparecen nuevos antecedentes no debidos a la confesión que acrediten su participación delictual.

## **CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES (ART. 12)**

Estas circunstancias se encuentran taxativamente enumeradas en el art. 12 del C.P., entendiéndose complementada dicha norma con el art. 72 inciso 2 del mismo cuerpo legal.

Al estudiar las atenuantes manifestamos que en gran medida se fundamentan en que el agente no era de alta peligrosidad para la sociedad y siendo posible su reinserción social se

contemplaba en estas circunstancias para morigerar el castigo por el hecho delictual. En cambio, en el tema de las agravantes la situación es diversa, toda vez que estas situaciones las ha contemplado el legislador en atención precisamente a la peligrosidad demostrada por el hechor en grado tal que el ordenamiento jurídico, atendida la naturaleza del hecho punible, eleva el castigo correspondiente a la figura respectiva.

Cuello Calon dice que son circunstancias que concurriendo en la ejecución del delito hacen que la gravedad del mismo exceda el termino medio de la pena aplica la ley.

Las circunstancias que agravan la responsabilidad revelan en el delincuente una mayor perversidad y peligrosidad, aumentando la intensidad jurídica del hecho y por ende la responsabilidad del autor.

### CLASIFICACION DE LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

Durante un tiempo se sostuvo que todas las agravantes eran de naturaleza subjetiva, en el sentido que implican una mayor perversidad y peligrosidad del delincuente en cuyo accionar concurren.

En la actualidad se diferencian las agravantes objetivas y las subjetivas.

Desde otro punto de vista también se diferencian las agravantes genéricas, contempladas en el art. 12 y las específicas, contempladas en la legislación diseminada; por ej. 106 inciso 1, 112 inciso 3, 144 inciso 2, etc.

### AGRAVANTES SUBJETIVAS Y OBJETIVAS

Es importante esta dirección en relación al art. 64 del C.P. relativo a la comunicabilidad.

Las agravantes subjetivas por una parte se basan en **características personales del sujeto**, y por otra en los **ánimos, tendencias o actitudes especiales** que se exigen del sujeto. Ej. Del primer tipo son las N° 7, 8, 14, 15, 16 y el segundo grupo N° 1, 2, 5 parte primera y 6.

Las agravantes objetivas son las que se refieren al hecho punible por ej. Al lugar o el medio de ejecutar la acción. Están constituidas por los N° 3, 4, 5 parte final 10, 11, 12, 13, 17, 18 y 19.

Fuera de los casos contemplados en el art. 12 se encuentra la situación del art. 72 constituido por una agravante subjetiva especial.

## **AGRAVANTES SUBJETIVAS**

### **- AGRAVANTES FUNDADAS EN LOS ANIMOS, TENDENCIAS O ACTITUDES QUE SE EXIGEN DEL SUJETO:**

Art. 12 N° 1 "Cometer el delito contra las personas con alevosía, entendiend que la hay cuando se obra a traición o sobre seguro"

La alevosía puede consistir en obrar a traición o sobre seguro (cualquiera de estas alternativas basta). Se obra a traición engañando el hechor sobre sus propósitos, aprovechando la confianza que la víctima o un tercer han depositado en él, o que este se ha granjeado con este

objeto (desde este punto de vista la alevosía constituiría un auténtico “abuso de confianza”); se obra sobre seguro buscando o aprovechando circunstancias materiales que faciliten el éxito o procuren la impunidad, es decir, la víctima se encuentra o la han puesto en estado de indefensión. En todo caso, estas circunstancias supone el ánimo alevoso, como se desprende de su naturaleza.

La alevosía es una circunstancia que presenta numerosas dificultades de doctrina.

Cuando el estado de indefensión de la víctima preexiste, podrá apreciarse alevosía si esa condición fue decisiva para la ejecución del delito por el autor. Por el contrario, si es patente que el agente habría actuado aunque el sujeto pasivo hubiere contado con la posibilidad de oponerle resistencia efectiva, la agravante debe ser descartada.

Cuando se trata del caso de víctimas que no ofrecen alternativas de oposición (ejemplo; ciegos, niños, ancianos), la mayor parte de la doctrina tiende a negar la alevosía por estimar que se opone a su apreciación el art. 63 ya que es de tal modo inherente al delito que sin la concurrencia de ella, este no puede cometerse.

Por el requisito subjetivo que forma parte de esta causal esta no se comunica a los partícipes en los cuales esta alevosía no concurre.

Art. 12 N° 2 “**Cometer el delito mediante precio, recompensa o promesa**”

Presupone la intervención de, a lo menos dos personas en el delito, una de las cuales actuara como autor indirecto y la otra como autor material.

La doctrina plantea la exigencia de celebración de un acuerdo o pacto previo, relativo a la recompensa, aunque no su recepción por parte de instigado. Por lo tanto, no debe apreciarse la agravante si el autor estaba ya definitivamente resuelto para delinquir y se le ofrece un precio o remuneración.

**Por precio**, debe entenderse el valor pecuniario en que se estima una cosa o servicio.

**Recompensa**, cualquier otro premio distinto del pecuniario, debiendo ser susceptible de apreciación pecuniaria.

La mención de la Promesa, indica que es posible que la retribución se haya convenido para después de realizado el hecho, sin embargo, es preciso que exista un acuerdo expreso entre las partes. No constituye la agravante la simple esperanza de recibir, eventualmente, una remuneración por el agrado que causara a otro la comisión del delito.

Los efectos de este N° alcanzan tanto al autor material del hecho como a quien lo ha inducido a ejecutarlo (instigador). Sin embargo, una parte de la doctrina estima que esta agravante solo debe aumentar la pena del autor material (Novoa).

El fundamento de la agravación radica en un aumento de la reprochabilidad determinada por la bajeza del móvil. El autor está dispuesto vulnerar la norma por obtener una ganancia.

Debido al componente subjetivo que la integra esta agravante no se comunica a los partícipes en quienes no concurren.

Art. 12 N° 5, 1° parte “**En los delitos contra las personas, obrar con premeditación conocida**”

Se señala que existen tres criterios fundamentales acerca de la naturaleza de la premeditación: cronológico, e ideológico.

Desde el punto de vista cronológico, la premeditación se caracteriza por el transcurso de un cierto lapso entre el momento en que el autor adopta la resolución de cometer el delito, y la ejecución del mismo. Lo propio de la agravante consiste en la persistencia de la voluntad criminal.

Desde el punto de vista psicológico, la premeditación se caracteriza por una actitud anímica que observa el sujeto desde que resuelve la ejecución del delito hasta que lo lleva a cabo. Obra premeditadamente quien toma la decisión de delinquir con “frialidad de ánimo”, es decir, sin dar cabida a vacilaciones. Persistencia, maduración.

Desde una perspectiva ideológica, en la premeditación existe la deliberación interna, se ven las ventajas e inconvenientes que el delito presenta.

Por otro lado, la premeditación debe ser “**conocida**”, con lo que la norma legal subraya que no puede presumirse por el solo hecho de que haya transcurrido un cierto lapso entre el momento de la ideación del delito y el de su ejecución. Es preciso que en el proceso se encuentren acreditados actos del reo en los cuales aparezcan de manifiesto la reflexión preliminar y la efectiva permanencia de la decisión.

Según el art. 12 N° 5, la premeditación solo agrava la pena de los delitos que atentan contra las personas.

En atención a que se trata de una agravante con características subjetivas manifiestas, no se comunica a los partícipes en quienes no concurre.

Art. 12 N° 6 “**Abusar el delincuente de la superioridad de su sexo, de sus fuerzas o de las armas, en términos que el ofendido no pudiera defenderse con probabilidades de repeler la ofensa**”.

Abusar, significa valerse o servirse. No basta con apreciar objetivamente la diferencia de los sexos, de la fuerza o de las armas, es necesario que el sujeto contemple esas circunstancias como factor decisivo para la perpetración del delito.

El fundamento de la agravante es prácticamente el mismo que el de la alevosía, con la cual tiende a confundirse, no obstante, ambas agravantes son incompatibles.

Puesto que el abuso presupone la concurrencia de una actitud subjetiva en el agente, la agravante no se comunica a los partícipes en los cuales esta no se presenta.

#### **- AGRAVANTES SUBJETIVAS BASADAS EN CIRCUNSTANCIAS PERSONALES DEL AGENTE**

Art. 12 N° 7 “**Cometer el delito con abuso de confianza**”

La confianza presupone la existencia de un vínculo del cual un tercero ha depositado una fe especial en el sujeto activo del delito.

Esta agravante es incompatible con aquellos delitos en los cuales el abuso de confianza constituye un elemento del tipo; ejemplo, apropiación indebida, violación de secreto, etc.

De acuerdo a lo dispuesto en el art. 64, esta agravante no es comunicable a los otros intervinientes en el acto punible.

Art. 12 N° 8 “**Prevalerse del carácter público que tenga el culpable**”

Carácter público, tiene todo aquel que es funcionario público en el sentido del art. 260 del C.P.

La ley presupone que a la persona a quien se le da este carácter se le ha entregado una forma de confianza pública (estrecha relación con la agravante del art. 12 N° 7).

Prevalerse equivale a abusar, es decir, aprovecharse, valerse del carácter público para ejecutar el delito.

El agente solo se prevale si el carácter público le procura o le puede procurar las condiciones favorables que él se representa.

también la prevalencia supone que el sujeto ponga la función pública al servicio de sus fines particulares, en cambio, si abusa de ella pero teniendo por objetivo el bien público, se dará normalmente la atenuante de haber obrado con celo de la justicia (art. 10 N° 10).

Según el art. 64 esta causal no se comunica a los coparticipes.

Art. 12 N° 14, 15 y 16 “**La Reincidencia**”

**“Existe reincidencia cuando el sujeto que ha sido condenado por uno o mas delitos incurre, después de ello, en otra u otras conductas punibles”** (E. Cury).

La interposición de la sentencia condenatoria entre el o los delitos cometidos antes de ella y el o los que se ejecutan con posterioridad constituyente la diferencia esencial entre la reincidencia y la reiteración (en la última no ha mediado sentencia).

Críticas a la reincidencia.-

La agravante de la reincidencia, genérica o específica, se encuentra ligada con profundos temas convergentes con la pena y el principio *non bis in idem*. La pena, enseña Jiménez de Asúa, se encuentra ligada con el delito y no con el delincuente. Acoge la máxima “*odia al delito y compadece al delincuente*” (La sentencia indeterminada, página 109).-

No deja de ser paradójico que el principio de *nullum penae sine legae*, pensado como una garantía entre nosotros con rango constitucional, conduzca a un retroceso en el trato al delincuente, lo que se aprecia con nitidez en la agravante de la reincidencia, donde se aumenta la pena de un nuevo delito considerando una culpabilidad ya extinguida, por el cumplimiento de la pena anterior. Esta situación no es conciliable con la actual visión de la culpabilidad, que sustituye la apotema contenido en el de *nullum penae sine culpa*. Hoy se admite sin dudas que el fundamento de la pena es la culpabilidad, entre otros por el profesor Carlos KÜNZENMÜLLER en su libro “Culpabilidad y Pena”, prologado sin reservas por el profesor Alfredo Etcheberry.

BACIGALUPO en “Derecho Penal y Estado de Derecho”, página 115, admite “la prohibición de que la gravedad de la pena que se impone por un delito supera la gravedad de la culpabilidad referida al concreto delito, aunque ello pudiera ser justificado por necesidades preventivas (especiales o generales)”. “La reincidencia es una circunstancia agravante que no resulta explicable por *una mayor culpabilidad* por el hecho cometido, como las restantes contempladas en el artículo 22 CP (12, nuestro). “La repetición del comportamiento delictivo tiene sobre todo un significado sintomatológico caracterológico. *Es indicativo de la tendencia del autor y, por lo tanto, de otros posibles ataques a los bienes jurídicos, o sea, de su peligrosidad*” (Bacigalupo, obra citada, página 150).-

JUAN BUSTOS RAMIREZ, referido antes, página 1209, estima que “no se ve fundamentación precisa para su existencia como agravante, ya que generalmente se funda en el desprecio permanente en contra de los bienes jurídicos por parte del sujeto, lo que no puede implicar ni mayor responsabilidad, ya que se funda en un rasgo permanente, ni mayor injusto”. Estima, como muchos, que “es claramente inconstitucional”.

ENRIQUE CURY, también citado antes, página 507, expresa. “Aunque se han hecho intentos de fundar la eficacia agravatoria de la reincidencia en un incremento de la culpabilidad en realidad son insostenibles. La reprochabilidad solo puede referirse al injusto típico actualmente cometido y es imposible deducirla de hechos precedentes, salvo encuan to nos digan algo sobre la relación que enlaza el acto con la personalidad del autor. Pero este último no es el caso de la reincidencia, pues una condena anterior, que sanciona un hecho cometido por razones comprensibles, nada puede informarnos sobre la magnitud del reproche que debe dirigirse a la causa de la nueva conducta por la cual se lo está enjuiciando”.- Severamente continúa: “la reincidencia, como agravante, no es sino un cuerpo extraño en el derecho penal de culpabilidad, sin otro fundamento que una serie de prejuicios y malentendidos más o menos reconocidos por la mayoría de la literatura contemporánea. Tras ella, en efecto, parece ocultarse una confianza candorosa en le eficacia preventiva de las amenazas penales, con arreglo a la cual, si se conmina una pena más severa en contra del reconvicto, se detendrá con alguna certeza a quien ya sufrió una sanción punitiva y se propone delinquir por segunda vez”.

JIMENEZ DE ASÚA en su libro “La Ley y el Delito”, página 356, señala lo siguiente: “Un nutrido grupo de escritores, oriundo de varias nacionalidades, mantuvieron la ilegitimidad de la agravación por causa de reincidencia por no encontrar en el concurso de esta circunstancia aumentando de daño material, moral o político del delito. Estímase por quienes así razonan que castigar más agravantes a un hombre a causa de un delito anterior, cuya condena había sido ya cumplida, constituiría una grave injusticia la recaída, un quebrantamiento de la máxima non bis in ídem, o que apreciar la recaída con efectos jurídicos serían mezclar la Moral y el Derecho, que tienen propias áreas, puesto que es justo que la pena siga a la manifestación de la voluntad criminal, pero no debe recaer sobre la general inmoralidad del individuo”.- “Superando la anterior postura, Bucellatti y Kleinschod sostienen que la repetición del delito implica una fácil tendencia al mal y menor libertad para decidirse; por tanto, menor imputabilidad en el agente y concluyen pidiendo que la pena, lejos de agravarse con la recaída en el nuevo delito, debe aminorarse”.- Sostiene luego que el viejo concepto de reincidencia debe sustituirse por el de habitualidad. El delincuente habitual “es, pues, un incapaz para la pena, que se encuentra en estado de peligro, contra quien es necesario defenderse con medidas de carácter especial” (obra citada, páginas 537 y 538).-

El artículo 12, número 15, que contempla la llamada reincidencia genérica, parece orientado en el concepto de habitualidad según lo considera Jiménez de Asúa, como resulta de la lectura de su texto, referido al delincuente que ha sido castigado anteriormente “*por delitos a que la ley señale igual o mayor pena*”. Así lo entendemos de la manera plural que se expresa.

A igual conclusión habría que llegar si se examina el primitivo texto del antiguo Código de Procedimiento Penal de 1906, cuando facultaba para negar la excarcelación bajo fianza a “los reincidentes en los delitos que la ley castiga con alguna de las penas de crímenes, según la clasificación del artículo 21 del Código Penal”. En las Acta de su Comisión Redactora se dejó constancia lo que ésta entendió al legislar por “reincidencia”: “Es entendido, a juicio de la Comisión, que para los efectos de esta disposición, solo puede considerarse reincidente *al que haya sufrido dos o más condenas*” (Sesión 17 de la Comisión Revisora. Fuente, Santiago Lazo, “Código de Procedimiento Penal, Orígenes, Concordancias, Jurisprudencia”).-

- Clasificación de la reincidencia:

No obstante, en el estado actual de nuestra legislación positiva, la reincidencia se sigue clasificando y ello se hace como sigue:

1.- *Reincidencia verdadera o propia*, la condena anterior se ha cumplido y por lo tanto la pena impuesta en ella ha surtido sus efectos sobre el sujeto. Se subclasifica en:

a.- *Específica*, el o los delitos cometidos antes y después de la sentencia condenatoria son de la misma especie; art. 12 N° 16.

b.- *Genérica*, las infracciones punibles son de igual naturaleza, art. 12 N° 15.

Se ha fallado por la Corte de Apelaciones de Arica que para los efectos de esta agravante no importa que el cumplimiento de la sentencia se haya producido por una ficción legal. “La circunstancia que la sentencia dictada en la referida causa, se haya tenido por cumplida y, por ende, configurar la agravante”. Resulta inconducente el fundamento de la defensa que no se hubiere efectivamente cumplido la pena impuesta por sentencia firme, puesto que no resulta eficaz que se discuta por un tribunal posterior la procedencia de su concurrencia. (sentencia, 30 de diciembre de 2005. Fuente, portal jurisprudencia Lexis Nexos on line). De igual forma se había resuelto antes por la Corte de Apelaciones de La Serena en sentencias publicadas en la Gaceta de los Tribunales correspondientes a los años 1945 y 1946, ambas primer semestre, páginas 264 y 201, respectivamente.

2.- *Reincidencia ficta o impropia*, la condena anterior no se ha cumplido; art. 12 N° 14.

REINCIDENCIA IMPROPIA (ART. 12 N° 14)

De acuerdo al art. 63 esta circunstancia no podrá sufrir su efecto de agravante porque el quebrantamiento de condena constituye en si mismo un delito, sancionado por una pena específica (art. 90), que se agrega al delito por el cual se cumplía la condena, o siendo mas grave, se sustituye en ella. Por lo tanto, el quebrantamiento no podría tomarse en consideraciones otra vez para agravar la pena del nuevo delito que se cometa (Etcheberry y Cury). Non bis in dem.

Por lo tanto la causal de agravación surte efectos nada más que cuando comete el nuevo delito esta cumpliendo la condena anterior y, aun en este caso, solo en las situaciones a que se refieren los incisos 1 y último del art. 91.

#### REINCIDENCIA PROPIA GENERICA (ART. 12 N° 15)

Aquí la ley establece dos exigencias;

a.- Que las condenas anteriores sean al menos dos.

b.- Que los delitos que han motivado las condenas anteriores tengan señaladas por la ley igual o mayor pena que el delito que motive el nuevo proceso. Se trata de la pena señalada por la ley, no de la que efectivamente se haya impuesto.

Se requiere que el sujeto haya sido castigado, es decir, que haya sufrido efectivamente la pena impuesta.

La pena también se considera sufrida si ha sido indultado (93 n° 4), no si se ha beneficiado de una amnistía, "la cual extingue por completo la pena y todos sus efectos".

La pena no esta cumplida si se ha remitido condicionalmente (por que esta institución implica suspender su aplicación).

La pena si esta cumplida si se le ha otorgado libertad condicional, ya que esta no constituye sino un modo de cumplir en libertad las penas privativas de ella.

Los delitos por los cuales el sujeto fue condenado anteriormente tienen que ser de una especie distinta a la del que ha originado el nuevo proceso.

#### REINCIDENCIA PROPIA ESPECIFICA (*delitos de la misma especie*)-

Solo se requiere condena anterior por un delito de la misma especie, y es irrelevante que el delito haya sido más o menos grave que aquel por el cual ahora se persigue al sujeto.

La ley contempla la reincidencia específica con más severidad que la genérica.

Problema debatido en la doctrina es la expresión "**delito de la misma especie**" ¿qué debe entenderse para los fines de esta agravante, a veces, muy ocurrente?.- ENRIQUE CURY dice que "en primer lugar, hay que desestimar la idea, afirmada en otra época por una parte de la jurisprudencia, con arreglo a la cual delito de la misma especie ^ quiere decir él mismo delito^. Esa opinión, que significa confundir la identidad de especie con la tipicidad, formaliza exageradamente el requisito y, además, no encuentra apoyo en el texto de la ley. Asimismo, parece inaplicable a esta situación el precepto contenido en el artículo 509 del C. de P. P. (hoy 351 del Código Procesal Penal, inciso último), relativo al concurso real, conforme el cual, para esos efectos, se consideran delitos de la misma especie aquellos que estén penados en un mismo título del Código Penal o ley que lo castiga. Así sucede que, según el art. 509 (y 351, hoy día) son delitos de la misma especie el homicidio y las injurias; no, en cambio, el homicidio y el aborto. De igual manera, no son delitos de la misma especie el abandono de niños y el infanticidio, pero sí este último y la calumnia. Por

tales razones, y fundándose en que el inciso final del artículo 509 sólo se atribuye vigencia respecto de lo que en ese precepto se dispone, la opinión dominante rehúsa extender su imperio a otros casos, como el que estamos examinando”. Agrega: “La expresión *especie* debe entenderse aquí en el sentido de naturaleza o esencia, pues, de acuerdo con la interpretación que usualmente se otorga a la agravante de reincidencia específica, ella encontraría su justificación en una tendencia del sujeto a profesionalizar su actividad delictiva, incurriendo siempre en infracciones de la misma índole. Ahora bien, como la naturaleza de los hechos punibles se deduce fundamentalmente de su objeto jurídico, el criterio prevalente considera por objeto de protección del mismo bien jurídico”. Este, sin embargo, es solo un punto de partida, pues la identidad de especie o naturaleza también depende de la forma que adopte el ataque”.

En la doctrina extranjera JIMÉNEZ DE ASÚA, antes citado, se había preocupado de esta materia para concluir igual que lo ha hecho la doctrina nacional. “La doctrina que circunscribe la reincidencia propiamente dicha a la del tipo específico o las teorías y legislaciones que la distinguen en genérica y específica para dar a ésta más gravedad, se desvelan por determinar normas para definir esa especialidad, ingenua y torpemente formulada en el Código español (y chileno, agregamos nosotros) diciendo que existe cuando el delito anterior y el nuevamente perpetrado se hallan en el mismo título del Código. Seguir este criterio es absurdo, pues a menudo hay delitos de tipo íntimamente parejo que no están en el mismo título del Código, y otras muchas veces infracciones contenidas en el mismo título tienen móviles tan distintos, que realmente no podría hablarse de la permanencia del mismo impulso criminoso, del cual es signo la reincidencia específica”. “Por tanto, dos soluciones se presentan para fijar el criterio de la homogeneidad de los delitos: a) *identidad absoluta*, que implica igualdad de delitos, y b) *identidad relativa*, que indica igualdad en el impulso criminoso, en el móvil que en el Derecho penal moderno tiene enorme importancia, y que generalmente se exteriorizará por la comisión de un delito de la misma especie; pero que a veces podrán referirse a figuras delictivas totalmente distintas” (obra citada, páginas 539 y 540). Concluye, con otros autores que cita, que habría que confiar en el buen criterio del juez para establecer si los delitos son de la misma especie; sin perjuicio de instar para que el legislador establezca los parámetros a considerar.

La Corte de Apelaciones de Santiago resolvió conforme el criterio del profesor Cury, en sentencia publicada en la Gaceta Jurídica N<sup>o</sup> 263 de mayo del año 2002, página 138. La doctrina es la siguiente: “En la reincidencia específica se agrava la sanción de quien no obstante el castigo incurre en la misma conducta o en otra esencialmente semejante, lo que no sucede si el primitivo delito es el de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado y el segundo es robo con intimidación. Si bien ambas figuras atentan contra la propiedad y se encuentran penalizadas en un mismo Título del Código, no basta con la identidad del bien jurídico protegida, sino que hay que atender a la específica forma que reviste el ataque a dicho bien jurídico y, en este caso, no se trata de vulnerar las defensas con que el dueño o el tenedor ha rodeado la cosa, como en el caso anterior, sino de la intimidación con que se procede contra las personas como medio de apoderarse de la cosa, de suerte que no sólo la forma de acceder al objeto es distinta, lo es también la lesión o el peligro de la víctima, lo que ciertamente configura un bien jurídico diverso que es necesario proteger”.-

También el tema se ha debatido considerando el grado de participación del delincuente en uno y otro delito. Hay sentencias que consideran una total identidad también en este aspecto; pero la doctrina mayoritaria estima que ello es un error. Así, Gustavo Labatut Glenda: “El problema se circunscribe a la naturaleza de los respectivos delitos y nada tiene que ver con el grado de

desarrollo, con la participación que en ellos cuyo a los delincuentes ni con la pena que la ley les asigna” (Derecho Penal, tomo I, página 295).

Tal vez no se haya aún dicho la última palabra al respecto. La discusión ha sido intensa y así se consigna en nota – comentario de Abraham Drapkin a sentencia publicada en la Revista de Ciencias Penales de 1945 (tomo VIII, página 224), instando a una solución vía legislativa (ley), consignado que la Comisión que estudiaba la reforma del Código (Penal) en esa época (año 1945), propiciaba la eliminación de la distinción entre reincidencia genérica y específica, reforma que según vemos hoy día, no prosperó, lo que bien podría ocurrir ahora, cuando se estudia un nuevo Código Penal.

*¿Deben considerarse las faltas a los fines de la reincidencia?.-* GUSTAVO Y GASTON GONZÁLEZ PARADA en su Memoria de Prueba sobre “Las Circunstancias Atenuantes y Agravantes en la Doctrina y en la Jurisprudencia”, página 262, dicen: “Cuestión importante es determinar si nuestra legislación contempla reincidencia de faltas. Los que sostienen que en nuestra legislación no cabe la reincidencia de faltas, argumentan de la siguiente manera: todas las disposiciones referentes a la reincidencia hablan de delitos, argumento que se refuerza con lo dispuesto en el artículo 104 del Código Penal. Que trata de la prescripción de la reincidencia”. Transcriben la disposición y luego agregan: “Si el legislador excluyó a las faltas de los beneficios de la prescripción, es porque no existe la reincidencia de faltas, criterio que refuerzan con la opinión de Cuello Calón (Derecho Penal, tomo I, página 364). Concluyen adhiriendo a esta posición.

#### EFFECTOS DE LA REINCIDENCIA

- 1.- Impide gozar del beneficio de la remisión condicional de la pena;
- 2.- Hace difícil la obtención de la libertad condicional;
- 3.- Restringe la concesión de la libertad provisional;
- 4.- Interrumpe el plazo de prescripción de la pena (esto aunque no se trate de la reincidencia que constituye circunstancias agravantes, sino que en general de la comisión de un nuevo crimen y simple delito); art. 93.
- 5.- Faculta al juez para imponer la pena de sujeción de la vigilancia de la autoridad en el caso de los delitos de robo y hurto (452);

#### PRESCRIPCION DE LA REINCIDENCIA

De acuerdo al art. 104 las circunstancias del art. 12 N° 15 y 16 no se tomaran en cuenta después de 10 años contados desde la comisión del hecho, tratándose crímenes y cinco años si se trata de simples delitos.

Art. 72.- **“La participación de menores de 18 años”**

Esta causal puede operar respecto de cualquier hecho punible. Su particularidad reside en que determina una aspiración de la pena más severa que la provocada por las restantes causales de agravación, sustrayéndose a las reglas generales sobre la materia.

Presupone la participación en un mismo hecho de individuos mayores de 14 años y menores de 18 años.

Se entiende que el menor es “responsable” (en el sentido de la disposición) cuando ha tomado parte en la realización antijurídica del hecho; prescindiendo de su imputabilidad.

Esta causal surte sus efectos respecto del menor que haya intervenido en el delito como autor, inductor, cómplice o encubridor (la ley no distingue entre las diferentes formas de conducta), y es preciso que haya prevalido del menor.

Por lo tanto para que ocurra la agravante es indispensable que el mayor conozca la minoridad de su copartícipe, y quiera aprovecharla a fin de facilitar la perpetración de delito; no así para asegurarse la impunidad.

Esta causal de agravación implica una característica personal (la menor edad) y así mismo una actividad subjetiva especial (prevalerse del menor), por lo cual no se comunica a los partícipes, en los cuales no concurren copulativamente ambos requisitos.

Tampoco concurre respecto de aquellos partícipes adultos, en quienes esta ausente el propósito de servirse de menor como tal.

### **AGRAVANTES OBJETIVAS**

Art. 12 N° 3 “***Ejecutar el delito por medio de inundación, incendio, veneno u otro artificio que pueda ocasionar grandes estragos o dañar a otras personas***”

Es una agravante fundada en el empleo de medios catastróficos. La enumeración contenida en el art. No es taxativa.

Consiste en el empleo de medios de comisión que, por su naturaleza, crean un peligro accesorio a causa de su capacidad para “ocasionar grandes estragos o dañar a otras personas”, distintas de aquellas que es víctima del delito. El sujeto tiene que haberse servido de estos recursos en la ejecución de su conducta típica.

Si, en cambio, solo se aprovecha de una situación catastrófica preexistente para delinquir deberá apreciarse la causal de agravación del 12 N° 10.

Inundación, es un anegamiento de grandes proporciones.

Incendio, no se configura por el solo hecho de dañar o destruir un objeto valiéndose del fuego; se requiere que este último tenga características de incontrolable.

Veneno, toda sustancia, capaz de dañar el organismo humano o animal, y que en atención a su naturaleza puede ser administrado en forma insidiosa, es decir, sin que sea perceptible para la o las víctimas. Sin embargo, su empleo solo da lugar a la agravante si se le usa, además, de manera que pueda dañar efectivamente, es decir, ser un peligro para la salud o vida de un número relativamente indeterminado de seres vivientes.

Como es un agravante objetiva se comunica a los partícipes en los términos del art. 64, inc. 2.

**Art. 12 N° 4 “Aumentar deliberadamente el mal del delito causante otros males innecesarios para su ejecución”**

Corresponde en el fondo a la “perversidad brutal” de que hablan otras legislaciones; la maldad que ejercita sin otro fin que el de complacerse en el mal causado.

Si los “otros males” que se causan son delitos diferentes, no operan la agravante, sino que entran a aplicarse las normas sobre concursos de delitos. Aquí se trata de males correspondientes a la naturaleza del delito realizado, pero que se exceden en cantidad o intensidad a los necesarios para la consumación del delito o la obtención de la finalidad perseguida por el hechor. Este exceso debe haber sido además “deliberado”, esto es, reflexivo, tranquilo; excluyéndose los males que resulten del ímpetu criminal o de la errónea creencia en su necesidad para la consecución del fin perseguido.

Cuando la circunstancia se refiere a los delitos contra las personas, la ley habla de enseñamiento y la caracteriza como “aumentar” deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido” (391 y 400).

**Art. 12 N° 5, 2° parte “En los delitos contra personas... emplear astucia, fraude o disfraz”.**

La astucia y fraude se refiere a la idea de engaño, esto es, una maquinación o artificio destinado a desfigurar la realidad induciendo a la víctima a un error sobre los propósitos del autor.

El disfraz, es un artificio usado por el delincuente para evitar ser conocido.

La astucia y fraude deben emplearse antes de la consumación, sea con el objeto de facilitar la ejecución o de asegurarse la impunidad ulterior. En cambio, disfraz se requiere emplearlo en el momento mismo de la ejecución y es necesario que su utilización este preordenado al delito; así la agravante no se configura si alguien delinque en la celebración de una fiesta de disfraces.

Se comunica a los partícipes de conformidad con las reglas generales sobre la materia.

Pueden en un mismo hecho punible concurrir las circunstancias agravantes de astucia con disfraz o fraude con disfraz.

**Art. 2 N° 9 “Emplear medios o hacer que concurren circunstancias que añadan la ignominia a los efectos propios del hecho”.**

Es lo que doctrinariamente se ha llamado el “enseñamiento moral”.

Ignominia, afrenta que lesiona el honor o los sentimientos de decoro de las personas. Dishonra o venganza pública.

Para los efectos de la agravación da lo mismo que quien la sufre sea la propia víctima del delito o un tercero.

El dolo del sujeto tiene que extenderse a la producción de la ignominia. El debe conocer los efectos afrentosos del medio que usa o de las circunstancias que añade y querer emplearlos y agregarlos para que produzcan o cuando menos servirse de ellos.

Se trata, característicamente, de un ánimo suplementario, que se añade al propio del delito. La ignominia es un nuevo mal, distinto del delito, no inherente a él, e innecesario para su ejecución.

La causal no puede concurrir en aquellos delitos contra el honor (como injurias, calumnias) ya que en ellos es inherente.

Es comunicable.

Art. 12 N° 10 ***“Cometer el delito con ocasión de incendio, naufragio, sedición, tumulto o conmoción popular u otra calumnia o desgracia”***

El sujeto obra con ocasión de la calamidad o desgracia.

Ocasión significa aquí “oportunidad o comunicación de tiempo y lugar”.

La desgracia de que se hace mención puede ser pública o privada. Es necesario que el autor conozca la situación infortunada, y quiera servirse de ella como ocasión para cometer el hecho punible.

El fundamento de la agravación consiste en una mayor reprochabilidad, determinada por indiferencia del autor frente a una situación, que normalmente debería constituir un contraestímulo poderoso a la resolución delictual.

Esta agravante se comunica (64, inc. 2°).

Art. 12 N° 11 ***“Ejecutar el delito con auxilio de gente armada o de persona que aseguren proporcionen la impunidad”***

Comprende dos circunstancias agravantes distintas, que tienen algunos presupuestos comunes y obedecen a fundamentos diferentes.

1.- La ley agrava la responsabilidad del que ejecuta el delito con el auxilio de gente armada.

2.- Del que lo hace con el auxilio de personas que aseguren o proporcionen la impunidad

Auxilio significa accesoria. En nuestro ordenamiento punitivo los auxiliares pueden ser tanto autores (en sentido lato), como cómplices; y en el segundo caso señalado por la agravante, incluso encubridores.

Las dos circunstancias mencionadas solo surten sus efectos respecto de quienes reciben el auxilio, sin embargo, si los auxiliares realizan también actos de ejecución del hecho punible nada impide que les alcance la agravación. Por tanto, esta agravante se comunica los partícipes.

Requisitos de la primera circunstancia:

- Que exista un auxilio.
- El auxilio debe haber sido consentido previamente.

- Ser los auxiliares más de uno y estar armados.

Requisitos de la segunda circunstancia:

- Que exista un auxilio.
- Previamente concertado.
- El auxilio debe ser prestado por más de una persona.
- Estas personas no necesitan estar armadas, pero si asegurar o proporcionar la impunidad.

A la luz del concepto de autor contemplado en el art. 15, estos auxiliares serían calificados de coautores y no de encubridores, pues prestan su auxilio en la ejecución de delito previo concierto. Sin embargo, la redacción de la agravante obliga a distinguir entre los autores: uno será el cabecilla o jefe y los otros, auxiliares. Pese al carácter objetivo de esta agravante, en consecuencia, afectará solo al primero y no a los segundos. Por razón, podría en cierto sentido considerarse una circunstancia "mixta".

**Art. 12 N° 12 "Ejecutar el delito de noche o en despoblado. El tribunal tomara o no en consideración esta circunstancia, según la naturaleza y accidentes del delito"**

El delito debe ser ejecutado en la noche y en despoblado; hay una búsqueda de la impunidad o el aprovechamiento de condiciones más seguras.

Es necesario que estas circunstancias hayan contribuido a favorecer la comisión del delito o la impunidad del delincuente. Pero hay que tener presente la existencia de delitos en los que estas circunstancias son inherentes: abandono de niños en lugar solitario (315), incendio de edificio fuera de poblado (477), hechos en los cuales no operaran como agravantes por ser integrantes del tipo.

La ley no define noche ni despoblado; el tribunal debe apreciar (no con un criterio lógico o urbanístico) sino teniendo a la agravante, si la oscuridad o la ausencia de gente eran tales que realmente significan una ventaja para el hechor en cuanto al aseguramiento del golpe o de su impunidad.

La agravación se comunica a los partícipes.

**Art. 12 N° 13 "Ejecutar el delito en desprecio o con ofensa de la autoridad pública o en el lugar en que se halle ejerciendo sus funciones"**

La agravante es incompatible con todos aquellos delitos que por su naturaleza importan de suyo atentados contra la autoridad.

Esta agravante comprende dos variantes:

a.- Ejecutar el delito en desprecio o con ofensa de la autoridad pública. Los conceptos de desprecio y ofensa de la autoridad, suponen un ánimo especial y por lo tanto, será necesario exigir como requisito mínimo que el hechor tenga conocimiento del carácter de autoridad que la persona despreciada tiene.

b.- Ejecutar el delito en el lugar en que la autoridad se halle ejerciendo sus funciones.

Se comunica a los partícipes.

**Art. 12 N° 17 “Cometer el delito en lugar destinado al ejercicio de un culto permitido en la república”**

Por lugar destinado al ejercicio de un culto, se entienden todos aquellos que por su naturaleza tienen por objeto la celebración de actos o ceremonias religiosas de cualquier confesión (el culto debe estar permitido en la República).

Esta agravante surte efectos, si el dolo del sujeto se extiende al derecho de estar delinquiriendo en un lugar de esa naturaleza.

Se comunica a los partícipes.

**Art. 12 N° 18 “Ejecutar el hecho con ofensa o desprecio del respeto que por la dignidad, autoridad, edad o sexo mereciere el ofendido, o en su morada, cuando él no haya provocado el suceso”**

La agravante no opera cuando la morada es común al hecho y al ofendido, ya que no se daría la ofensa del respeto debido a la habitación ajena.

Tampoco se aplica la agravante cuando el ingreso a la morada es inherente al delito, ejemplo; robo con fuerza en las cosas en lugar habitado.

Esta agravante se comunica.

**Art. 12 N° 19 : “Ejecutar el delito mediante fractura o escalamiento de lugar cerrado”**

Fractura, cuando se abren por medios violentos, con rompimiento o destrozo puerta, caja o cualquier otra cosa que cierra y guarda algún sitio.

Escalamiento, implica saltar por encima de pared o aunque sea de vallado siempre que se presente resistencia y ofrezca de ordinario seguridad.

Lugar cerrado, cualquier sitio u objeto que, por estar clausurado físicamente no se puede acceder en forma libre.

**Art. 440, Escalamiento “Cuando se entra por vía no destinada al efecto, por forado o con rompimiento de pared o fractura de puertas o ventanas”**

### **CIRCUNSTANCIA ATENUANTE Y AGRAVANTE: EL PARENTESCO**

Art. 13 “Es circunstancia atenuante o agravante según la naturaleza y accidentes del delito: ser el agraviado cónyuge, pariente legítimo por consanguinidad, o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, padre o hijo natural o ilegítimo reconocido del ofensor”.

Esta circunstancia se denomina mixta y para que surta efectos es indispensable que exista entre el ofensor y el agraviado alguna de las relaciones o vínculos enumerados en el artículo citado.

Recuérdese que el parentesco por afinidad subsiste aun después de la disolución por muerte de uno de los cónyuges, del momento del matrimonio en que se funda y no le afecta de igual manera el divorcio temporal o perpetuo, pero si la unión conyugal se declara nula se entiende no haber existido jamás.

El problema que presenta el parentesco es determinar cuando será circunstancia agravante o atenuante. La ley expresa que operara como agravante o atenuante “según la naturaleza y accidentes del delito”. Se excluyen los casos en que la ley expresamente haya contemplado el parentesco dentro de la descripción del tipo penal o como agravante o atenuante específica.

Entonces, para determinarlo se atiende primero a la naturaleza del delito, la cual es determinada por la índole del bien jurídico que protege el tipo respectivo. Así entonces podemos decir que el parentesco agrava (por regla general) punible ataca bienes jurídicos eminentemente personas, por ej.: la vida, la salud, la libertad sexual, delitos contra la honestidad, etc.

La atenúa cuando el delito solo infringe relaciones personales del sujeto pasivo.

En cuanto a la consideración de los accidentes se refiere al modo de ejecución especificado por el tipo, por ejemplo, delitos con violencia en que el parentesco agrava la responsabilidad.

### **TEORIA DE LA COMUNICABILIDAD**

Este principio esta consagrado en el art. 64 “Las circunstancias atenuantes o agravantes que consisten en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para atenuar o agravar la responsabilidad de solo aquellos autores, cómplices o encubridores en quienes concurra.

Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarlo, servirán para atenuar o agravar la responsabilidad únicamente de los que tuvieron conocimiento de ellas antes o en el momento de la acción o de su cooperación para el delito”.

El principio general es el de la no comunicabilidad.

Las atenuantes son todas circunstancias subjetivas o personales, por tanto no se comunican nunca, jamás.

Las agravantes deben diferenciarse; las subjetivas no se comunican a los partícipes en los cuales no concurren. Las objetivas se comunican en los términos del inc. 2º del art. 64.

Pueden suceder que en la comisión de un hecho concurren determinadas circunstancias con respecto a alguno de los partícipes y no con respecto a los demás. Así de la disposición citada se puede desprender la división de las circunstancias en dos grupos las personas y las materiales. Las personas afectan a la persona más que al hecho, y puede radicar en la disposición moral (premeditación), en las relaciones particulares con el ofendido (parientes, empleado público) o en otra causa personal (reincidencia, irreprochable conducta anterior). Las materiales consisten en la ejecución material del hecho (veneno) o en los medios empleados para realizarlo (abuso de arma, medios catastróficos). Las primeras no se comunican nunca; las segundas, afectan según el conocimiento de las mismas que los respectivos partícipes tengan en el momento de la acción (si son ejecutores) o de su cooperación para el delito (si son otra clase de partícipes).

### **CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES QUE NO AUMENTAN LA PENA**

La regla del art. 64 no ofrece dificultad cuando se trata de circunstancias modificatorias que se presentan como tales, es decir, independientemente de la descripción de la figura delictiva. ¿Qué pasa con las circunstancias que han sido incorporada por la ley a la descripción típica de los delitos? Por ejemplo; en el homicidio calificado, la alevosía y la premeditación.

Para algunos en tales casos dichas circunstancias ya no son agravantes sino que son parte de la figura, y siendo el delito único para los diversos partícipes, la circunstancia en cuestión debe afectar a todos.

Se distingue, entonces, entre circunstancias y elementos del delito. Al incorporarse a la descripción típica, las circunstancias se transforman en elementos y se independizan de la regla del art. 64. Por esto, el art. 63 dispone que no producirán el efecto de agravar la pena las circunstancias agravantes que por si solas constituyen un delito, o que la ley haya expresado al describirlo y penarlo, o que sean inherentes al delito.

Pero esta regla del art. 63 esta dada solo para reglamentar los efectos agravatorios de la circunstancia en cuestión.

#### En suma:

1.- Las circunstancias agravantes o atenuantes, tanto las que conservan su autonomía como las que se han incorporado a la descripción legal, se comunican o no según la regla del art. 64.

2.- Las circunstancias que integran la esencia del tipo delictivo se comunican a los copartícipes (que jamás podrán ser autores ejecutores). Para determinar si se trata de una circunstancia de esta especie, es preciso eliminarla mentalmente y verificar si el hecho, sin ella

sigue siendo delictivo o no. En este ultimo caso, se trata de una circunstancia que integra el tipo y se comunica. (ETCHEBERRY p. 30, t.II).

### EJEMPLOS DEL ART. 63.

1.- Agravante inherente al delito: 12 N° 1 "Alevosía"; 12 N° 6 "Abuso de superioridad"; así en el infanticidio (394).

12 N° 7 "abuso de confianza, en el delito de hurto cometido por dependientes o empleados (447).

2.- Agravantes especialmente penadas por la ley; 12 N° 13 "Medios catastróficos", en los delitos de incendio (474), en el de estragos (480).

3.- Agravantes expresadas al describir o penar un delito; 12 N° 19 "Escalamiento", en el delito de robo con fuerzas en las cosas (440).

## **PLURALIDAD DE DELITOS O CONCURSO DE DELITOS**

Lo normal será que una persona cometa un delito. Pero puede acontecer y en el hecho acontece que una persona cometa dos o más delitos y nos encontramos con la pluralidad de delitos y concurso o concurrencia de delitos.

La pluralidad de delitos puede adoptar dos formas:

1.- *Concurso Material*, también denominado real.

2.- *Concurso Ideal*, también llamado formal.

Concurso de delitos, existe cuando un mismo sujeto activo ejecuta varios delitos o varias acciones punibles.

Dos son los principios fundamentales que rigen esta materia;

a.- A cada delito debe corresponder una pena (*Quot delicta, tot poenae*).

b.- Nadie puede ser castigado mas de una vez por el mismo delito (*Nom bis in idem*).

### **1.- CONCURSO MATERIAL O REAL**

Se produce cuando hay varios hechos realizados por la misma persona, cada uno de ellos constitutivos de delito, no conectados entre si, y sin que haya mediado entre ellos una condena (Etcheberry). Por ej. Un sujeto hoy roba, pasado mañana viola y al mes siguiente mata.

A esta forma de concurso también se le llama reiteración.

#### **ELEMENTOS:**

1.- **Unidad de sujeto activo.** Debe tratarse del mismo sujeto que haya intervenido en las diversas infracciones como autor, cómplice o encubridor.

2.- **Pluralidad de hechos punibles** (Reiteración). Los delitos pueden ser de igual o de diferente especie y encontrarse en diferentes etapas de desarrollo. Ejemplo; concurso real entre dos hurtos consumados y uno tentado; o entre una violación consumada, un robo y un hurto frustrado.

Este concurso material se producirá cuando la pluralidad de delitos provengan de la multiplicidad de hechos, cada uno de estos hechos debe ser delictivo en si y punible aisladamente.

3.- **Debe haber ausencia de conexión o independencia de las acciones ilícitas.** Es necesaria la independencia fáctica de los hechos punibles y así distinguirlo del concurso ideal. Los delitos no deben estar conectados ni relacionados unos de los otros.

Debe haber independencia jurídica, porque si los hechos están vinculados a causa de que su fraccionamiento fue necesario y, por esto han de ser valorados unitariamente, no encontramos ante un delito continuado.

4.- **La inexistencia de condena intermedia.** Es este requisito el que diferencia el concurso real de la reincidencia.

#### **Delitos que no importan un concurso de delitos.**

Novoa y Fontecilla, señalan que aunque existan varias acciones de una persona, independientemente entre si, si estos actos independientes constituyen una habitualidad de acciones, y esta habitualidad es el elemento integrante de un mismo delito, no constituyen un concurso de delitos. Ejemplo; un solo acto aislado no constituye el delito, es necesaria la habitualidad.

#### **Tratamiento penal del concurso material o real.**

Se ha planteado en este material diversos criterios para el tratamiento penal del concurso real o material de delitos;

**a.- Sistema material o de la acumulación de las penas.** Los diferentes delitos se sancionan como hechos completos, independientes y el autor común sufrirá la suma de las penas correspondientes a los diversos delitos.

**b.- Sistema de absorción.** Este sistema surge como una reacción frente al anterior, debido a los excesos que se cometían y los absurdos a los que podía conducir. Aquí la pena mayor absorbe a la menor.

Se aplica solo a la pena del delito más grave de los que concurren.

Como una variante de lo anterior, se impone la pena mayor asignada al hecho punible mas grave.

**c.- Sistema de la acumulación jurídica o de la aspersion o agravación.** Se impone la pena correspondiente al delito más grave de los que concurren, aumentada de grado, y de acuerdo al número y naturaleza de los delitos.

- **Sistema que rige en nuestra legislación.** Las normas que gobiernan esta materia están señaladas en los art. 74 y 75 CP. y 509 CPP.

Por otro lado, podemos decir que se encuentra regida por los siguientes principios:

- Acumulación material de las penas, que constituye la regla general.
- La acumulación jurídica de las penas y de la absorción de la pena, como excepciones.

**1.- Acumulación material de las penas.** "Al culpable de dos o mas delitos se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones.

El sentenciado cumplirá todas sus condenas simultáneas, siendo posible.

Frecuentemente ocurrirá esto, si la penas impuestas no solo son de diferente naturaleza, sino que también afectan a bienes jurídicos diversos. Ejemplo; una pena privativa de libertad (prisión, reclusión, presidio) puede cumplirse al mismo tiempo que una pena pecuniaria (multa, comiso), pero no que una pena restrictiva de libertad (confinamiento, destierro).

Así, la segunda parte del inciso 2, del art. 74 ha contemplado la situación de que el cumplimiento simultaneo no fuere posible, o si de ello resulte ilusoria alguna de las penas, las sufrirá en orden sucesivo, principiando por las mas altas en la escala respectiva.

En todos los casos debe tratarse de delitos de distinta especie.

**2.- Acumulación jurídica de las penas** (art. 509, hoy 351 del Código Procesal Penal. Cuando verse sobre delitos de la misma especie).

La ley considera para los efectos del concurso material de delitos, **delitos de una misma especie aquellos que estén penados en un mismo titulo del Código Penal o ley que los castigue** (509, inciso final. Hoy 351 del Código Procesal Penal). así, conforme a esta disposición son delitos de la misma especie, por ejemplo; la injuria (416) y el homicidio (391 N° 2); pero no en el infanticidio (394) y el aborto (342); ni aquel con el abandono de niños (346).

Así, si los delitos no son de la distinta especie, se aplica la norma del art. 74.

Si son de la misma especie, hay que determinar si los diversos delitos pueden o no ser considerados como uno solo:

*a.- Los diversos delitos que pueden ser considerados como uno solo* (509, inciso 1°, acumulación jurídica. Hoy 351 del Código Procesal Penal), **en los casos de reiteración de crímenes o simples delitos de una misma especie, se impondrá la pena correspondiente a**

**las diversas infracciones, estimada como un solo delito, aumentándola en uno, dos o tres grados.** Ejemplo, injuria y homicidio.

**b.- Los diversos delitos no puede considerarse como uno solo** (509, inciso 2°. Hoy 351 del Código Procesal Penal). Puede ocurrir que los diversos delitos, no obstante ser una misma especie, no puedan considerarse como uno solo. **Si por la naturaleza de las diversas infracciones estas no pueden estimarse como un solo delito, el tribunal aplicara la pena señalada a aquella que se considera aisladamente, con las circunstancias del caso, tenga asignada pena mayor, aumentándola en uno, dos o tres grados según sea el numero de los delitos.**

**Principio pro reo (inciso 3°).** Podrán con todo aplicarse las penas establecidas en el artículo 74 del CP., si, de seguir este procedimiento, haya de corresponder al procesado una pena menor. Esta norma no es obligatoria para el tribunal, resultaría ser facultativa. Sin embargo, la Jurisprudencia le atribuye un significado imperativo.

En definitiva, el sistema del art. 351 del Código Procesal Penal referido solo a delitos de la misma especie se aplicara solamente si ello resulta más favorable para el sentenciado que si se aplicara el art. 74.

Las reglas anteriores se aplicaran también en los casos de reiteración de una misma falta.

## **2.- CONCURSO IDEAL O FORMAL DE DELITOS**

Hay concurso ideal cuando con un solo hecho se realiza las exigencias de dos o más tipos delictivos o de uno mismo varias veces

Este tipo concursa esta contemplado en el art. 75 del CP.

**Art. 75 CP. La disposición del articulo anterior no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o mas delitos, o cuando uno de ellos sea el medio necesario para cometer el otro.**

**En estos casos solo se impondrá la pena mayor asignada al delito mas grave.**

En su primera parte la disposición se esta refiriendo a la existencia de una unidad en el hecho, no en la acción. Por otra parte, un hecho único puede estar compuesto o integrado por diversas acciones, ya que es un concepto, más amplio que el de acción.

Por lo tanto, en el concurso ideal de delitos, solo es única la forma, el modo en que se exterioriza y realiza la actividad final, pero las acciones son varias. Ejemplo; de un balazo se mata a tres personas; con una sola expresión se injurian a varias personas.

### **Clasificación del concurso ideal:**

**1.- C. Ideal homogéneo,** se produce cuando con un mismo hecho se realiza varias veces el mismo tipo penal. Ejemplo; con la colocación y posterior de una bomba, se provocan varios homicidios; con una misma expresión se injuria a varias personas.

**2.- C. Ideal heterogéneo**, cuando con un solo hecho se satisfacen las exigencias de diversos tipos penales. Ejemplo; un sujeto que tiene relaciones sexuales forzadas con su hermana, lleva a cabo un solo hecho que constituye dos delitos: violación e incesto; la misma situación ocurre en el caso de violación y lesiones; incendio de una casa, para matar a sus habitantes. Un sector de la doctrina también ha señalado, que existía esta situación en los denominados delitos preterintencionales; como en el aborto seguido de muerte.

**3.- C. Ideal impropio o medial**, cuando un delito es el medio necesario para cometer otro. Ejemplo; tenemos el caso de violación de correspondencia y hurto, en que alguien para sustraer dinero ajeno rompe el sobre en el que se había enviado el dinero.

### **TRATAMIENTO PENAL DEL CONCURSO IDEAL**

De acuerdo con el art. 75 los casos de concurso ideal deben penarse con la mayor asignada al delito mas grave.

Se sigue el sistema de la absorción de la pena, es decir, imponiéndose la pena mayor asignada al delito mas grave.

No es posible dar una regla precisa y general acerca de lo que debe entenderse por delito mas grave. Cuando la pena asignada por la ley a varios delitos que concurren es de la misma naturaleza, usualmente se decidirá por aquella cuyo límite superior sea más alto; si estas son iguales deberá compararse el inferior.

La pena mayor, es siempre la pena más alta establecida para el delito mas grave. Por lo tanto cuando un hecho este amenazado con una pena compuesta por varios grados o de una que sea divisible, se deberá imponer el mas severo de todos ellos, sin perjuicio de que a partir de el se efectúen los cálculos correspondientes a la determinación concreta de la sanción, habida consideración de las circunstancias modificatorias de ella en el caso particular.

Es posible, por otro lado, que dos o más delitos se encuentren en concurso ideal, y entre además, en concurso real con otro u otros hechos punibles. En este caso, deberá resolverse ante el primero, y la pena así determinada será la que se acumule material o jurídicamente, según corresponda, a la de otras infracciones.

### **REQUISITOS DEL CONCURSO IDEAL**

**a) Unidad de hecho**: Nuestro sistema de concurso no se estructura fundamentalmente sobre la unidad de acción, sino sobre la unidad de hecho. Este último concepto es mas amplio que el de acción, pues no solo incluye el comportamiento externo dirigido por la voluntad finalista, sino que incluye todo aquello que cae bajo la descripción típica. Si hecho y acción fueran sinónimos, nunca un solo hecho podría ser más de un delito, ya que no es posible que dos figuras legales distintas contemplen una misma acción idéntica sin ningún rasgo diferenciador.

**b) Pluralidad de valoración jurídica:** Nuestra ley formula este requisito diciendo que el solo hecho “constituye dos o más delitos”.

## **CONCURSO APARETE DE LEYES PENALES**

Se le da este nombre a una situación en el cual son a primera vista aplicables varias disposiciones penales, pero que en realidad se rigen por una sola de ellas, quedando las otras totalmente desplazadas. En otras palabras podemos señalar que hay en la especie un solo delito regido por una disposición legal.

Principios que rigen el concurso aparente

**1.- Principio de la especialidad:** Si de las armas aparentemente aplicables, una de ellas contiene una descripción del mismo hecho descrito en otra pero en forma mas particularizada y detallada, hay entre ambas una relación de especialidad, no pueden ser aplicadas simultáneamente, y de ellas, la mas particularizada (la especial) se aplica, con preferencia a la general. Ej., 1.- el que gira un cheque y no lo paga teniendo su cuenta cerrada. El hecho aparentemente podría constituir una estafa y giro doloso de cheques, pero solo comete este último delito que es el más particularizado. Ej. 2.- Es el parricidio y el infanticidio: Si el padre mata al hijo dentro de 48 horas después de nacido, comete infanticidio.

**2.- Principio de la consunción:** Este principio se llama también de la absorción. Significa que cuando la ley al establecer la penalidad de una figura delictiva ya ha tomado en consideración la gravedad de otra conducta también punible que la acompaña ordinariamente, debe aplicarse solamente la disposición que contempla la infracción principal, siendo las demás absorbidas por esta. Así por ej. No podría sancionarse a quien comete robo con fuerza en las cosas en lugar habitado también por violación de domicilio y daños.

Hay autores que acostumbran hablar de otros principios como el de la **subsidiariedad** o de la **alternatividad**, pero en el hecho, el primero no es más que aplicación del principio de la especialidad y el segundo no es más que un caso especial de consumación.

## **LA PENA**

El Código Penal no define la pena; pero e ha señalado que **la pena**, es una pérdida o disminución de derechos personales que se le impone al responsable de un delito.

La imposición de una pena se materializa en una sentencia y se conoce por el nombre de condena. La sentencia, así, es condenatoria. A la pena se refiere el art. 19 de la Constitución al disponer que nadie puede ser condenado sino es juzgado legalmente y en virtud de una ley promulgada con anterioridad al hecho. También los artículos 18, 79 y 80 del Código Penal

## **CLASIFICACION DE LAS PENAS**

### *I.- Según su gravedad:*

- a.- Penas de Crímenes
- b.- Penas de Simples delitos
- c.- Penas de Faltas
- d.- Penas Comunes a las tres anteriores

a.- Penas de Crímenes: Cadena perpetua, privativas y restrictivas de libertad mayores. Cuando hablamos de penas mayores son las superiores a cinco años y un día.

b.- Penas de Simples delitos: Privativas y restrictivas de libertad menores. Cuando hablamos de penas menores de cinco años y un día hacia abajo, hasta sesenta y un día.

c.- Penas de Faltas: Prisión, penas de uno a sesenta días.

d.- Penas Comunes: Multas, perdidas o comiso de los instrumentos o afectados del delito.

### *II.- Según su autonomía:*

- a.- Principales
- b.- Accesorias

a.- Principales: Son aquellas que subsisten por si solas, están fijadas para cada delito en especial y no requieren de otra pena para existir.

b.- Accesorias: Son las que acompañan a las primeras, nunca podrán imponerse en carácter de singulares a ningún delito y siempre serán acompañantes de otras que son las principales.

### *III. – Según su extensión:*

- a.- Penas Aflictivas
- b.- Penas no Aflictivas

### *IV.- Según su naturaleza o atendiendo al bien jurídico afectado:*

- a.- Pena Corporal: (Antes existía pena de muerte, mutilación y tortura).
- b.- Penas Infamantes: (No existen en nuestra legislación).

c.- Penas Privativas de Libertad: Presidio, reclusión y prisión. El presidio y la reclusión se diferencian en que el condenado a presidio esta obligado a realizar trabajos en establecimientos carcelarios.

d.- Penas Restrictivas de Libertad: Se restringe la libertad pero no se suprime; ej. Relegación, destierro, confinamiento, extrañamiento.

e.- Penas Privativas de Derechos.

f.- Penas Pecuniarias: Multas, comisos o caución.

## **NATURALEZA Y EFECTOS DE LAS PENAS**

### ***Penas Corporales***

Hemos dicho que se llama corporales aquellas que recaen sobre la vida, la integridad corporal o la salud del reo. De ellas solo subsiste entre nosotros la pena de muerte.

### **PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD**

Estas penas producen la perdida de libertad personal, especialmente bajo su aspecto de libertad ambulatoria o de desplazamiento.

A.- *Reclusión y presidio*. La diferencia entre estas dos es que el presidio sujeta al condenado obligatoriamente a los trabajos establecidos por el Reglamento del establecimiento carcelario; y la reclusión no somete al condenado a dichos trabajos.

Las penas de presidio y reclusión puede ser: a) perpetuas, que duran toda la vida del condenado; o b) temporales, que duran de 61 días a 20 años.

Las temporales que van de 61 días a 20 años se dividen en:

- Mayores, que van de 5 años y un día a 20 años.
- Menores, que van de 61 días a 5 años.

Las menores se dividen en:

- 1.- Mínimo, que abarca de 61 a 540 días;
- 2.- Medio, que va desde 541 días a 3 años; y
- 3.- Máximo, que va de 3 años y un día a 5 años.

Las mayores se dividen en:

- 1.- Mínimo, que va desde 5 años y un día a 10 años;
- 2.- Medio, que va desde 10 años y un día a 15 años; y
- 3.- Máximo, que va desde 15 años y un día a 20 años.

B.- prisión: Es también pena de encierro y no impone la obligación de trabajar. Es de faltar y va de uno a 60 días, y se divide en:

- 1.- Mínima, que va de uno a 20 días;
- 2.- Medio, que va de 21 a 40 días; y
- 3.- Máximo, que va desde 41 a 60 días.

### **PENAS RESTRICTIVAS DE LIBERTAD**

1.- *Relegación*: Es el traslado del encausado a un punto habitado del territorio de la Republica con prohibición de salir de él, pero permaneciendo en libertad.

2.- *Destierro*: Es la expulsión del sentenciado de algún punto de la Republica.

3.- *Confinamiento*: Es la expulsión del sentenciado del territorio de la Republica con residencia forzada en algún lugar determinado y con prohibición de regresar al país.

4.- *Extrañamiento*: Es la expulsión del condenado del territorio de la Republica a un lugar de su elección.

### **PENAS PECUNARIAS**

1.- *Multas*: Suma de dinero que la ley impone como sanción al responsable de un delito.

2.- *Comiso*: Perdida de los instrumentos o efectos de un delito de propiedad del responsable de este.

*Instrumentos del delito*: Son los medios materiales de que los autores se valen para perpetrar el delito.

*Efectos del delito*: Son los objetos materiales sobre los que ha recaído la acción delictiva o que sea producto de ello.

3.- *Caución*: Pena que consiste en obligar al sentenciado a presentar un fiador que responde:

- O bien que aquel no ejecutara el mal que se pretende precaver;
- O bien que cumpla su condena.

El fiador se obliga a satisfacer, para el caso de incumplimiento de parte del penado, la cantidad que el tribunal haya fijado, art. 46. La caución es siempre pena accesoria.

## **DETERMINACION DE LAS PENAS**

De acuerdo con lo establecido por CPE. La resolución que ordena aplicar una determinada pena a un individuo, debe ser emitida por un tribunal, después de un juicio legal, y de conformidad a las disposiciones de una ley.

La determinación de las penas es una tarea compleja, por ello debemos señalar los factores a considerar para aplicar una pena:

1.- Pena que la ley impone al delito considerándose siempre en relación al autor y al delito consumado, art. 50 CP. (Leyes penales en blanco se remite a otra o a la autoridad administrativa). Debe ponerse atención al hecho que, en determinadas ocasiones, la misma ley, concurriendo algunas circunstancias, fija una pena diferente, sea mayor o menor.

2.- Grado de desarrollo del delito: El autor de delito frustrado tiene un grado menos y el de la tentativa una pena inferior en dos grados que el consumado. Estas rebajas se aplican desde la pena inferior que fija la ley para el delito determinado. No se aplican estas reglas cuando la propia ley fija una penalidad especial para la punibilidad de la frustración o tentativa.

3.- Calidad de los participantes: Conforme con los art. 14 a 17 CP., son responsables de los delitos los autores, cómplices y encubridores. La pena fijada por la ley esta en relación con los autores. Cómplice tiene un grado menos que el autor; encubridor, dos grados menos, contados desde el grado inferior fijado por la ley. Estas reglas no son aplicables cuando la ley fija penalidades especiales para cómplices y encubridores

El encubrimiento en las faltas no es punible y el cómplice tiene sanción especial del art. 498 que consiste en que la pena no exceda de la mitad de la que le corresponde a los autores.

4.- Circunstancias modificatorias de responsabilidad penal: Esta materia se encuentra reglada por los artículos 62 a 69 CP.

La ley señala una sola pena indivisible. Se aplica sin considerar las agravantes. Pero si concurren dos o más atenuantes y ninguna agravante, se puede rebajar la pena en uno o dos grados.

### Pena compuesta de dos indivisibles:

a.- No concurren atenuantes ni agravantes, el juez puede aplicar cualquiera.

b.- Concurren atenuantes y agravantes, el juez las compensa racionalmente, graduando su valor.

c.- Solo concurren atenuantes: Es una sola, se aplica el mínimo de la pena asignada al delito. Dos o más atenuantes, puede rebajarse en uno o dos grados.

d.- Concurren solo una agravante. El juez debe imponer la mayor de las penas, pero si fuere de la muerte, no está obligado a imponerla necesariamente.

La ley señala una sola pena que es un grado de una pena divisible, art. 67 CP

a.- No concurren atenuantes ni agravantes, el juez puede recorrer toda su extensión.

b.- Concurren atenuantes y agravantes, el juez las compensa racionalmente.

c.- Concurren solo atenuantes. Si es solo una, se aplica la pena en su minimum, (se divide la pena en dos partes iguales, mitad inferior es el minimum, mitad superior es el maximum). Si concurren varias atenuantes, el juez puede imponer la pena inferior en uno o dos grados, según el número o entidad de las atenuantes.

d.- Concurren solo agravantes. Si se trata solo de una agravante, debe imponerse la pena en su maximum. Si son varias agravantes, puede el tribunal aplicar la pena superior en grado.

La ley señala una pena compuesta de dos o más grados

a.- No concurren atenuantes ni agravantes, el juez puede recorrerlas en toda su extensión.

b.- Concurren atenuantes y agravantes, el juez las compensa racionalmente.

c.- Solo concurren atenuantes. Si concurre una sola, el juez no puede imponer el máximo de la pena. Si son dos o más atenuantes, el juez puede imponer la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo fijado por la ley.

d.- Concurren solo agravantes. Existe una sola agravante, no puede aplicar el mínimo de la pena. Si las agravantes son dos o más, el juez puede imponer la pena superior en grado al máximo fijado por ley, pero si esa pena es la de muerte, no está obligado a imponerla necesariamente.

**REGLA COMUN.** Sin perjuicio de todo lo anterior, si concurre una atenuante muy calificada y ninguna agravante, el juez podrá imponer la pena inferior en un grado al mínimo de la pena señalada por la ley.

La ley señala que si concurren dos o más atenuantes y no hay agravantes, el tribunal está facultado para rebajar la pena en uno, dos o tres grados.

Si concurren dos o más agravantes y no existen atenuantes, el tribunal está facultado para subir la pena en dos o tres grados.

Cuando concurren solo una atenuante y ninguna agravante, debe aplicarse la pena en su grado mínimo, art. 66, inciso 2° CP.

Cuando concurre solo una agravante y ninguna atenuante, debe imponer la pena en su grado máximo, art. 66, inciso 2° CP.

Este tribunal esta facultado para compensar atenuantes con agravantes, en disposición especial como es el art. 69, bis CP., esta norma autoriza al tribunal para calificar la atenuante en términos que una sola de ellas persista, rebaja la pena en un grado.

5.- El daño producido por el delito y las facultades económicas del culpable, art. 69: Se autoriza al tribunal para actuar facultativamente pero siempre en el mismo grado de la pena pertinente, es de muy poca aplicación práctica.

## **EXTINCION DE LA RESPONSABILIDAD PENAL**

La extinción de la responsabilidad penal esta consagrada en el art. 93 CP. Y señala:

### **Art. 93. La responsabilidad penal se extingue:**

**1.- Por la muerte del procesado, siempre en cuenta a las penas personales, y respecto de las pecuniarias solo cuando a su fallecimiento no hubiere recaído sentencia ejecutoria.**

**2.- Por el cumplimiento de la condena.**

**3.- Por la amnistía, la cual extingue por completo la pena y todos su efectos.**

**4.- Por indulto.**

**La gracia del indulto solo remite o conmuta la pena; pero no quita al favorecido el carácter de condenado para los efectos de la reincidencia o nuevo delinquiramiento y demás que determinen las leyes.**

**5.- Por el perdón del ofendido cuando la pena se haya impuesto por el delito respecto de los cuales la ley solo concede acción privativa.**

**6.- Por prescripción de la acción penal.**

**7.- Por prescripción de la pena.**

La amnistía, es el perdón, elimina en el sujeto la calidad de condenado.

El indulto que puede consistir en una conmutación, reducción o remisión de una pena, lo otorga el Presidente de la Republica y para que sea concedida la ley exige.

- Que el sujeto este condenado.

- Que el condenado este cumpliendo la condena

Existen otras disposiciones en que se señalan distintos modos de extinguir la responsabilidad penal, por ej. En violación, estupro y rapto, se da el matrimonio de la ofendida con

el ofensor. En el giro doloso de cheques, se extingue la responsabilidad penal por el pago de lo adeudado.

### **PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL**

Los plazos de prescripción de la acción penal son:

- a.- Crímenes sancionados con pena de muerte, reclusión, presidio o relegación perpetuos, prescribe la acción penal en quince años.
- b.- En los demás crímenes prescribe la acción penal en diez años.
- c.- En los simples delitos, prescribe en cinco años.
- d.- En las faltas prescribe en seis meses.

Si el delito tiene asignada pena compuesta, se atenderá a la mayor de ella para determinar el plazo de prescripción.

En término de prescripción se cuenta desde el día que se comete el delito. Si se trata de delito de ejecución permanente, la prescripción de la acción penal se contara desde que cesa la actividad delictiva, ej. Secuestro.

### **INTERRUPCION Y SUSPENSION E LA PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL**

La prescripción se interrumpe perdiéndose el tiempo transcurrido siempre que el delincuente cometa nuevamente crimen o simple delito. Las faltas no interrumpen la prescripción.

La prescripción se suspende desde que se dirige el procedimiento contra el delincuente, es decir, que haya iniciado una acción judicial en su contra.

Si se paraliza el proceso por tres años o se termina sin condenarlo, continúa la prescripción como si no se hubiese suspendido, art. 96 CP.

### **PRESCRIPCION DE LA PENA**

El plazo de prescripción de la pena se empieza a contar desde la fecha de la sentencia de término o de la fecha del quebrantamiento de la condena, si esta hubiese comenzado a cumplirse.

Los plazos de prescripción de la pena son iguales que los de la acción penal, art. 97 CP.

Desde la normativa de la prescripción de la pena, no procede la suspensión, sin oque únicamente la interrupción por comisión de nuevo crimen o simple delito.

## **REGLAS COMUNES A AMBAS CLASES DE PRESCRIPCIÓN**

A.- Cuando el procesado se ausenta del territorio de la República, se cuenta el término en el doble, es decir, si hay dos días de ausencia, se computa por uno.

B.- Las prescripciones son de orden jurídico, deben declararse incluso de oficio por el tribunal, siendo, si, preciso que el procesado se encuentra presente en el juicio, hablándose resuelto que esta presencia solo debe ser jurídica.

C.- prescripción gradual, media prescripción o prescripción medial del art. 103 CP.

**Art. 103. Si el inculcado se presentare o fuere habido ante de completar el tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena, pero habiendo ya transcurrido la mitad del que se exige, en sus respectivos casos, para tales prescripciones, deberá el tribunal considerar el hecho como revestido de dos o mas circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante y aplicar las penas de los artículos 65, 66, 67, 68, sea, en la imposición de la pena, sea para disminuir la ya impuesta.**

**Esta regla no se aplicara a la prescripción de la faltas y a las especiales de corto tiempo.**

## **HUMANIZACIÓN EN EL CUMPLIMIENTO DE LAS PENAS PRIVATIVAS O RESTRICTIVAS DE LIBERTAD.-**

### INTRODUCCIÓN.-

Se ha planteado por la doctrina la ineficacia de los sistemas, como el nuestro, que considera la inconveniencia de las penas prefijadas en la ley. Los Códigos que comprenden un catálogo de delitos con la correspondiente tasación de las penas, no obedecen a un criterio penalmente aceptable y humanitariamente conciliable con la idea regeneradora del delincuente.

Debe considerarse además la incapacidad económica de mantener establecimientos adecuados para satisfacer uno de los sentidos que se le da a la pena, que es la recuperación social del delincuente. Es sabido (y, tal vez, socialmente aceptado) que las cárceles nos devuelven un individuo (y una familia) marcada por el estigma de la comunidad e irremediablemente enrielado en la actividad delictiva, de donde la más de las veces, no podrá salir jamás.

Existe una corriente de opinión entre los estudiosos del Derecho Penal que impulsan humanizarlo y se declaran contrarios a la pena tasada a priori, Propugnan la sentencia indeterminada, dejando en la facultad del juez establecerla a posteriori, según la evolución de la peligrosidad del delincuente para con la sociedad.

Conforme lo anterior y para estos, la sentencia penal condenatoria puede ser: a) absolutamente determinada en cuanto a la pena; b) sentencias con penas a *indeterminadas*; y c) *sentencias relativamente indeterminadas o relativamente determinadas*.

La controversia se plantea en orden a si lo que se debe sancionar es el delito o al delincuente. JIMÉNEZ DE ASÚA en su obra "La sentencia indeterminada", página 44, señala, "por tanto, y si al delincuente ha de penársele no por lo que hizo, sino por lo que es, bien se ve que es absurdo el principio de penas prefijadas, y que no hay más solución que determinar la pena en vista de las circunstancias del delincuente, haciendo depender su duración de la corregibilidad del culpable. Esto es, el sistema de penas determinadas a posteriori".

Entre los seguidores de esta corriente, además, obviamente de JIMÉNEZ DE ASÚA, se encuentran otros de igual relevancia, como VON LISZT, TARDE y VAN HAMEL.

GINER DE LOS RÍOS, citado por Jiménez de Asúa, escribió en el año 1873 lo siguiente: "Teniendo la perturbación criminal del derecho su raíz en la voluntad injusta, de lo que el hecho exterior no es otra cosa que una pura manifestación, la reparación consiguiente debe, en primer término, proponerse la reforma de esta voluntad pervertida. Tal es el fundamento de la pena que debe ser siempre correccional" (Principios de Derecho Natural, págs. 169 y 170).

El coronel Montecinos, -citado con frecuencia en textos sobre estudios carcelarios-, mayormente no identificado en los textos, pero que fue comandante de la prisión de Oviedo (España) en el año 1835, es reconocido como un reformador y humanizador de los sistemas carcelarios. Sentó el siguiente principio: "*La penitenciaría solo recibe al hombre, el delito queda a la puerta. Su misión es corregir al hombre*" (citado por Jiménez de Asúa en la Sentencia Indeterminada". Antes Brockway (norteamericano) estableció: "*Odia al delito compadece al delincuente*".-

A pesar de la existencia de esta manera de pensar, no se ve en la sociedad que vivimos una respeto mayor por el hombre delincuente, al que nuestra sociedad mantiene en condiciones deplorables, en cárceles que degradan al hombre aún más y que no entregan ninguna posibilidad de rehabilitación.

En Chile se han hecho esfuerzos importantes y ha surgido una legislación enderezada a humanizar las penas y el sistema carcelario. De alguna forma vemos en ello un atisbo de la implantación del criterio de *sentencias indeterminadas*. Un paso importante se dio con la Ley N ° 7.821, del 29 de agosto de 1944, que estableció la "remisión condicional de la pena", considerada en su tiempo "*herramienta jurídica destinada a promover la rehabilitación de los delincuentes primarios*". Fue objeto de estudio y evaluación por un interesante estudio hecho por docentes y alumnos de la Escuela de Derecho de la Universidad de Concepción, dirigidos por quien fuera profesor de esa Facultad don BERNARDO GESCHE MÜLLER.

Se consigna en él que "no hay duda que el principio que informa, en general, el derecho penal chileno, en cuanto a las sanciones que aplica, es aplicar la pena desde el punto de vista de protección del beneficio jurídico vulnerado (el bien jurídico vulnerado, diría yo), sin tomar en cuenta la personalidad del delincuente".- "*El tribunal debe sujetarse respecto de su aplicación, a la escala que señala el Código y haciendo el juego correspondiente de atenuantes y agravantes, aplicar el reo la pena respectiva, sin tomar en consideración ningún otro aspecto subjetivo de la materia*". Se cita y menciona luego la opinión del profesor ETCHEBERRY, docta ya en ese tiempo: "Hay que modificar el rígido sistema actual en materia de determinación de las penas. Nuestro Código, tomado del Código Español de 1848, procura reducir a límites muy estrechos el arbitrio del juez para recorrer las escalas penales, y establecer un sistema de reglas puramente matemáticas para acumular, subir o rebajar penas según el número de delitos o la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes, y deja poco campo al juez para determinar la magnitud de la penas que parezca más justa al caso concreto".

### LA REMISIÓN CONDICIONAL DE LA PENA.-

La referimos recientemente al mencionar la Ley N ° 7.821; pero hoy en día y después de sucesivas modificaciones, se encuentra reemplazada y es la Ley N ° 18.216 que, como su epígrafe lo dice, “establece medidas que indica como alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad”.-

La remisión condicional de la pena consiste en la suspensión, por el tribunal que la impuso, de la ejecución de una pena privativa o restrictiva de libertad, y en la discreta observación y asistencia del condenado por la autoridad administrativa durante cierto tiempo, como lo indica el artículo 3 ° del cuerpo legal referido.

Los requisitos de procedencia se encuentran establecidos en su artículo 4 ° y son:

- a) que la pena privativa o restrictiva de libertad impuesta por la sentencia condenatoria no exceda de tres años;
- b) que el condenado no lo hubiere sido anteriormente por crimen o simple delito;
- c) que los antecedentes personales del condenado, su conducta anterior y móviles determinantes del delito hagan de presumir que no volverá a delinquir;
- d) si las circunstancias indicadas en las letras b) y c) precedentes hacen innecesario un tratamiento o la ejecución efectiva de la pena.

En el libro que se citó anteriormente del profesor GESCHE de la Universidad de Concepción, se señala que “la investigación que en forma obligatoria debe realizar el juez, según se ha demostrado anteriormente, sobre la personalidad del sujeto su conducta anterior y móviles del delito para los efectos de la remisión condicional de la pena y, en general, para la adecuada aplicación del Derecho Penal, está comprendida dentro de los fines del sumario (ahora, la investigación) ya señalado.- Estos factores constituyen o configuran circunstancias que influyen en la penalidad, entendiendo por tal no sólo la cantidad y clase del castigo aplicable al delincuente, sino también las modalidades de su ejecución y manera de imponerlo”.

CURY dice que “cabe hacer notar que a este respecto no surte efectos la prescripción a que se refiere el artículo 104 del Código Penal, pues, de acuerdo con el texto expreso, ella opera sólo en relación con el carácter agravante de la reincidencia. Asimismo debe destacarse que la ley no aclara si este requisito se excluye cuando el reo ha sido condenado anteriormente en el extranjero. Sin embargo ello no significa prescindir por completo de tal condena, pues puede tenerse en consideración para la apreciación de la exigencia a que se refiere el número siguiente” (obra citada, páginas 731 y 732.- El profesor y magistrado hace clara referencia a la exigencia b) del artículo 4 de la Ley N ° 18.216).-

Posteriormente nos referiremos a la revocación de este régimen, por ser similar a los que se pasan a estudiar a continuación.

### LA LIBERTAD VIGILADA.-

Consiste “en someter al reo a un régimen de libertad a prueba que tenderá a su tratamiento intensivo e individualizado, bajo la vigilancia y orientación permanente de un delegado” (artículo 14 de la Ley N° 18.216).-

Los requisitos para su procedencia se encuentran establecidos en el artículo 15 de la Ley y son los siguientes:

- a) Que la pena privativa o restrictiva de libertad que imponga la sentencia condenatoria sea superior a dos años y no exceda de cinco años;
- b) Que el reo no haya sido condenado anteriormente por crimen o simple delito;
- c) Que los informes sobre antecedentes sociales y características de personalidad del reo, su conducta anterior y posterior al hecho unible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito permitan concluir que un tratamiento en libertad aparezca eficaz y necesario, en tal caso, para una efectiva readaptación y socialización del beneficiado. El tribunal de alzada, cuando corresponda, puede, conociendo del caso, solicitarlos de oficio como medida para mejor resolver si no se hubieren agregado antes. Al concederse, el tribunal establecerá un plazo de tratamiento y observación que no será inferior al tiempo de la condena con un mínimo de tres años y un máximo de seis años (artículo 16 de la Ley).

El Tribunal al conceder el beneficio impondrá las siguientes condiciones, según lo que establece el artículo 16 de la Ley

- A) Residencia en un lugar determinado que no podrá ser propuesto por el reo,
- B) Sujeción a la vigilancia y orientación permanente de un delegado;
- C) Ejercer una profesión, oficio, empleo, arte, industria o comercio, si el reo carece de medios conocidos y honestos de subsistencia;
- D) Satisfacción de la indemnización civil, las costas y multas impuestas en la sentencia;
- E) Reparación, si procediere, en proporción racional, de los daños causados por el delito.

El quebrantamiento de estas condiciones o alguna de ellas o la desobediencia grave y reiterada y sin causa justificada a las normas de conducta impuestas por el tribunal o el delegado encargado de hacerlas cumplir, facultará para que el tribunal revoque el beneficio.

### DISPOSICIONES COMUNES A ESTOS BENEFICIOS.- (artículos 24 a 29 de la Ley)

- 1.- Se conceden de oficio o a petición de parte en la sentencia condenatoria;
- 2.- De la solicitud denegatoria el afectado puede apelar;
- 3.- Si durante el período de cumplimiento de alguna de las medidas alternativas que establece la Ley, el beneficiado comete un nuevo crimen o simple delito, la medida se entenderá revocada por

el solo ministerio de la ley. En este caso, el reo quedará sujeto al cumplimiento del total de la condena, o, si procediere, a una medida alternativa equivalente a toda su duración. Si se revoca la reclusión nocturna, servirá de abono lo que se hubiere alcanzado a cumplir conforme este régimen.

4.- La pena se entenderá cumplida una vez que tal hubiere acontecido con el beneficio (Art. 28).

5.- Ejecutoriado el cumplimiento mediante alguno de los beneficios antes señalados, servirá para sanear los antecedentes del reo (art. 29).

#### FACULTADES DISCRETIONALES DE LOS JUECES DEL CRIMEN.-

En orden a lo que se viene exponiendo, es conveniente mencionar las facultades especiales que tienen los jueces del crimen y que se consignan en el artículo 340 del Código Procesal Penal: “Convicción del tribunal. “Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, 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 penada por la ley” – El tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida en el juicio oral. No se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración”.-

Esta disposición no hace más que repetir la contenida en el antiguo Código de Procedimiento Penal, artículo 456 bis.

#### LAS SALIDAS ALTERNATIVAS EN EL NUEVO SISTEMA PROCESAL PENAL.-

\_\_En el nuevo sistemas procesal penal se contemplan las denominadas “salidas alternativas”, que son una buena solución en cuanto a conceder al juez más amplias facultades para un mejor tratamiento al delincuente, sobre todo si se trata de delitos de escasa cuantía, de poca significación social, y más acorde con las ideas expresadas al comienzo de esta párrafo en cuanto a los fines de la pena con un carácter más humanitario, menos represivo, menos degradante de la persona que lo sufre, más pragmático atento a los intereses de las partes, incluida la víctima.

Señala ALEX CAROCCA PÉREZ en su libro “El Nuevo Sistema Procesal Penal”, página 273, lo siguiente: “Teniendo en cuenta que el nuevo sistema de justicia penal tiene como principal característica *la amplia oferta de soluciones frente a un conflicto penal*, un género completo de tales soluciones está constituido por las denominadas salidas **alternativas**”.- “Se trata de mecanismos que tienen por objeto poner término anticipadamente a un proceso penal por determinados delitos que no merecen una pena de privación de libertad demasiado alta, después de la formalización de la investigación, **por medio de un acuerdo entre el fiscal y el imputado**, con la aprobación del *juez de garantía, previo cumplimiento de una condición*”. “Su funcionamiento es de la mayor importancia en un sistema moderno de investigación criminal, porque evita tener que emplear todos los recursos públicos que significa tramitar un proceso completo, cuando el imputado *acepta cumplir una condición que significa que no va a perseverar en sus conductas delictivas y/o pagará una indemnización a la víctima*”.- Agrega que es una salida alternativa que permite al sistema de justicia penal ofrecer una *solución* al imputado, que la debe aceptar voluntariamente, *por delitos de menor gravedad*, dirigida a lograr su resocialización y rehabilitación, evitando que sea estigmatizado con una pena carcelaria”.

Estas salidas alternativas se encuentran –como se dijo– en el Código Procesal Penal. Constituyen un significativo avance en política criminal, orientado a los logros pretendidos por los penalistas que se mencionaron en el comienzo de este párrafo, en cuanto propiciaban las sentencias indeterminadas. No son, claro está, sentencias indeterminadas; pero obviamente enfilan hacia la humanización del derecho penal y del procedimiento penal, que ya de por sí es penoso para el que lo sufre, ora como víctima, ora como imputado.

Estas salidas alternativas son:

- a) Suspensión condicional del procedimiento (artículo 237 y siguientes);
- b) Acuerdos reparatorios, a que pueden llegar la víctima y el imputado, con la aprobación del juez de garantía (artículo 241 del Código Procesal Penal y siguientes).

Bien nos parecen asimilables a una pena privada, como se ha venido postulando últimamente por los civilistas con iguales finalidades que los que se contienen en los preceptos indicados.

El estudio de esta materia, rebalsa el límite de lo que se ha querido explicar y son más propias del Derecho Procesal Penal.

#### LA LIBERTAD CONDICIONAL.-

Está contemplada en el Decreto N ° 2442 de 30 de octubre de 1926, publicado en el Diario Oficial del 26 de noviembre del mismo año.

Señala su artículo 1 ° que *“la libertad condicional es un modo de cumplir en libertad, bajo determinadas condiciones, y una vez llenados ciertos requisitos, la pena privativa de libertad a que está condenado un delincuente por sentencia ejecutoriada”*.

\_\_Dice la ley que *“se establece como una recompensa para el delincuente condenado a una pena privativa de libertad por más de un año, que, por su conducta y comportamiento intachables en el establecimiento penal en que cumple su pena, por su interés en instruirse y por su empeño en adquirir un oficio o los medios ganarse la vida honradamente. Haya demostrado que se encuentra corregido y rehabilitado para la vida social”* (artículo 2).-

El periodo de libertad condicional durará todo el tiempo que le falte al penado para cumplir su condena, y la pena se reputará cumplida si obtiene su indulto, o si terminare el período de libertad condicional sin que haya sufrido una nueva condena o sin que se haya revocado su libertad condicional (artículo 3).

Conforme el artículo 4 ° *“tiene derecho a salir en libertad condicional todo individuo condenado a pena privativa de libertad de más de un año de duración, que reúna los siguientes requisitos:*

*“1 ° Haber cumplido más de la mitad de la condena que se le impuso por sentencia definitiva, con excepción de los condenados por delito de parricidio, homicidio calificado, robo con homicidio, violación o sodomía con resultado de muerte, infanticidio y elaboración o tráfico de estupefacientes,*

a quienes se les podrá conceder el beneficio de la libertad condicional cuando hubieren cumplido dos tercios de la pena.

“2 ° Haber observado conducta intachable en el establecimiento penal en que cumple su condena, según el Libro de Vida que se le llevará a cada uno;

“3 ° Haber aprendido bien un oficio;

“4 ° Haber asistido regularmente y con provecho a la escuela del establecimiento y a las conferencias educativas que se dicten, entendiéndose que no cumple este requisito el que no sepa leer ni escribir”.-

El Decreto abunda sobre el Tribunal de Conducta que debe existir en cada recinto carcelario; en la educación en los penales; y se pormenoriza en los requisitos ya señalados (artículos 14 y siguientes).-

Se establece la forma de obtener la libertad condicional (arts. 24 a 27); las obligaciones a que quedan sujetos los reos libertos; los patronatos de reos; de la revocación de la libertad condicional; del indulto (artículo 38), que como se ha estudiado es una forma de extinguir la responsabilidad penal (artículo 93 del Código Penal).

## FINES DE LA PENA

Estamos presentes en un momento en que se producen muchos acontecimientos de cualquier orden de cosas; transformaciones que alteran nuestro modo de vida de un día a otro.

En el campo penal se viene abriendo espacio a una manera de pensar en cuanto a la pena que conduce a entender que tal vez ésta no está llamada a desempeñar los fines que tradicionalmente le hemos reconocido, en cuanto a que es preventiva de nuevos delitos, retributiva por el mal causado por el delincuente y vestigio del espíritu de venganza que compromete a la sociedad y los afectados frente a un hecho criminal, sobre todo cuando éste reviste caracteres horribles. Allí aflora desde el fondo de los seres humanos y de la sociedad el espíritu de venganza y de destrucción del delincuente.

Pero, ¿acaso podemos conformarnos con admitir esta finalidad de la pena?

JUAN BUSTOS RAMIREZ en el Prólogo del libro denominado “Pena y Estado”, de varios autores que escriben bajo su dirección, dice “En el último tiempo el debate *jurídico penal* ha girado en torno al debate sobre el sentido y significado de la pena. De ahí que hayan predominado en la actualidad las posiciones político criminales y que no se concibe esta dogmática autonomía, sino precisamente traspasada por criterios políticos criminales”. Agrega: “ahora bien, dentro de estas posiciones han tenido una especial relevancia tanto aquellas de carácter preventivo general positivo, esto es, para las cuales **la pena es una reafirmación respecto de la generalidad de los valores del sistema**, como de las alternativas, que consideran a la pena como una definición o auto constatación del poder”. “Tanto unas como otras –continúa-, necesariamente tienen que coincidir en que la pena tienen una función simbólica, además de la instrumental, y que aún faltando esta última, no por ello se afecta la significación de la pena. En otros términos, que la

función simbólica es la más relevante de la pena, sin perjuicio que un análisis más preciso del tema pueda llegar a señalar que un distanciamiento radical de la función simbólica respecto de la instrumental implique una distorsión profunda del sistema penal, ya sea porque conlleva encubrimiento de determinados problemas sociales, políticos o, en general, incapacidad de respuesta del poder frente al conflicto, o bien, porque simplemente se está abarcando por el sistema penal ámbitos que no le son propios de él (Pena y Estado, página 7).

JUAN TERRADILLOS BASOCO, profesor de Derecho Penal de la Universidad de Cádiz, sostiene al participar en esta obra, página 13, que “el pretendido fracaso de la prisión no ha producido su desaparición, a la que inevitablemente habría que llegar si nos moviéramos con datos empíricos referentes a los efectos de la prisonización o la cifra de reincidencia. Si no desaparece es porque la función de la prisión no es rehabilitar o reinsertar, por mucho que eso nos diga la Constitución”. Agrega que la prisión ha servido para generar una concreta clase de delincuencia: la que va a la cárcel, frente a otra clase de delincuentes que delinque sin ir a la cárcel. Igual visión se encuentra en el derecho penal de los norteamericanos, que nos hablan del crime of powerfull y de crime of powerless. O, también del “Derecho Penal de Dos velocidades”; o también del “delincuente de cuello blanco” y el “delincuente común”.

Agrega Terradillos que es un lugar común sostener que el sistema penal no funciona. Agrega “Su bancarrota ya fue certificada por V. LISZT. Tan negativa visión está racionalmente basada no solo en las altas cotas que alcanza la reincidencia, sino, y sobre todo, en la gravedad de la cifra negra de la criminalidad, lo que es tanto como constatar que el derecho penal fracasa en sus dos posibles objetivos de prevención especial y general. Agrega enseguida citando a W. PAUL que el control jurídico penal fracasa, no funciona, porque parte de una ilusión, de un presupuesto idealista, y olvida que según la prescriptiva pragmática de la praxis de derecho penal, este no es mas que un derecho instrumental, aniquilatorio de enemigos sociales. “Las cárceles son en realidad funcionarizadas no como instituciones de resocialización, sino como lugares de destrucción psico-física y de internamiento”.

En suma, para concluir, el tema de la pena comprende varias áreas de la disciplina social y política, según fácil es entender de lo que se viene señalando. Desde nuestro punto de vista, creemos que todo lo que se haga por humanizarla y darle un sentido práctico, bienvenido debe serlo.

## CONTENIDO

PROLOGO .....	1
Concepto de Derecho Penal .....	2
Denominaciones:.....	2
Fines del Derecho Penal.....	3
Derecho Penal Subjetivo y Derecho Penal Objetivo.....	5
Evolucion Historica del Derecho Penal.....	5
Escuelas penales .....	8
La escuela positiva.....	8
Otras escuelas .....	9
Influencia de estas escuelas en la legislación positiva.....	10
Evolucion historica del derecho penal chileno .....	11
TEORIA DE LA LEY PENAL.....	13
FUENTE DE LA LEY PENAL.....	13
El principio de la reserva o legalidad .....	13
Las leyes penales en blanco.....	16
Otras fuentes del derecho penal.....	17
Concepto de Ley .....	18
Interpretacion de La Ley penal.....	18
Fuentes de interpretacion de La Ley penal.....	19
Concepto de Derecho Penal .....	19
La analogía.....	19
Efectos de La Ley penal.....	20
APLICACIÓN DE LA LEY PENAL EN EL ESPACIO.....	20
APLICACIÓN DE LA LEY PENAL EN EL TIEMPO .....	21
Requisitos para la retroactividad de La Ley penal .....	23
APLICACIÓN DE LA LEY PENAL A LAS PERSONAS .....	23
Principio:.....	23
Excepciones de derecho internacional .....	23
Excepciones de derecho interno.....	23
Excepciones al principio de la territorialidad.....	24
La extradición .....	24
TEORIA DEL DELITO.....	26
Evolución de la teoría del delito .....	26
Tendencias de la evolución del concepto de delito .....	26
Definiciones doctrinarias de delito .....	29
Clasificación del delito.....	29
Observaciones generales sobre la acción en el campo penal .....	31
DEFINICION LEGAL DE DELITO.....	31
Observaciones generales sobre esta definición .....	31
Requisitos de la acción penal .....	34
Generalidades sobre la acción.....	38
Elementos de la acción .....	39
Teoría de las causas .....	39
Generalidades .....	39
Teorías .....	39

LA TIPICIDAD .....	41
Generalidades .....	41
Fases o etapas de la tipicidad.....	42
VALOR O FUNCION DE LA TIPICIDAD EN EL DERECHO PENAL .....	43
ELEMENTOS DEL TIPO PENAL.....	43
ELEMENTOS SUBJETIVOS Y NORMATIVOS DE LAS FIGURAS .....	45
Clasificación de las figuras.....	46
Falta de tipicidad .....	46
La antijuricidad .....	47
Exclusion de la antijuricidad .....	48
LEGITIMA DEFENSA.....	51
Legítima defensa propia.....	52
Legítima defensa de parientes.....	54
Legítima defensa de extrañosa analogía .....	54
EL ESTADO DE NECESIDAD .....	55
Requisitos.....	55
LA CULPABILIDAD.....	56
Definiciones:.....	56
Consecuencias que se infieren de la culpabilidad .....	57
Teorías sobre la culpabilidad .....	57
Esencia de la culpabilidad.....	58
Elemento de la culpabilidad: La imputabilidad.....	59
Su fundamento .....	59
Efectos jurídicos de la inimputabilidad .....	61
Tiempo de la inimputabilidad .....	61
Causales de imputabilidad .....	61
Teoría del dolo .....	64
Clasificación del dolo.....	68
El dolo en el Código Penal.....	69
Teoría de la culpa.....	71
Penalidad de la culpa.....	74
Causales de inculpabilidad .....	77
La no exigibilidad.....	79
El medio insuperable.....	80
La fuerza irresistible .....	81
La obediencia .....	81
RESPONSABILIDAD PENAL .....	82
Escusas legales absolutorias.....	82
Condiciones objetivas de punibilidad.....	83
ETAPAS DE DESARROLLO DEL DELITO O ITER CRIMINIS.....	83
OTRAS FORMAS IMPERFECTAS DE DELITO.....	87
Participación criminal .....	87
FORMAS DE INTERVENCIÓN DE LOS DELITOS.....	88
Delimitación entre participación y autoría .....	89
CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL.....	93
CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES .....	93
CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES.....	101
AGRAVANTES SUBJETIVAS.....	102
AGRAVANTES OBJETIVAS.....	111

CIRCUNSTANCIA ATENUANTE Y AGRAVANTE: EL PARENTESCO.....	116
TEORIA DE LA COMUNICABILIDAD.....	116
CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES QUE NO AUMENTAN LA PENA.....	117
PLURALIDAD DE DELITOS O CONCURSO DE DELITOS.....	118
Tratamiento penal del concurso ideal.....	122
CONCURSO APARENTE DE LEYES PENALES.....	123
LA PENA.....	123
Clasificación de las penas.....	124
Naturaleza y efectos de las penas.....	125
Determinación de las penas.....	127
Extinción de la responsabilidad penal.....	129
Prescripción de la acción penal.....	130
Interrupción y suspensión de la prescripción de la acción penal.....	130
Prescripción de la pena.....	130
Reglas comunes a ambas clases de prescripción.....	131
Humanización en el cumplimiento de las penas privativas o restrictivas de libertad.....	131
Fines de la pena.....	137