



**TESINA
ESCUELA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO DE CHILE**

**EL DELINCUENTE POR CONVICCIÓN EN EL DERECHO PENAL
¿CONSTITUYE LA LIBERTAD DE CONCIENCIA UN INTERÉS
PREPONDERANTE EN EL JUICIO DE ANTIJURIDICIDAD?**

Felipe A. González Hernández

Profesor Guía: **José Luís Guzmán Dalbora**

TABLA DE CONTENIDOS.

I	Introducción.....	Pág. 1.
II	El delincuente político.....	Pág. 3.
III	El delincuente por convicción de Gustav Radbruch.....	Pág. 5.
IV	Críticas y evolución de la noción del delincuente por convicción de Radbruch.	Pág. 9.
V	El autor por motivo conciencia.....	Pág. 14.
	1. Precisiones conceptuales y fundamentos de autor por motivo de conciencia.....	Pág. 14.
	2. Características del autor por motivo de conciencia. Delimitación frente a la figura de la desobediencia civil y del delincuente por convicción en sentido estricto.....	Pág. 17.
	3. El autor por motivo de conciencia ante el Derecho Penal.....	Pág. 19.
	3.1 El autor por motivo conciencia y la antijuridicidad.....	Pág. 19.
	3.1.1 Limites intrínsecos a la libertad de conciencia.....	Pág. 24.
	3.1.2 Limites extrínsecos a la libertad de conciencia.....	Pág. 32.
	3.1.3 Obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo.....	Pág. 38.
VI	El delincuente por convicción en sentido estricto.....	Pág. 40.
VII	La desobediencia civil.....	Pág. 43.
VIII	Conclusiones.....	Pág. 50.

RESUMEN:

La tesis tiene por objeto llenar un vacío en la Dogmática penal nacional en cuanto al tratamiento punitivo de aquellas actuaciones motivadas por imperativos políticos, éticos o religiosos, proponiendo, además, un enfoque jurídico valorativo en la comprensión de la figura del delincuente por convicción en sus distintas formas. En este marco se ofrece al lector un análisis descriptivo de la evolución del delincuente por convicción en la Dogmática tudesca, la cual concluye con una propuesta metodológica en orden a formular un tratamiento punitivo especial a aquellos actos por convicción en sentido estricto, actos por motivos de conciencia y desobediencia civil.

PALABRAS CLAVES

Delincuente político, delincuente por convicción, libertad de conciencia, actos por motivos de conciencia, desobediencia civil.

I. INTRODUCCIÓN

La situación del delincuente por convicción ha ido adquiriendo una creciente actualidad en la Dogmática penal occidental, producto, principalmente, de la evolución del multiculturalismo en las sociedades cosmopolitas y el importante desarrollo de la tolerancia y el pluralismo como herramientas básicas de la convivencia social.

Situaciones como la negación a prestar servicio militar o la objeción a recibir transfusiones de sangre por motivos religiosos en el caso de los Testigos de Jehová, se han visto engrosadas por nuevos acontecimientos sociales, tales como las obstrucciones de paso, la ocupación de inmuebles públicos y privados por motivos políticos-existenciales, atentados de baja incidencia contra empresas que provocan notorios daños al ambiente, eutanasia activa y maltrato de animales por sectas religiosas, entre otros.

Todos los supuestos anteriores giran entorno de un elemento común, cual es el actuar constreñido por un imperativo o convicción ya sea de índole moral, política o

religiosa¹. Precisamente, y para explicar estos supuestos, el jurista Gustav Radbruch, acuña, por primera vez, la denominación de delincuentes por convicción.

Es en razón de esto que surge la necesidad de otorgar el valor correspondiente a aquellas conductas fundadas en la autonomía de las personas que se forjan en sociedad; resulta tan importante como necesario en un Estado que pretende ser democrático, puesto que éste se enriquece y renueva mediante el progreso del pensamiento divergente, ya sea para reafirmarse o perfeccionarse.

Si bien las enunciaciones y reflexiones del penalista y iusfilósofo del Derecho alemán tienen casi un siglo de data, éstas han sido objeto de numerosas críticas y reformulaciones, no siendo un tema pacífico en la dogmática penal.

El presente trabajo tiene por objeto ilustrar al lector sobre la evolución histórica que el concepto de delincuente por convicción ha experimentado, contrastando éstas con los argumentos tanto a favor como en contra en orden a su ubicación en la teoría del delito, y principalmente en cuanto a la pertinencia de esta figura en el juicio de antijuridicidad y el papel actual que juega la libertad de conciencia en estas situaciones. También se expondrá las distintas clasificaciones formuladas por la doctrina, centrando la atención principalmente en el autor por motivo de conciencia, para luego desarrollar algunas ideas sobre la figura del delincuente por convicción en sentido estricto y la desobediencia civil en relación a la concurrencia y diferencias de los distintos elementos que las configuran y las soluciones prácticas que los mentados conceptos guardan entre sí en el ámbito punitivo.

¹Hirsch, *Derecho penal. Obras completas*. 4 vols., Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 2005, Tomo II, pp. 171 y ss.

II. EL DELINCUENTE POLÍTICO

Dentro de los delitos que tienen como fundamento divisor la ilicitud, ya sea absoluta o relativa, del fin que el agente se ha propuesto², se suele distinguir, entre otros, los delitos políticos de los comunes. Entendiendo por delitos comunes aquellos que no son políticos, y traspasando, en consecuencia, el problema de su determinación a la concepción que adoptemos del delito político.

En términos generales, podemos entender éstos últimos como aquellos que tienen por finalidad un ataque a la nación como personalidad política, afectando de este modo las bases fundamentales de la organización gubernamental en su estructura básica³.

De antaño esta clase de delitos han sido considerados y castigados con las penas más graves de todo ordenamiento a fin de reprimir opiniones disidentes que pudieran plantearse al orden establecido⁴ y privándolos de cualquier alternativa que pudiera moderar la severidad de tales castigos. En una primera etapa histórica, esta clase de injustos terminan por configurarse en Roma bajo la descripción del *perduellio*⁵. Durante la segunda etapa, que se extiende desde el Imperio romano hasta 1876, nos encontramos con aquellos delitos políticos que toman la denominación de lesa majestad, cuya mayor expresión de inclemencia se alcanzó en el periodo del absolutismo. Por último, después de la Revolución francesa se produjo un vuelco en cuanto al tratamiento del injusto en cuestión, mediante notables esfuerzos teóricos y legales⁶, cuyo objetivo buscaba evitar la criminalización de dichas conductas, puesto que se vio en ellas a aquellos próceres que levantaron sus manos contra el orden establecido en la búsqueda de un Estado más justo⁷, discurso que bañó el

² Cfr. Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho penal*. Publicados 7 vols., Losada, Buenos Aires, 4ª edición actualizada, tomo III, 1963, p. 165. quien ofrece esta distinción ante la vaga categoría que antaño proponía la doctrina señalando como fundamento de división la naturaleza intrínseca del acto punible.

³ Cfr. Núñez, *Manual de Derecho penal. Parte especial*. Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 2ª edición actualizada por Víctor F. Reinaldi, 1999, p. 393.

⁴ Cfr. Baucellis I Lladós, *La delincuencia por convicción*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 35

⁵ Entendido en Roma como un equivalente a lo que es la alta traición, manifestada generalmente mediante golpes de Estado a fin de desbaratar el orden jurídico o bien constituir uno independiente al margen del establecido.

⁶ Cfr. Jiménez de Asúa. op. vol. et ed. cit., p. 158

⁷ Cfr. Ídem, p. 154

liberalismo de aquel tiempo. Aun así, dicha arenga duró pocos siglos, producto de la llegada de los movimientos revolucionarios comunistas y anarquistas, y la necesidad de los estados totalitarios del siglo XX de reprimir tales manifestaciones de pensamiento de modo ejemplar. En los tiempos actuales se ha vuelto a poner en práctica ciertas nociones liberales en cuanto al delito político, aunque con matices y exclusiones no menores. En dichos casos la denominación usada para estos ilícitos fue la de “delitos contra la seguridad del Estado” o “delitos contra el orden constitucional”⁸.

No es difícil desprender de lo anterior el carácter político de la definición de este tipo de delitos, hecho que portó a juristas como CARRARA a desasirse de esta categoría delictiva, aduciendo que no era posible acoplar el Derecho y la política, la justicia y la política⁹. Idea que lo llevó a deponer la pluma y finalizar su programa con dichas reflexiones.

No obstante ello, gran parte de la doctrina del siglo XIX y XX hizo notorios esfuerzos por explicar el delito político y diferenciarlo de los comunes, elaborando diversos criterios. Entre tales, goza de un trato más benigno y se constituye como una de las teorías más liberales a la teoría subjetiva del delito político, que lo considera como conductas que, si bien constituyen delitos comunes, son ejecutadas por motivos políticos¹⁰. En dichos casos, la atención en la mentada clase de injustos no recae en el impulso con el que actúa el sujeto, sino en la finalidad que pretendió al cometerlo. Finalidad que se configura en la búsqueda de cimentar o apresurar el progreso político y social de un Estado coartado por un gobierno tiránico.

En un primer acercamiento de dicho criterio de diferenciación de los delitos políticos en su noción subjetiva surgen dos ideas interesantes en torno a la delincuencia por convicción. La primera, del jurista Erio Sala, en cuanto a la “teoría de los motivos y fines

⁸ Cfr. Baucellis I Lladós, op. cit., p. 36.

⁹ Cfr. Carrara, *Programa de Derecho criminal*. Traducción de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero. 10 vols., Temis, Bogotá, 1964, vol. VII, p. 525. En conclusión a dicha idea señala Carrara que siempre y en todas partes, cuando la política entra por las puertas del templo, la justicia atemorizada huye por la ventana para regresar a los cielos.

¹⁰ Baucellis I Lladós, op. cit., p. 37. Véase también Jiménez de Asúa, Luís, op. vol. et ed. cits., p. 165.

del delincuente”¹¹ en donde señala que “no podemos admitir siempre que en los delitos políticos se verifique la verdadera entidad del delito, siendo éstos no pocas veces efectos de una convicción en sí misma inculpable”¹², adelantándose de este modo —como señala Jiménez de Asúa— a las nociones del delito por convicción¹³. La segunda idea en torno a este tópico la plantea De Marisco, quien señala que “debe distinguirse el concreto motivo del delincuente del motivo del delito”, aseverando que “mientras esto último caracterizará a la delincuencia política, lo primero será lo que definirá al delincuente por convicción política”¹⁴.

III. EL DELINCUENTE POR CONVICCIÓN DE GUSTAV RADBRUCH

Si bien es claro que la historia, de antaño, ha arrojado personajes cuyas conductas punibles han visto fundado su móvil en convicciones de carácter religioso, moral e incluso político, a quien se atribuye el mérito de haber elaborado por primera vez una sistematización dogmática y legislativa clara y real, es a la doctrina germana de inicios del siglo XX, durante la república de Weimar, con las ideas y elaboraciones del jurista Gustav Radbruch.

Hacia inicios de los años 20 es publicado en la revista *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* el primero de dos trabajos elaborados por RADBRUCH¹⁵ con el título “*Der Überzeugungsverbrecher*” (El delincuente por convicción)¹⁶. Hasta dicho momento el discurso dogmático se encontraba reducido únicamente a la idea y determinación del concepto de delincuente político, mas será justamente a partir de esta

¹¹ Cfr. Erio Sala, citado en De la Torre Reyes, *El delito político: su contenido jurídico y proyecciones sociales*. Editorial La Unión, Quito, 1954, p. 10.

¹² Erio Sala, citado en Jiménez de Asúa, op. vol. et ed., cits., p. 193.

¹³ Cfr. Jiménez de Asúa, Luís. op. vol. et ed. cits., p. 171.

¹⁴ De Marisco, citado en Baucellis I Lladós, op. cit., p. 37.

¹⁵ Radbruch, *El delincuente por convicción*. Trad. y notas de José Luís Guzmán Dalbora. en *Anuario de Filosofía jurídica y social*. Edeval, Valparaíso, 2005. p. 11.

¹⁶ En palabras de Baucellis I Lladós éste fue el primer título que conoció el tema. Posteriormente se acuñó bajo la expresión *Überzeugungsbrecher* (Autor por convicción), mas el autor propone la fórmula de “actuación por convicción” a fin de “adecuarlo de mejor manera a un moderno Derecho penal de acto y no de autor”. (Cfr. Baucellis I Lladós, op. cit., p. 38.)

época que encontraremos un tratamiento diferenciado de la delincuencia por convicción, que guarda palmariamente como antecedente directo la idea del delincuente político¹⁷.

En su *tratado de Derecho penal* JIMÉNEZ DE ASÚA dedica algunas reflexiones al respecto señalando que el delincuente por convicción “no puede identificarse con el delincuente político, aunque éste, por expresa decisión del texto en que aquél aparece, quede comprendido en la más amplia fórmula de las creencias a que terminantemente se refiere”. Asimismo, el jurista madrileño los separa de aquellos delitos pasionales, toda vez que la simple “fe en una idea política, religiosa o moral” puede constituirse como un elemento importantemente vinculado a un aspecto intelectual, por sobre cataduras emocionales de la psiquis¹⁸, ubicándolo finalmente dentro de la categoría de delitos por el grado de “ilicitud y motivación”.

En cuanto al contraste entre el delincuente por convicción y el delincuente común, RADBRUCH explica que este último se constituye como un sujeto que se “encuentra en contradicción consigo mismo”¹⁹ señalando que a razón de esto el Estado, que castiga, “se le sobrepone como su yo más inteligente y superior”²⁰. A diferencia de esto el delincuente por convicción “no es rebatible a partir de sí mismo” puesto que “por más que el Estado lo combata con toda severidad como su adversario, no puede pretender corregirlo como lo haría con un sujeto falto de conciencia moral”²¹.

Este tratamiento diferenciado del delincuente por convicción toma apariencia real a partir de la presentación del proyecto de Código penal general alemán de 1922, elaborado por el propio GUSTAV RADBRUCH, que en ese momento detentaba el cargo de ministro de justicia, durante la cancillería de Joseph Wirth.

Aquel proyecto de Código penal alemán, conocido históricamente como el Proyecto de RADBRUCH, no se convirtió en ley, pero sí lo hizo el proyecto de 1925 que recoge en

¹⁷ Idea que aparece de manifiesto en el inicio del ensayo elaborado por Gustav Radbruch.

¹⁸ Jiménez de Asúa, op. vol. et ed., cits., p. 218.

¹⁹ Radbruch, op. cit., p. 13.

²⁰ Baucellis I Lladós, op. cit., p. 40.

²¹ Radbruch, op. cit., p. 14.

su párrafo §71 la fórmula del delincuente por convicción al indicar que “si el móvil preponderante del autor residió en que él se creyó obligado a realizar el hecho a causa de sus convicciones morales, religiosas o políticas, prisión rigurosa y prisión simple serán reemplazadas por el encierro”²². En palabras de JIMÉNEZ DE ASÚA, aquí la pena de reclusión y prisión pasa a convertirse en una simple “custodia honesta”. Hecho que se condice con los argumentos de RADBRUCH al respecto, toda vez que en tales casos “no está en juego un criterio ético, sino, antes bien, un puro criterio político criminal”²³, señalando para esta clase de ilícitos una pena no infamante²⁴. Asimismo y dentro de esta misma línea el jurista tudesco indica que en tales casos la pena depende de una indagación psicológica que pudiera verificarse objetivamente²⁵. Idea que contribuye a la justificación de la reducción del castigo para el delincuente por convicción.

En cuanto a la definición del tipo realizado por RADBRUCH, es posible distinguir ciertos elementos centrales que configuran el contorno de los actos por convicción²⁶. El primer elemento aparece toda vez que exista “una convicción como la persuasión de un deber”, lo cual cabe complementar con que dicho deber debe encontrarse en contradicción con un imperativo jurídico, y, en segundo lugar, que aquella convicción se constituya como un “motivo preponderante”²⁷.

La influencia que inspira la figura del delincuente por convicción en RADBRUCH tiene un doble cariz. Por un lado, como bien señala BAUCCELLIS, existe una profunda influencia del positivismo como cimentador de las bases científicas que permiten reconocer en el autor por convicción la existencia de elementos exteriores que lo puedan determinar²⁸.

²² Ídem, p. 13.

²³ Ídem, p.14. Esta afirmación nace de la filosofía del relativismo jurídico de Radbruch, en razón de la cual el Estado no es capaz de elaborar un reproche ético en contra de este autor. Es por ello que traslada la discusión a un fundamento político criminal, por encima de un criterio ético al respecto.

²⁴ Consistentes en un encierro sin deshonra ni trabajos forzados, como alternativa a las de presidio y prisión para los delitos políticos. Cfr. Guzmán Dalbora, *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*. Legal Publishing de Chile, Santiago, 2008, p. 104 (nota 39).

²⁵ Radbruch, op. cit., p. 13.

²⁶ Cfr. Baucellis I Lladós, op. cit., p. 40.

²⁷ Radbruch, op. cit., p. 16. Bien señala el autor que dicho móvil debe ser preponderante y no el único “ya que, el hombre es una amalgama muy heterogénea como para obedecer jamás a un solo motivo”.

²⁸ Baucellis I Lladós, op. cit., p. 40.

Por otro lado es innegable la preponderancia del relativismo filosófico jurídico²⁹, cuya fundamentación recae “en la renuncia a «una toma de posición particular entre las concepciones de valor que se combaten, porque las considera a todas y a cada una de ellas como igualmente justificadas en su carácter de deber exclusivo para quien las profesa, ya que vive en la creencia de que lo que se escapa a nuestro conocimiento está de acuerdo con un conocimiento superior e incluso está exigido por él”³⁰. En razón de esto no existiría una única verdad y menos una verdad política que pudiera verificarse³¹. En palabras de RADBRUCH, “no se podría conocer una única verdad ética. Sólo ideas éticas de Estado; una idea de extrema derecha, una de conservadurismo, una idea de democracia, una de liberalismo, una de socialismo, una del comunismo. Sí, ¿cuál es ahora la idea general de Estado? Ninguna idea de Estado, sino ideas de Estado en lucha entre sí”³². Esta reflexión se conviene con la verdadera posibilidad de un Estado democrático, en donde participan mayorías y minorías, puesto que, en caso contrario, de mantener una única verdad, como bien nos muestra la historia, como cuestión pública, nos conduce inevitablemente a una institución totalitaria³³.

Dichas ideas son las que en definitiva justifican la pretensión de RADBRUCH de abogar por una benevolencia en el trato penal del delincuente por convicción. En palabras de BOPP, “en el supuesto del autor por convicción se da el caso que el derecho positivo no despliega ninguna fuerza normativa: orden normativa y deber de la conciencia se enfrentan de forma irrenunciable. El imperativo legal no permite rebatir al juicio de conciencia como injusto. La ley puede garantizar su poder ante el autor por convicción pero no demostrar su validez normativa”³⁴.

Es en esta primera versión de la noción del delincuente por convicción en que RADBRUCH defiende un trato benévolo basado en un criterio político criminal, toda vez

²⁹ Rodríguez Paniagua, *El relativismo jurídico de Radbruch y su consecuencia política*, en *Revista de estudios políticos*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, N° 128, Marzo-Abril 1963, p. 88.

³⁰ Radbruch, op. cit., p. 15.

³¹ Cfr. Baucellis I Lladós, op. cit., p. 42.

³² Ídem., p. 42.

³³ Cfr. Pastor. *¿Procesos penales sólo para conocer la verdad?* en *Revista Jueces para la Democracia*. n.º 59, Madrid, 2007 p. 121.

³⁴ Bopp, citado en Baucellis I Lladós, op. cit., p. 42.

que aplicar la pena a fin de buscar una retribución o “mejora”³⁵ para el sujeto, carecería de sentido, puesto que en éste hay una completa y armónica concordancia entre sus convicciones y su comportamiento. Convicciones que el Estado no debe doblegar, sino sólo respetarlas y tratarlas como un contrincante de las presentes ideas morales, políticas y religiosas que imperan en una sociedad.

IV CRÍTICAS Y EVOLUCIÓN DE LA NOCIÓN DEL DELINCUENTE POR CONVICCIÓN DE RADBRUCH.

Las reacciones ante la propuesta de RADBRUCH, respecto del tipo criminológico del delincuente por convicción y su penalidad, no tardaron en hacerse presentes en términos desfavorables para éste.

Durante el congreso de Colonia de 1926 distintos juristas alemanes manifestaron su reprobación respecto del párrafo §71 del proyecto de Código penal de 1925. Las críticas apuntaron a distintos aspectos de la propuesta de RADBRUCH.

En primer lugar, partiendo del supuesto de RADBRUCH que proponía un trato “caballeroso”, parte de la doctrina de aquel tiempo lo refutó señalando que el Estado debía procurar, de igual modo, que aquel adversario político también actuara caballerosamente³⁶.

Por otra parte, se criticó la falta de nitidez del concepto elaborado por RADBRUCH, considerándolo en palabras de VON HIPPEL en algunos casos “muy amplio” y en otros “demasiado estrecho”³⁷, y dentro de esta misma lógica le criticó el hecho de incluir convicciones inmorales o bien que ataquen intereses superiores del Estado

³⁵ Radbruch, op. cit., p. 15. Como bien señala Guzmán Dalbora en nota al pie de esta traducción, el autor juega con el verbo “*bessern*”, que alude tanto a “mejorar como corregir”.

³⁶ Cfr. Jiménez de Asúa, op. vol. et ed. cits., p. 219.

³⁷ Ídem.

y los sujetos³⁸. En razón de esto, KOHLRAUSCH indicó que la figura del delincuente por convicción quedase constreñida a convicciones con caracteres respetables o altruistas³⁹.

En cuanto a la verificación judicial del imperativo político, religioso o ético que configura al delincuente por convicción, entendiéndolo como un tipo psicológico-criminal, se esbozaron aún otras críticas, partiendo por WOLF, quien después de haber explicado las modalidades típicas de la decadencia interna⁴⁰ de los sujetos, incluyendo dentro de dicha categoría al delincuente por convicción, señala que éstas “no son cualesquiera tipos psicológicos o sociológicos, sino representan posibilidades de decadencia precisamente de dicho ser, que están delineadas *a priori* en la esencia del ser jurídico de la persona. En ellas se expresa la estructura óntico-existencial del *Dasein* (existencia) del autor. Y ésta precede a toda Psicología, pertenece a los *a priori* materiales de la vida jurídica”⁴¹.

Asimismo, WOLF incluye al delincuente por convicción, según el análisis que realiza el español GÓMEZ MARTÍN, en su tercera categoría de autores en donde el grado de decadencia de la *persona de Derecho* alcanza el punto más alto⁴². En razón de ello, indica el jurista alemán, a propósito de la aludida clase de infractores, que “éste manifiesta decadencia en la disposición de ánimo jurídica al convertir su porfiada voluntad personal en pauta de todo Derecho, por dejar que la voluntad jurídica degenera en arbitrariedad, en vez de medirse con el patrón del Derecho objetivo”. Se trataría, por consiguiente, de un sujeto de “apasionada antisocialidad o hipersocialidad”, el cual, en virtud de su corrupción interna, provoca una ruptura con la comunidad⁴³. Dicha visión tendrá una fuerte repercusión en el periodo del nacionalsocialismo, cuando, como veremos más adelante, el hecho por

³⁸ Cfr. Baucellis I Lladós, op. cit., p. 45.

³⁹ Cfr. Jiménez de Asúa, op. vol. et ed. cit., p. 220. Véase también Baucellis I Lladós, op. cit., p. 45.

⁴⁰ La cual implica una desvinculación, apartamiento y caída paulatina del sujeto hasta quedar marginado del Derecho. Cfr. Gómez Martín, *¿Tiene cabida el Derecho penal de autor en un Estado liberal?* Apuntes sobre el Programa de Marburgo, la concepción Sintomática del delito, el Derecho penal nacionalsocialista y el actual Derecho penal del enemigo. Instituto de Estudio e Investigación Jurídica, Nicaragua, 2007, p. 116.

⁴¹ Wolf, *Sobre la esencia del autor*. Traducción directa del alemán de José Luis Guzmán Dalbora, p. 7. disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-r4.pdf>. Fecha de la última consulta: 24 de abril del 2010.

⁴² Cfr. Wolf, citado en Gómez Martín, op. cit., p. 117. Al tratar Gómez Martín las tres categorías distingue entre compañero de Derecho, sujeto de Derecho y persona de Derecho o persona jurídica, atendiendo como criterio divisor a las distintas clases de vínculo que puede tener un sujeto con el Derecho.

⁴³ Cfr. Gómez Martín, op. cit., p. 121.

convicción constituye un acto de vulneración del deber de fidelidad al pueblo y, en consecuencia, no puede ser acreedor de un tratamiento preferencial.

Otro aspecto bastante criticado por la doctrina alemana fue el motivo preponderante del delincuente por convicción. LIEPMANN señaló que “podría haber otras fuerzas psíquicas que influyeran en la escala de valores del sujeto y que impedirían la calificación de uno de ellos como decisivo”⁴⁴.

El fundamento filosófico de RADBRUCH para cimentar las bases del tipo criminológico del delincuente por convicción, fue considerado, en palabras del conde GLEISPACH, como un “relativismo extremo y una ética individual, en el *pathos* del delincuente por convicción”⁴⁵. Idea que fue desarrollada con mayor intensidad por WOLF, quien consideraba que a “la ética del Estado le correspondería la preeminencia absoluta sobre las otras obligaciones éticas”. Para este teórico del nazismo, “el conflicto entre la convicción y la norma penal no era ético-individual sino ético social”. En razón de ello, el proceso de verificación pasará por la pertenencia del individuo juzgado a ese grupo⁴⁶.

Una tercera línea de críticas al tipo criminológico de RADBRUCH recayó sobre los presupuestos político-criminales. En este sentido, NAGLER argumentó que “la retribución no es una compensación ética, sino jurídica”, de modo que la real aspiración del Estado no era inculcar una convicción ética en los sujetos mediante la pena, sino privar al infractor “con una pérdida de igual valor en derechos o bienes jurídicos”⁴⁷.

A pesar de las censuras que se manifestaron, especialmente en las jornadas de Colonia de 1927, respecto del párrafo 71 del Proyecto de Código de 1926, varios autores de dichas críticas asumieron, a pesar de éstas, la defensa del tipo psicológico del delincuente por convicción⁴⁸, pero con una reformulación de la expresión señalada en dicho párrafo, a fin de otorgarle un sentido más claro, acotado y que a su vez ofreciese una mayor seguridad

⁴⁴ Liepmann, citado por Baucellis I Lladós, op. cit., p. 46.

⁴⁵ Jiménez de Asúa, op. vol. et ed. cits., p. 219.

⁴⁶ Cfr. Wolf, citado por Baucellis I Lladós, op. cit., p. 47.

⁴⁷ Nagler, citado por Baucellis I Lladós, op. cit., p. 48.

⁴⁸ Ídem. 48.

jurídica. En definitiva, la formulación del tipo del delincuente por convicción, para el proyecto de Código penal de 1927 y 1930, y las cuestiones planteadas por “el móvil preponderante” y “las causas de sus convicciones”, fueron sustituidas por la realización de un hecho ejecutado por “motivos de valor respetables y dignos” y con la limitación de que dicha “ejecución y consecuencias” no fueren “especialmente censurables”, imputándole, por último, la pena de arresto en vez de encierro.

Durante el imperio de la Escuela de Kiel en la Alemania nazi el tratamiento del tipo criminológico del delincuente por convicción fue en reversa, producto de aquel cambio de paradigma que, durante ese periodo, priorizaba o protegía los valores de lo colectivo por encima del dominio del individuo, lo cual produjo un vuelco en el entendimiento de la esencia del delito, en el cual pasó a considerarse la afectación al deber de fidelidad al pueblo⁴⁹. La noción del delincuente por convicción trabajada hasta dicho momento pasó de obtener un trato diferenciado a convertirse en un verdadero enemigo y traidor del pueblo, dejando en el olvido el esfuerzo dogmático por incluir esta figura en el ámbito privilegiado de la punibilidad.

El concepto resurge en los años cincuenta a partir del artículo cuarto de la ley fundamental alemana⁵⁰, trasladando, eso sí, la discusión principalmente hacia el autor de conciencia, planteando con ello una estrecha conexión entre este último y el delincuente por convicción, al punto de confundirlos y, en consecuencia, restringir el alcance de la noción del delincuente por convicción a este único aspecto. Al respecto, JERICÓ ilustra dicha aseveración con las conclusiones tomadas de las séptimas jornadas de juristas alemanes en Checoslovaquia, donde los juristas RITTLER, FOLTIN y WINTERSTEIN “ponen de manifiesto esta unión y califican al delincuente por convicción como aquel sujeto que en su conciencia se siente obligado al hecho”⁵¹.

⁴⁹ Cfr. Gómez Martín, op. cit., pp. 129-130.

⁵⁰ Dicho artículo distingue lo siguiente: (1) *La libertad de creencia y de conciencia y la libertad de confesión religiosa e ideológica son inviolables.* (2) *El libre ejercicio del culto.* (3) *Nadie podrá ser obligado, contra su conciencia, a realizar el servicio militar con armas. La regulación se hará por una ley federal.*

⁵¹ Jericó, *El conflicto de conciencia ante el Derecho penal*. Editorial La Ley, Madrid, 2007, p. 70

Ahora bien, en el último tiempo, y producto de la importante evolución social que se ha experimentado, en cuanto a la aceptación, el cuidado y la integración de la autonomía del individuo y la inserción del liberalismo como corriente ético-política en las actuales sociedades modernas⁵², es posible verificar un retorno a concepciones más amplias y globalizadoras de aquellos delitos realizados por algún imperativo moral, político o religioso y su consecuente trato diferenciado, reelaborando de este modo distintas nociones que giran en torno a la idea de la delincuencia por convicción, mediante el desarrollo de distintas categorías dogmáticas.

Las propuestas de dichas categorías de estudio han abierto un nutrido espectro de nociones relacionadas con estos ilícitos que actualmente superan el ámbito de la punibilidad para extenderse a la culpabilidad y la antijuridicidad. Diversos autores han formulado clasificaciones relacionadas con la delincuencia por convicción a fin de explicar sus alcances y justificar sus respectivos tratamientos penales. Una de las primeras y más importantes clasificaciones ofrecidas por la doctrina corresponde a las categorías de delincuentes por convicción y delincuentes de conciencia, distinción formulada por WELZEL⁵³. JAKOBS, a su vez, distingue entre un delincuente por convicción blando en que el autor “puede compaginar un comportamiento alternativo conforme al Derecho con su identidad”, y un delincuente por convicción duro o autores en conflicto, cuya contienda entre sus convicciones y el Derecho es irresoluble⁵⁴. Otros juristas, como HIRSCH, extienden y completan la idea de actos por convicción, agregando otras nociones, lo cual diferencia, de este modo, el delincuente por convicción en sentido estricto, del autor por motivo de conciencia y la desobediencia civil⁵⁵.

Los siguientes capítulos se enfocarán principalmente en la objeción de conciencia desde su antijuridicidad, con ciertas nociones sobre el delincuente por convicción en sentido estricto y la desobediencia civil.

⁵² Cfr. Dieterlen, *Objeción de conciencia*, en *Objeción de Conciencia*. Cuadernos, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Ciudad de México, 1ª Edición, 1998, pp. 187-188.

⁵³ Cfr. Jericó, op. cit., p. 71.

⁵⁴ Jakobs, *Derecho Penal*. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Segunda edición corregida. Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 699.

⁵⁵ Hirsch, op cit., p. 174.

V. EL AUTOR POR MOTIVO DE CONCIENCIA

DIETERLEN remonta los orígenes de esta institución a los inicios del cristianismo romano, adquiriendo una real y significativa importancia en los tiempos modernos en virtud del avance y progreso de aquella corriente ético-política llamada liberalismo⁵⁶.

Dado que dicha evolución en particular excede las pretensiones de nuestro trabajo, nos abocaremos principalmente en este acápite al concepto y elementos del hecho por motivo de conciencia, así como también sus diferencias con el delincuente por convicción en sentido estricto y la desobediencia civil, y por último su posible tratamiento penal en el ordenamiento jurídico chileno.

1. Precisiones conceptuales y fundamentos del autor por motivo de conciencia.

La generalidad de los conceptos y nociones esgrimidos para explicar las actuaciones motivadas por un imperativo de conciencia tiende a confundirse con determinadas ideas filosóficas y religiosas revestidas de un carácter preferentemente occidental, o bien, con casos particulares paradigmáticos, como el incumplimiento del servicio militar obligatorio por motivos de conciencia. Parte de esas formulaciones dogmáticas, desafortunadamente, suelen desentenderse, en este sentido, de aquellos principios que cimientan el núcleo básico de todo Estado de Derecho, principios y valores tan sólidos como lo son la igualdad ante la ley y la idea de democracia, cuyo juego y respeto entre mayorías y minorías hacen imprescindibles su correcto y real funcionamiento. Dichas formulaciones se encuentran generalmente restringidas a nociones propias del cristianismo occidental.

Aun así, ciertos planteamientos de la doctrina española resultan interesantes al tratar esta clase de conductas. Sin ir más lejos, parte de la dogmática penal peninsular coincide con la postura de BAUCCELLIS que apunta a la necesidad de “avanzar en una definición autónoma de conciencia, no entendida como ajena al concepto de deber, pero sí al deber

⁵⁶ Cfr. Dieterlen, op. et ed., cits., p. 187.

heterónimo”⁵⁷. En otras palabras, al momento de elaborar un concepto de hecho por motivo de conciencia, debe prescindirse de aquellas nociones e interpretaciones que tiendan a restringir la idea del *forum internum* a determinados caracteres religiosos o filosóficos y apostar por una noción amplia dirigida al principio de la autonomía de los sujetos, en el sentido de reconocer aquella libertad del individuo de poder autogobernarse, o como bien explica RAZ, reconocer aquel “derecho y aptitud a desarrollar sus capacidades y gustos y ser capaces de llevar el tipo de vida que ellos quieren”⁵⁸.

En Chile, SQUELLA define el hecho de conciencia como aquel “acto individual que consiste en transgredir un deber impuesto por el Derecho, invocándose para ello, por el correspondiente sujeto normativo, que su conciencia moral le obliga a ejecutar un acto diferente del mandado por el Derecho”⁵⁹. Definición que se condice en parte con aquella que entrega el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, al entender la decisión de conciencia como “toda decisión éticamente seria, orientada por las categorías de lo bueno y lo malo, que el individuo experimenta internamente como vinculante y necesariamente obligatoria, de modo tal que no podría actuar contra ella sin sufrir un serio cargo de conciencia”⁶⁰.

Como puede apreciarse, ambos conceptos identifican la conciencia como un acto individual de cada sujeto, imperado por categorías morales, que forman parte del ámbito de su autonomía personal y que importa una valoración ética de una determinada situación y que en virtud de ello el sujeto pretende eludir el cumplimiento de un mandato ordenado por el Derecho. Estas ideas nos acercan a la noción de actuación por motivo de conciencia a fin de explicar y configurar de mejor manera sus contornos, admitiendo con mayor claridad la diferenciación que existe entre ésta y la actuación por convicción en sentido estricto.

⁵⁷ Baucellis I Lladós, op. cit., p. 137.

⁵⁸ Raz, *La autoridad del Derecho: Ensayo sobre Derecho y Moral*, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 1982, p. 343.

⁵⁹ Squella, *La objeción de conciencia en el marco de la heteronomía del Derecho*, en *Revista de Ciencias Sociales N° 51*. Editorial EDEVAL, Valparaíso, 2006, p. 380.

⁶⁰ Hirsch, op. et vol., cits., p. 182.

Cabe hacer hincapié en un aspecto fundamental que se presenta en estos sujetos, el cual radica justamente en las consecuencias derivadas de la realización del imperativo jurídico, es decir, cuando obra en contravención a su *forum interum*. GONZÁLEZ VICÉN matiza muy bien esto al indicar que “lo único que el desobediente ético pretende es la paz consigo mismo, y por eso, está dispuesto a sufrir la pena que lleva aparejada la infracción jurídica (...) En la desobediencia ética *al Derecho alienta, en verdad, un momento de auténtico dramatismo, que no debe pasarse por alto.*”⁶¹. Ello pone de manifiesto un aspecto relevante del mismo hecho, al considerar en primer lugar la vinculación y obligatoriedad que experimenta el sujeto con su conciencia, y en segundo lugar, el “dramatismo” o las consecuencias que dicho conflicto provoca en el interior del sujeto.

A fin de entregar una noción conceptual que contemple aquellos elementos esenciales, que —a nuestro parecer— constituyen el núcleo del acto por motivo de conciencia podemos decir que éste corresponde a un imperativo ético o moral de carácter obligatorio y vinculante que impele a un sujeto a abstenerse de la realización de una conducta o bien actuar de forma diversa al mandato del Derecho, a fin de no sufrir un menoscabo interno en su substancia o personalidad.

Con todo, deben tomarse en cuenta otros factores, además del principio de autonomía, que permiten fundamentar la especial consideración que el Derecho debe tener ante el autor de conciencia. Entre ellos, el principio del pluralismo constituye un sólido fundamento a favor, en cuanto al deber y la finalidad del Estado de crear condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible en consecuencia a sus fines propios. Esta declaración, contenida en el artículo primero de nuestra Constitución, no sólo consagra el principio de autonomía que posee cada individuo, sino también reconoce y protege a aquellos sujetos —que en palabras de RAZ— poseen “concepciones morales formadas” y el “derecho de éstos a ser leales a ellas aun si son equivocadas”⁶².

⁶¹ Atienza y Ruiz Manero, *Entrevista con Felipe González Vicén*, en *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 3, Alicante, 1986, p. 321. (El subrayado es nuestro).

⁶² Raz, op. cit., p. 344.

La democracia, por su parte, cumple un papel esencial a la hora de considerar los fundamentos constitucionales de estos hechos. BOBBIO, al momento de identificar las condiciones para llegar a una definición mínima de democracia, dice que comprende “el derecho a participar directa o indirectamente en la toma de decisiones colectivas reconocido a un número muy elevado de ciudadanos”; en segundo lugar, “la existencia de reglas de procedimientos” regidos por el principio de la mayoría; y por último, “la necesidad de que aquellos que son llamados a decidir sean colocados frente a alternativas reales y puestos en condiciones de poder elegir entre una y otra”, a lo cual agrega el autor italiano que para cumplir con este último requisito se hace indispensable garantizar, a aquellos llamados a decidir, sus derechos de libertad, de expresión de la propia opinión, de reunión, de asociación, etc. Derechos “sobre cuya base ha nacido el Estado liberal y se ha construido la doctrina de Estado de Derecho”⁶³. Los elementos mencionados, para asegurar la tercera condición en pos de una elaboración mínima de la noción de democracia, dotan de fuerza a la idea del autor por conciencia, toda vez que la garantía de un verdadero Estado liberal y de Derecho cubierto por el manto de la democracia depende de la libertad, que ese mismo Estado resguarda a sus ciudadanos en orden a forjar sus propias convicciones y vivir en conformidad a ellas. Tal elemento constituye la base de un Estado democrático dinámico que respeta conciencias disidentes que han alcanzado un alto grado de profundidad en los el proceso formativo de los sujetos. Con esto, cabe indicar, no se pretende dotar de una reserva moral, de los individuos, a las reglas de la mayoría, sino simplemente arribar a un equilibrio en esta dinámica de mayorías y minorías, a fin de no convertir la regla de la mayoría en la dictadura de éstas, y establecer, por consiguiente, ciertos mecanismos y criterios que justifiquen, exculpen o atenúen la responsabilidad del objetor en casos calificados.

⁶³ Squella, *La definición mínima de democracia de Norberto Bobbio*. en *Norberto Bobbio, estudios en su homenaje*, *Revista de Ciencias Sociales*. Edeval, Valparaíso, 1987, p. 395.

2. Características del autor por motivo de conciencia. Delimitación frente a la figura de la desobediencia civil y del delincuente por convicción en sentido estricto.

Es posible identificar ciertos aspectos del autor de conciencia que permiten distinguir dicha noción de aquellas contenidas en los actos por convicción en sentido estricto y la desobediencia civil —ello únicamente de modo enunciativo, puesto que dichos aspectos se verán con mayor profundidad en cada caso particular— y en consecuencia sus distintos tratamientos desde una perspectiva penal.

En primer lugar, en cuanto al hecho por motivo de conciencia, éste consiste en un acto individual, lo cual implica en palabras de RAZ “un acto privado hecho para proteger al agente de la interferencia de parte de la autoridad pública”⁶⁴, a diferencia de la desobediencia civil, que se manifiesta y existe sólo entre miembros de un grupo⁶⁵.

En cuanto a su finalidad, el autor de conciencia busca eximirse a sí mismo del cumplimiento de la norma que cuestiona para sí. En cambio una de las características propias de la desobediencia civil es la voluntad de oponerse a una política gubernativa determinada o a un gobierno específico, incluso cuando se prescinda del apoyo mayoritario⁶⁶.

Por otra parte, en relación al delincuente por convicción en sentido estricto, el fundamento que se invoca para eludir el cumplimiento de un deber jurídico, en el caso del autor de conciencia, tiene como base un imperativo moral, que se sustenta en un proceso de valoración personal por parte de éste. Sustento que para HIRSCH no se verifica en el caso del delincuente por convicción en sentido estricto, dado que en estas situaciones el sujeto “actúa motivado por la conciencia del deber pero sin la obligación perentoria derivada de la

⁶⁴ Raz, op. cit., p.339.

⁶⁵ Arendt, *La disobbedienza civile e altri saggi*. Giuffrè, Milano, 1985, p. 36. En razón de esto la pensadora Alemana adhiere a la idea de que la desobediencia civil llevada a cabo por un solo sujeto no podría ser determinante. Una desobediencia civil que sea verdaderamente significativa debe venir de un cierto número de personas unidas por un interés común.

⁶⁶ Arendt, op. cit. p. 37.

vivencia interna resultante de la contradicción entre lo «bueno» y lo «malo»⁶⁷. En otras palabras, la diferencia entre el imperativo de conciencia y el de convicción es “la afectación o no de la dignidad personal en caso de desatender el imperativo de carácter interno”⁶⁸ o, como explica DE FIGUEREIDO, implicaría la “aniquilación o destrucción de la personalidad del sujeto”⁶⁹.

3. El autor de conciencia ante el Derecho penal.

La doctrina mayoritaria en materia penal ha tendido, históricamente, a considerar que el autor de conciencia, al realizar los elementos del tipo penal, actúa antijurídica y culpablemente, superando, en consecuencia, todo aquel sistema de filtros elaborados por la teoría del delito y situando dicha figura en el ámbito de la determinación de la pena con efectos atenuantes⁷⁰.

Sin embargo, es posible constatar, mediante un análisis más acucioso, cómo la noción del autor de conciencia puede considerar ciertas causas de justificación, o bien de inculpabilidad.

3.1. El autor de conciencia y la antijuridicidad.

La antijuridicidad —en palabras de MIR PUIG— requiere, aparte de un “tipo penal imputable a una conducta peligrosa *ex ante* y voluntaria, la ausencia de causas de justificación”⁷¹, lo cual implica la convergencia de ciertos motivos reconocidos por el legislador y que a su vez constituyen, a través de una ponderación global de bienes

⁶⁷ Hirsch, op. et vol., cits., p. 197.

⁶⁸ Jericó, op. cit., p. 75

⁶⁹ De Figueredo, *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. Editora revista dos tribunais Ltda., Sao Paulo, 1999, p. 323. Igual reflexión se puede apreciar en las ideas de Roxin al señalar que la coacción a actuar contra la propia conciencia amenace con “destruir la personalidad del sujeto” (Roxin, *Derecho Penal Parte general. Fundamentos*, Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Editorial Civitas, Madrid, 1997, p. 942).

⁷⁰ Hirsch, op. et vol., cits., p. 175.

⁷¹ Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*. Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 8ª edición, 2008, p. 169.

jurídicos que instituyan —en palabras de ZAFFARONI— un “límite al poder de interferencia del Estado”⁷².

Sin bien, la opinión mayoritaria en la doctrina alemana, sobre la idea de considerar la libertad de conciencia como una causal de justificación es criticada, un sector minoritario, afirma la posibilidad, bajo el alero de aquella garantía, de plantear una supremacía de las decisiones de conciencia frente a las normas estatales, postura que trae como resultado una exclusión de la antijuridicidad⁷³.

En términos generales los reparos doctrinales en cuanto a la inclusión de una causal de justificación de estas conductas son, en primer lugar, el hecho de la imposibilidad de que los ciudadanos puedan desentenderse de las normas jurídicas generales invocando como causal de justificación la protección de la libertad de conciencia, puesto que no resulta factible “dejar la exigencia del Derecho librada a la conciencia individual”⁷⁴. Lo cual implicaría, en otras palabras, una abdicación por parte de la mayoría, representada en las leyes, ante una minoría divergente. En palabras de ROXIN “ya que el Derecho es un orden objetivo y sufriría una merma esencial en su poder regulador de conductas si cualquier persona pudiera hacer caso omiso del mismo, según los criterios de su conciencia individual (a menudo sectaria). Si quedaran sin sanción las injerencias en derechos de terceros por motivos de conciencia, se acabaría favoreciendo abusos cuya tolerancia tampoco puede deducirse del derecho fundamental de la libertad de conciencia”⁷⁵.

Ciertas críticas dirigidas a la justificación de determinados actos de conciencia tienden a orientarse, asimismo, a aquella consideración de la “superioridad moral del Estado”⁷⁶, en donde la conciencia individual no constituye de modo alguno una garantía de superioridad del contenido normativo de la decisión, a diferencia del Estado que posee una superioridad moral que se desprende del valor ético comprendido en sus normas. En razón

⁷² Zaffaroni; Slokar; Alagia, op. et ed. cits., p. 463.

⁷³ Hirsch, op. et vol. cits., p. 176.

⁷⁴ Zaffaroni; Slokar; Alagia, op. et ed. cits., p. 580

⁷⁵ Roxin, *Culpabilidad y prevención en el Derecho Penal*. Traducción, introducción y notas de Francisco Muñoz Conde, Editorial Reus, Madrid, 1981, p. 89.

⁷⁶ Baucellis I Lladós, op. cit., p. 189.

de ello, no sería posible admitir causa de justificación alguna respecto de esta clase de actos⁷⁷.

En tercer lugar, cabría hacer alusión a una posible reticencia por parte de quienes interpretan el derecho de considerar la libertad de conciencia como una causa de justificación, en cuanto a considerarlo a primera vista un derecho difuso, carente de límites concretos y susceptible de prestarse a cualquier clase de abusos, en cuanto a justificar todo en ello.

Es deber hacerse cargo de los mencionados reparos a fin de evidenciar y resolver importantes incisuras que ponen en tela de juicio tanto la validez general como razonabilidad de éstos, pese a su dominante reconocimiento en la Dogmática.

En cuanto a la primera objeción, el problema tiende a radicar en aquella infructuosa tarea de la doctrina penal de globalizar las situaciones con el objeto de entregar una respuesta unitaria a esta clase de hechos, pasando por alto los matices que puedan presentarse en los distintos casos particulares⁷⁸. Por otra parte, esta primera crítica constituye una tesis que irremediablemente excluye la libertad de conciencia como un derecho subjetivo, lo cual en términos prácticos inficiona todo contenido práctico de esta declaración. Como bien lo explica GOMEZ BENITEZ, “no es, en efecto, lógicamente explicable que a los derechos fundamentales previstos en los textos constitucionales y, en concreto, al Derecho a la libertad de conciencia, no se les reconozca, pese a su innegable naturaleza de derecho positivo, eficacia directa en el ámbito del derecho penal”⁷⁹. Considerar, desde una mirada democrática, que dichos actos constituirían una reserva moral a las normas de la mayoría, implica olvidar que el respeto a la libertad de conciencia es también una manifestación de la voluntad soberana, que, por lo demás, alcanza la jerarquía más alta entre las normas de nuestro ordenamiento.

⁷⁷ Ídem.

⁷⁸ Cfr. Hirsch, op. et vol., cits., p. 181.

⁷⁹ Gómez Benítez, *Consideraciones sobre lo antijurídico, lo culpable y lo punible, con ocasión de conductas típicas realizadas por motivos de conciencia*, en: *Ley y conciencia: moral legalizada y moral crítica en la aplicación del derecho*. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Madrid, 1993. p. 76.

En la misma línea, BÖCKENFÖRDE, quien probablemente ha trabajado en forma más completa el tema, señala que “no resulta posible limitar la libertad de conciencia únicamente al *forum interno* y excluir la libertad de obrar en conformidad a la conciencia (...) En definitiva no sería ni real ni sensato reducir la conciencia al nivel de una libertad en que cada dictador no interesado en utilizar métodos orwellianos podría tranquilamente admitir”⁸⁰. Por otra parte, en el caso estrictamente penal, limitar los derechos y libertades que garantiza la Constitución a leyes penales ordinarias conduciría a dotar a aquéllos de una verdadera reserva legal⁸¹, lo cual atentaría en contra de su jerarquía normativa dentro del ordenamiento jurídico.

Resulta imprescindible entender el Derecho como un fenómeno complejo de reglas y excepciones, y no como un simple imperativo absoluto de normas de una mayoría. Toda vez que éstas regulan el acontecer de una sociedad cada vez más heterogénea, donde los sujetos son libres de pensar y de desenvolverse en su medio en razón de sus propias convicciones. Y de ello deriva precisamente la insoslayable tarea de realizar una labor de ponderación de los preceptos legales y de aquellos principios jurídicos que inspiran su sanción, sea en leyes ordinarias, normas constitucionales o tratados internacionales; dándoles, de este modo, contenido y coherencia. Parece poco razonable indicar que en razón de una ley establecida por la mayoría deba excluirse de contenido aquellas normas de mayor jerarquía y principios que protegen la libertad de pensamiento y pretenden, por lo mismo, morigerar o equilibrar las consecuencias de leyes ordinarias precisamente en favor y respeto de aquella minoría. Si tanto la jurisprudencia como la doctrina han logrado establecer, mediante un valioso esfuerzo, un equilibrio entre la libertad de expresión y el honor de las personas, así como también en la ponderación de bienes jurídicos que concurren en la legítima defensa y en el estado de necesidad, similar ejercicio debe ser realizado en cuanto a la libertad de conciencia y el resto de bienes jurídicos que protege el ordenamiento, estableciendo criterios y límites objetivos, realizando una ponderación de éstos en razón de dichos límites y no excluyendo *a priori* del juicio de antijuridicidad esta clase de derechos fundamentales.

⁸⁰ Böckenförde, *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della Costituzione e di Diritto costituzionale*. Giuffrè, Milano, 2006. p. 290.

⁸¹ Cfr. Hirsch, op. et vol., cits., p. 178.

En cuanto al argumento de la superioridad moral del Estado, poca relación han de tener las “consideraciones que deban hacerse en el análisis de antijuridicidad del Derecho penal de un Estado democrático y de derecho”⁸², en especial si tomamos en cuenta que el juicio de antijuridicidad constituye un valor objetivo en razón del cual se pondera la conducta típica con el Derecho considerado en su conjunto. Asimismo los derechos que se reconocen a través de los preceptos permisivos son los mismos que garantiza el principio de reserva. Ello, pues “la inevitable abstracción del tipo le hace pasar por alto circunstancias que determinan que en algunos casos la acción típica sea precisamente un ejercicio de esos derechos⁸³”, lo que —en definitiva— constituye una clara limitación a la facultad del Estado de punir.

Por último, en lo que respecta a la tercera prevención para negar causal alguna de justificación para estas figuras, es del todo admisible partir de este criterio, en cuanto al hecho de que no resultaría sensato admitir, por ejemplo, que una causal de justificación basada en la libertad de conciencia para aquella persona que mate a otra por que se sentía moral, política o religiosamente obligada a hacerlo. Ello en razón de la clara superioridad jerárquica que existe entre el derecho a la vida y la libertad de conciencia. Mas esto no resulta un argumento idóneo para excluir del juicio de antijuridicidad a dichas conductas, sino únicamente, para limitar el contorno de la libertad de conciencia respecto de otros bienes jurídicos y realizar una ponderación en cuanto a la colisión que eventualmente pueda suscitarse entre ambos.

Resulta necesario, tomando en cuenta esto último, establecer límites y criterios razonables que nos permitan aplicar la libertad de conciencia en ámbitos concretos de un hecho típico, buscando, de este modo, un equilibrio entre los posibles bienes afectados. Tarea que ya varios autores se han emprendido a fin de dotar a la libertad de conciencia de una realidad que vaya más allá de una simple declaración carente de sentido práctico.

⁸² Baucellis I Lladós, *op. cit.*, p. 192.

⁸³ Zaffaroni; Slokar; Alagia, *op. et ed. cits.*, pp. 460-461

Podemos, entonces, distinguir en cuanto a límites a la libertad de conciencia, aquellos intrínsecos, entendidos dentro de la misma redacción del texto constitucional y tratados que se pronuncian sobre el particular, y extrínsecos en cuanto a la conjugación de éste con las demás garantías fundamentales que protege nuestro ordenamiento.

3.1.1. Límites intrínsecos a la libertad de conciencia.

En lo que toca a este apartado, deben tomarse en consideración los diversos textos que regulan el particular, sea en el estatuto de garantías de la carta constitucional de 1980, sea en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y vigentes. En razón de esto, encontramos distintos preceptos que se pronuncian sobre la materia, ampliando y restringiendo la misma. Así, es posible identificar las siguientes fuentes normativas: en cuanto a nuestra legislación constitucional, el artículo 19 N° 6 de la Constitución Política de la República de Chile; asimismo, de aquellos tratados convenidos con Chile, entre los más relevantes para este estudio, se encuentran la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 12 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 18.

La constitución Política de la República en su artículo 19 N° 6

“La Constitución asegura a todas las personas:

“6°.- La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público”.

En su artículo 12 la Convención Americana de Derechos Humanos, en los siguientes términos:

"Artículo 12. Libertad de Conciencia y de Religión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de

creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.

2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.

3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.

4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones."

Por último, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, en su artículo 18 indica:

"1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.

2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección.

3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones."

En todos los preceptos mencionados se plantea una clara protección a la libertad de conciencia de los individuos considerándola, — como bien plantea NOGUEIRA —, en nuestro ordenamiento como una unidad indisoluble con el individuo en donde “la persona «es» tal con su conciencia (...) La libertad de conciencia exige asimismo al individuo una actuación externa conforme a sus propios juicios morales (...) aun cuando puedan ser equivocadas”.⁸⁴

A pesar de esto, la postura de restringir la libertad de conciencia únicamente al *forum interno* está presente en más de algún constitucionalista chileno al momento de explicar el tema en cuestión, que tienden a remitirse especialmente a las actas de la comisión Ortúzar y en particular a la postura de Jaime Guzmán quien plantea que esta libertad era “la libertad del fuero int̄erno, que entiende siempre y en forma absoluta e inviolable, en la cual nadie puede penetrar y a la cual la esfera del derecho no alcanza. Libertad que se puede extender a materias religiosas en forma prioritaria, pero se puede extender a otras materias”⁸⁵. Rimbombante idea que resulta del todo consecuente y coherente a los términos en que dicha comisión se constituyó y trabajó.⁸⁶

Por otra parte, reducir actualmente el debate de la libertad de conciencia a mencionar la opinión de uno de los integrantes de la primera de las tres comisiones de la Constitución de 1980, es errado y carente de rigor, toda vez que se omite referencia alguna al notable avance que se ha logrado con el resto de las regulaciones de este derecho fundamental, en especial en el ámbito internacional, las cuales involucran un verdadero límite al ejercicio de la soberanía y que resultan muy enriquecedoras en cuanto a su

⁸⁴ Nogueira Alcalá, *La libertad de conciencia, la manifestación de creencias y la libertad de culto en el ordenamiento jurídico chileno. Ius et Praxis* [online]. 2006, vol.12, n.2 [citado 2010-09-13], pp. 13-41. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122006000200002&lng=es&nrm=iso>. Razonamiento que se condice con lo antes expuesto a propósito de la conciencia en términos generales.

⁸⁵ *Actas Oficiales de la Comisión de Constituyente*, sesión N° 130ª, p. 12-13. Disponible en: <http://actas.minsegpres.gob.cl/aocencpr/archivo.asp?codigo=148>. Palabras que se exponen sin mayores reparos en la obra de Vivanco a la hora de interpretar este precepto. Vivanco M., *Curso de Derecho Constitucional. Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980*. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, Tomo II, 2006, p. 366. Lo mismo en Verdugo Marinkovic, *Manual de Derecho constitucional*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Tomo II, 2002, p. 258.

⁸⁶ Nos remitimos a lo mencionado antes (nota 76).

aplicación e interpretación. En este tenor, y en concordancia con la interpretación de la libertad de conciencia, se hace insoslayable mencionar la resolución del 5 de marzo de 1987 de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social, que en un informe de la Subcomisión sobre Objeción de Conciencia al Servicio Militar, declaró que: "la Objeción de Conciencia sea considerada como un ejercicio legítimo del derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión reconocido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos". Lo cual claramente incluye no sólo la libertad de pensar o creer lo que uno considere, en razón de su autonomía, correcto, sino también circunscribe el ejercicio del individuo en consecuencia a ésta. Elucidación que, por lo demás y en voz de NOGUEIRA, constituye una interpretación auténtica del artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.⁸⁷

En cuanto a las limitaciones intrínsecas que no derivan de la naturaleza propia de la noción de libertad de conciencia, es decir, la moral, las buenas costumbres y el orden público, cabe señalar que el precepto constitucional del artículo 19 N° 6 debe entenderse, en cuanto a sus ampliaciones y restricciones, en conformidad con el resto de los preceptos de los tratados internacionales de derechos humanos los cuales constituyen a lo menos —si no se comparte su jerarquía constitucional— una condición limitativa del poder soberano de los poderes del Estado, que deriva en la obligación de éstos de interpretar, por una parte, los preceptos tanto constitucionales como legales en conformidad a lo dispuesto en las convenciones de Derechos Humanos ratificadas y vigentes en Chile, y aplicarlos directamente a aquellos casos concretos por otra.⁸⁸

Tomando en consideración lo antes mencionado, al interpretar las restricciones contempladas en el N° 6 del estatuto de garantías constitucional, debe entenderse, en primer lugar, la moral como moral pública⁸⁹, esto, en concordancia con el artículo 18.3 del PIDCP y 12.3 del CADH. Asimismo, dentro de esta línea, el Comité de Derechos Humanos, órgano establecido para supervisar la aplicación del Pacto y sus Protocolos por parte de los

⁸⁷ Nogueira Alcalá, op. cit., nota (2).

⁸⁸ Cfr. Ríos Álvarez, *Las dos caras de Jano. Y otros ensayos*. Edeval, Valparaíso, 2005, p. 84 y ss.

⁸⁹ Cfr. Nogueira Alcalá, op. cit., p. 27.

estados partes, con fecha 30 de julio de 1993, emitió en su observación general N° 22, el alcance interpretativo del artículo 18 del PIDCP, señalando en torno al concepto de moral que éste “se deriva de muchas tradiciones sociales, filosóficas y religiosas; por consiguiente, las limitaciones impuestas a la libertad de manifestar la religión o las creencias con el fin de proteger la moral deben basarse en principios que no se deriven exclusivamente de una sola tradición.”⁹⁰

En cuanto a las buenas costumbres, es necesario hacer dos observaciones. En primer lugar, el CADH como el PIDCP indican expresamente que la libertad de conciencia “está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás”. Si consideramos dichos preceptos dentro de una jerarquía constitucional, debería lisa y llanamente prescindirse de la noción por ser contraria a los tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile mediante la fórmula del artículo 5° de la Constitución. Aun así, en segundo lugar, de no adscribir a esta postura, debe interpretarse esto en conformidad con el criterio mayoritario de la doctrina, en torno a entender las buenas costumbres en directa relación con el “ámbito específico de la dimensión sexual”⁹¹. Así también, cabe indicar que dicho elemento debe también contenerse dentro del ámbito de la idea de moral pública⁹², como una especie de ella, aplicándose, por consiguiente, — a nuestro parecer — el mismo criterio, antes mencionado, del Comité de Derechos Humanos en su observación N° 22.

En lo referente al orden público, se trata de un concepto vago y difícil de encuadrar en una idea acotada, ello en torno a dos problemas importantes que resultan de la noción.

⁹⁰ *Observación general no. 22: Derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 18) : 30/07/93*. Extraídas del sitio:

<http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/385c2add1632f4a8c12565a9004dc311/fca0da0de9962d6b8025652a0037ff2a?OpenDocument>.

⁹¹ Nogueira Alcalá, op cit., p. 27. Véase también en torno a lo penal, Garrido Montt, *Derecho penal. Parte especial*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Tomo III, 2ª edición 2005, pp. 233-234 quien restringe el concepto en los mismos términos y aboga por su eliminación en cuanto carece de fundamentos plausibles para merecer protección penal. Etcheberry, *Derecho penal. Parte especial*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Tomo IV, 3ª edición revisada y actualizada, 1997, pp.73. Silva Silva, *Medicina legal y psiquiatría forense. Psiquiatría forense*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Tomo II, 1995, pp. 409.-410.

⁹² Ídem.

En primer lugar, no se trata únicamente de una elaboración cognitiva meramente jurídica, sino que también admite un uso común⁹³, lo cual importa una fragilísima sensibilidad en torno a asuntos políticos, económicos, sociales, culturales, etc. Ello provoca, a su vez, una multiplicidad de conceptos vagos en torno del particular. Algunos autores la definen, desde una perspectiva administrativista o sentido estricto, como aquella “tranquilidad y seguridad de las personas” y en un sentido amplio, como “orden fundamental de la comunidad”⁹⁴.

En segundo lugar, se ubicaría dentro de la categoría de concepciones jurídicas indeterminadas, es decir, ideas que poseen dos dimensiones, la primera implica un “núcleo (*Begriffeskern*) o zona de certeza la cual tiene indicaciones ciertas y precisas”; y la segunda “un halo conceptual (*Begriffshof*) o zona de duda”⁹⁵, corriéndose el peligro, en razón de esto último, de comprender elementos en los cuales podría incorporarse cualquier discurso autoritario⁹⁶.

Por otra parte, la utilización del concepto de orden público recae sobre aspectos del espectro jurídico de tan diversa índole que procurar elaborar un concepto unitario es una tarea que —en palabras de TORRES FERNÁNDEZ— “parece, de entrada, abocada al fracaso”⁹⁷. A pesar de ello es posible encontrar un punto acuerdo respecto de la idea de orden público, la cual dice relación con su carácter limitativo o “determinativo de la esfera de la libertad de los individuos en lo que concierne a la posibilidad de realización de ciertos actos u omisiones frente a determinados actos”⁹⁸.

⁹³ Baucellis I Lladós, op. cit., pp. 198 y ss. Coincidimos con esta postura, en cuanto a que la construcción de una idea realmente acotada de orden público implicaría la necesidad de elaborar una reconstrucción histórica nacional y — a nuestro pensar — internacional de la noción, aparejada del contexto jurídico en que se trata, lo cual excede el objeto de nuestro estudio y no garantiza un resultado óptimo. Sobre ello nos limitaremos simplemente a establecer un contenido mínimo de la idea de orden público y desarrollar ciertas limitantes de ésta, en donde existe un mayor consenso y claridad.

⁹⁴ Jericó, op. cit., p. 322. Coincide Nogueira en este primer aspecto esbozado por Jericó indicando que ello “implica una regulación jurídica razonable que proteja dichos valores y principios”. Nogueira Alcalá. op. cit., p. 28. En cambio Jericó reflexiona en torno a aquel concepto amplio indicando que “se ha entendido que éste se encuentra más próximo al marco jurídico, donde se hace realidad la protección de los derechos fundamentales, la dignidad humana y los valores superiores del ordenamiento”.

⁹⁵ Romero Pérez, *Derecho administrativo general*. EUNED, San José, 1999, p. 104.

⁹⁶ Cfr. Zaffaroni; Slokar; Alagia, op. et ed. cits., p. 214.

⁹⁷ Torres Fernández. *Los delitos de desórdenes públicos en el Código penal español*. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2001. p. 33

⁹⁸ Smith citado por Torres Fernández, op. cit., p. 33 (nota 29)

A pesar del panorama poco alentador que entrega la doctrina en cuanto a acotar satisfactoriamente este término, intentaremos aproximarnos a una noción de orden público que logre determinarlo, al menos en sus contornos mínimos a fin de relacionar dicho concepto ubicado en el N° 6 del artículo 19 de la Constitución con la idea de orden público como bien jurídico protegido por la esfera punitiva.

En razón de esto, resulta interesante aludir a la opinión de MOCCIA sobre el concepto constitucional de orden público, en cuanto a la transposición que realiza entre una noción de orden público ideal en términos normativos y orden público material, entendiendo por el primero como “complejo de principios sobre los que se funda la convivencia civil”, e indicando al respecto que estos no pueden ser derogados sino por la vía constitucional. Y en segundo lugar, indica que el orden público material se traduciría como “tranquilidad o seguridad, concebida como un estado de ausencia de violencia pública”⁹⁹. Dicha idea sitúa al autor italiano dentro de aquellos juristas que abogan por una interpretación estrictamente jurídica de orden público derivado del respeto a los Derechos Fundamentales consagrados en la Constitución¹⁰⁰. Noción que vincula estrechamente al orden público con los límites extrínsecos a la libertad de conciencia que mencionábamos anteriormente.

Interesa, desde una perspectiva penal del orden público como bien jurídico, la segunda de las dos ideas de MOCCIA sobre la materia en cuestión, es decir, el orden público desde su faz material como tranquilidad o seguridad, toda vez que es ésta la que ha servido de base para el desarrollo de la aludida noción por parte de la doctrina penal. De este modo GUZMÁN DALBORA elabora su teoría del orden público como bien jurídico tomando en consideración una interpretación objetiva del concepto, entendiendo por tranquilidad o seguridad la sensación de paz provocada por la antelada representación la cual no puede ser alterada por cualquier mal o afectar indistintamente a uno u otro sujeto “sino de males constitutivos de *delito*, (...) y no simples ilícitos atípicos u otros actos de

⁹⁹ Moccia, S. en Torres Fernández, op. cit., pp. 35-36

¹⁰⁰ Cfr. Torres Fernández, op. cit., p. 36

inmoralidad visible (...) en donde el sujeto pasivo resulta ser el conglomerado social en su conjunto, no el Estado”¹⁰¹.

Asimismo, a fin de no dejar el concepto al arbitrio subjetivo de la autoridad —en un afán de autotutela ¹⁰²— surge la necesidad de elaborar ciertos criterios mínimos a tenerse en cuenta por parte de los poderes del Estado a la hora de aplicarlo en los casos concretos, a fin de no desnaturalizar la idea de libertad de conciencia y reducirla a una mera recomendación de cortesía que pueda o no tenerse en cuenta a la hora de ejercer sus facultades de imperio. Por ello, en lo que respecta a su valoración interpretativa, ésta debe fundarse siempre en criterios jurídicos objetivos y no en nociones subjetivas de la autoridad, toda vez que, en estos asuntos, lo que entra en juego es la limitación de un derecho fundamental reconocido en la Constitución y en los tratados internacionales. Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos entiende que “de ninguna manera podrían invocarse el 'orden público' o el 'bien común' como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (...) Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las 'justas exigencias' de 'una sociedad democrática' que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención”.

En razón de ello, este criterio nos obliga a ponderar en cada caso los conflictos que se pudiesen manifestar entre la libertad de conciencia y el resto de los derechos fundamentales, lo cual nos lleva al grupo de limitaciones extrínsecas de esta libertad, con la que posee una estrecha vinculación.

¹⁰¹ Guzmán Dálbora, *Estudios y defensas penales*. Lexis Nexis, Santiago, 2ª edición, 2007. pp. 121-125.

¹⁰² Cfr. ídem. p. 125.

3.1.2. Límites extrínsecos a la libertad de conciencia.

Con esto nos referimos a aquellos bienes jurídicos de terceros que resultan comprometidos en la realización de actos conminados por la conciencia de un sujeto y a cuándo debe predominar la actuación motivada por la conciencia y cuándo el bien jurídico afectado por ésta¹⁰³. Si tomamos en cuenta los motivos señalados a propósito de considerar esta garantía constitucional como un derecho capaz de abarcar a aquellas situaciones de conflicto entre conciencia y ley penal, cabría resaltar, también, que ello es factible en la medida que la norma jurídica que resulta vulnerada proteja otros bienes que sean de menor jerarquía constitucional que ésta.

Si la idea de ponderación de aquellos bienes jurídicos es tan clara y necesaria para el estado de necesidad, también gozaría de la misma consideración el ejercicio legítimo de un derecho —tema que trataremos más adelante—, toda vez que ésta no es más que la materialización formal de la ponderación de intereses que se hace previamente al reconocimiento como legítimo de su ejercicio¹⁰⁴.

En lo que concierne al caso del autor por conciencia en el ámbito del Derecho penal, es decir, aquellos en donde puede suscitarse una colisión entre su conciencia y la norma penal general, las limitaciones más importantes radican justamente en esta faz restrictiva¹⁰⁵.

En cuanto a la jerarquía de los derechos fundamentales, la doctrina está conteste en considerar que no existen derechos absolutos en el catálogo de garantías que protege la Constitución y los tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile. Sobre el particular, seguimos las reflexiones de Nogueira en cuanto a considerar que “cada uno y todos los derechos pertenecen a un sistema, gozando de igual valor en términos materiales y axiológicos. No hay norma alguna de la Carta Fundamental que autorice a aniquilar un derecho o a desnaturalizarlo para favorecer a otro, a su vez todos ellos tienen incorporado el

¹⁰³ Cfr. Jericó, *op. cit.*, p. 328.

¹⁰⁴ Baucellis I Lladós, *op. cit.*, p. 184.

¹⁰⁵ Cfr. Hirsch, *op. et vol.*, *cits.*, p. 178. Véase también Jericó, Leticia. *op et ed. cits.*, p. 323.

límite del bien común, en la medida que las personas conviven en sociedad.”¹⁰⁶. Por su parte BAUCCELLIS advierte que “otorgar siempre a los derechos de terceros una preferencia sobre las libertades de convicción y conciencia sería tan simple e injusto como otorgar a éstas una preferencia absoluta sobre los derechos de los terceros”¹⁰⁷.

Es claro que en el ámbito penal suelen originarse casos de colisión entre derechos, en razón de los cuales un sujeto realiza las conductas del tipo, que a su vez se encuentran amparadas por un derecho que el ordenamiento resguarda. La labor, en tales casos, consiste en ponderar aquellos bienes jurídicos implicados a fin de establecer una jerarquía entre ellos, que como vemos, no existe *a priori*.

A consecuencia de esto, es posible establecer un primer criterio de solución de conflictos en orden a entender que aquellos comportamientos cuyo origen reside esencialmente en un motivo de conciencia no resultan amparados por la libertad de conciencia cuando éstos afecten bienes jurídicos que tengan preferencia en una ponderación de unos y otros¹⁰⁸. De este modo, en los casos en que, por ejemplo, quien motivado por su conciencia deba causar lesiones, quitar la vida o despojar de sus bienes a terceros a fin de cumplir con su mandato interno no podrán, en la mayoría de los casos, ampararse en el hecho de haber actuado legítimamente en razón de su libertad de conciencia, ello, en virtud de que generalmente la vida, la integridad física y la propiedad son bienes jurídicos que poseen primacía ante la conciencia individual de un sujeto. Sin embargo, es posible entender, como bien señala HIRSCH, que en ciertas situaciones de ponderación la balanza se incline a favor de la libertad de conciencia, como, por ejemplo, en el caso de la propiedad, cuando sea de menor entidad. En estos casos se protegen preferentemente bienes jurídicos individuales que poseen un carácter altamente personal. De esto se deriva el hecho de que la libertad de conciencia encuentre su principal ámbito de aplicación en

¹⁰⁶ Nogueira Alcalá, *Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales. Ius et Praxis* [online]. 2005, vol.11, n.2 [citado 2009-07-12], pp. 15-64 . Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005000200002&lng=es&nrm=iso>.

¹⁰⁷ Baucellis I Lladós, op. cit., p. 212.

¹⁰⁸ Cfr. Hirsch, op. et vol., cits., pp. 182 y ss.

delitos que afecten bienes jurídicos supraindividuales¹⁰⁹. Aun así, cabe destacar la postura de ROXIN en cuanto éste considera que una de las piedras de tope del ejercicio de la libertad de conciencia sería donde el hecho realizado por motivos de conciencia impediría u obstaculizaría el cumplimiento de aquellas funciones esenciales del Estado. Ello, sin embargo, cuando el hecho importe una puesta en peligro a los intereses centrales de éste¹¹⁰; en caso contrario los supuestos que atenten contra algún interés no esencial o en que el Estado pueda establecer mecanismos alternativos para su cumplimiento, el hecho debería quedar incluido en el ámbito de la libertad de conciencia. Ejemplos de estos casos serían: la negación a participar de las mesas de votación, la negación a la realización del servicio militar por motivos de conciencia.

En esta misma línea de razonamiento, un criterio adecuado de ponderación de bienes jurídicos, y que reafirma lo mencionado anteriormente, viene dado por GIMBERNAT al entender que el “Código penal —que con sus diferentes penas para los distintos hechos punibles plasma la jerarquía de valores de una sociedad— castiga con mayor pena los delitos contra la vida que los de contra la libertad”¹¹¹.

Indudablemente este criterio es imprescindible a la hora de ponderar los bienes jurídicos. Aun así, cabe indicar que la ponderación no sólo debe tener en cuenta la jerarquía de los dos bienes jurídicos en compromiso, sino debe tomar en cuenta todos aquellos intereses jurídicamente relevantes que se susciten en el conflicto¹¹², así como sus presupuestos explicativos, en el sentido de considerar las dinámicas sociales vigentes en ese momento, las posiciones que ocupan los sujetos en éstas, su intermediación con las cosas y otros entes, y la interacción que se genera entre éstos¹¹³.

¹⁰⁹ Cfr. Idem. pp. 187 y ss. A pesar de excluir del juicio de antijuridicidad estos supuestos —lo cual reduce ostensiblemente la aplicación— del ámbito de la libertad de conciencia como causal de justificación, el autor deja en claro la posibilidad de incorporarlos sin problemas en el juicio de culpabilidad. Véase también Jericó, op. cit., p. 328.

¹¹⁰ Cfr. Roxin, op. et ed. cit., p. 496.

¹¹¹ Gimbernat Ordeig, *Ensayos penales*. Editorial Tecnos, Madrid, 1999, p. 30.

¹¹² Cfr. Baucellis I Lladós, op. cit., p. 212.

¹¹³ Cfr. Bustos Ramírez, *Obras completas. Control Social y otros cambios*. Ediciones jurídicas de Santiago, Santiago, 2 vols. v. 2, 2ª edición, 2007, pp. 100 y ss. El autor en este caso reflexiona en torno a la necesidad de dotar a los bienes jurídicos de una significación y legitimidad que sustenten su materialidad a fin de establecer con mayor precisión principios garantizadores.

Para BAUCCELLIS los criterios preponderantes para la consideración de intereses en conflictos, emanan en primer lugar del mantenimiento del orden público, los cuales se manifiestan en los derechos individuales y colectivos —a los cuales ya se aludió— de los demás y en el respeto por la dignidad humana y los valores superiores del ordenamiento, criterio, este último, que para el autor no constituye sólo un interés preponderante, sino un razonamiento decisivo para la resolución de conflictos concretos entre estos intereses. En este último caso, el carácter determinante del respeto por la dignidad humana, es analizado en orden a excluir aquellos actos de conciencia o convicción del halo de la causal de justificación —pero que puede jugar tanto a favor como en contra del autor por conciencia—, siempre que junto con lesionar bienes jurídicos como la vida o integridad física, éste actúe considerando a los sujetos pasivos como simples medios para la concreción de sus propias convicciones¹¹⁴; en segundo lugar, alude a las relaciones de concordancia establecidas en la propia Constitución, reflexión que coincide en este caso con lo expuesto por NOGUEIRA¹¹⁵; en tercer lugar los intereses y elementos exigidos en las causas legales de justificación¹¹⁶.

De este modo, quedarían excluidos de la justificación los supuestos en que, sin respeto a la dignidad humana, se cometa un delito que proteja bienes jurídicos individuales —explicado anteriormente—; en segundo lugar supuestos de actuación por convicción y conciencia realizado por funcionarios públicos y tercero supuestos donde no se respeten los intereses y elementos exigidos en las causas legales de justificación¹¹⁷.

Esto último, a nuestro juicio, resulta del todo relevante, puesto que si se toma en cuenta el tratamiento que el legislador ha dado a la legítima defensa y al estado de necesidad, podemos concluir que no se trata únicamente de un conflicto entre dos bienes jurídicos, sino que se requieren otros elementos objetivos que hagan plausible su aplicación y razonable su aplicación.

¹¹⁴ Cfr. Baucellis I Lladós, op. cit., pp. 211 y ss.

¹¹⁵ Nota (98) de este trabajo. Ver también Cfr. Baucellis I Lladós, op. cit., pp. 217-218.

¹¹⁶ Ídem.

¹¹⁷ *Ibidem*.

En cuanto a la exclusión de los funcionarios públicos del ámbito de la objeción de conciencia SQUELLA explica, mediante la exposición de interesantes ejemplos nacionales, que la “objeción de conciencia es una institución ideada a favor de sujetos normativos y no de las autoridades públicas (...) puesto que con su negativa a cumplir un determinado deber inherente a su cargo están afectos los derechos de terceros”¹¹⁸. A ello habría que agregar que tales actos en sí constituirían a su vez una afectación al correcto desenvolvimiento del ordenamiento jurídico, de la democracia y el Estado de Derecho. En tales casos existen alternativas para estos funcionarios que se sienten impedidos de realizar sus funciones por motivos de conciencia tales como optar por un trabajo en el sector privado o renunciar¹¹⁹, por lo que concurrirían opciones claras, reales y asequibles para evitar dichas situaciones y en consecuencia excluirlos del ámbito de la libertad de conciencia protegida por la Constitución.

Cabe indicar del mismo modo, que si bien la mayoría de los casos de delitos motivados por conciencia pueden llevarse a cabo tanto por conductas activas como pasivas, el grueso de los casos tiende a formar parte del espectro de estas últimas. Ello, a juicio tanto de parte de la doctrina alemana como española, tiende a ser una circunstancia más viable para la legitimidad del ejercicio de la libertad de conciencia en torno a otros bienes jurídicos, toda vez que —como concluye HIRSCH— para el autor de conciencia un imperativo jurídico que lo conmine a un determinado deber de actuar contrario a sus convicciones es por regla general más gravoso que la prohibición de un hacer¹²⁰. Dentro de ciertas pautas orientadoras para la ponderación de esta categoría de conductas que indica JERICÓ —quien concuerda en modo absoluto con la afirmación anterior— uno de los principales motivos para aceptar esta tesis radica en el hecho de que resulta más fácil que dicha omisión pueda ser atendida por un Estado —y a pensar nuestro no sólo del Estado, sino de cualquier tercero— a través de otros medios que tiendan a la protección del bien jurídico comprometido¹²¹.

¹¹⁸ Squella Narducci, *La objeción de conciencia en el marco...* cit., p. 385-386.

¹¹⁹ Cfr. Ídem.

¹²⁰ Hirsch, op. et ed. cits., p. 185.

¹²¹ Jericó, op. cit., p. 328.

Si bien, todos estos criterios restringen ostensiblemente el ámbito de aplicación de la causal de justificación ubicada en el artículo 19 n° 6 de la Constitución, resultan del todo eficaces para los casos de negación por motivos de conciencia de realizar el servicio militar en los casos de quienes repugnen el uso de armas o la opción de la guerra como solución de conflictos, la negación a formar parte de una mesa electoral como por ejemplo en los casos de los adventistas quienes por motivos religiosos están impedidos de realizar trabajo alguno durante los días sábados; en el caso del incesto que pueda suscitarse en comunidades mapuches —cuando no exista error de prohibición— en donde se alberga la convicción de que ante la muerte de la madre, la hija mayor deba suplirla en todas sus funciones como mujer; en el caso del testigo de Jehová que se niega a que le apliquen a su hijo menor de edad enfermo de gravedad una transfusión de sangre siempre que exista otro tratamiento alternativo que siendo menos eficaz pueda conseguir su mejora;¹²² la revelación del secreto médico por motivos de conciencia, etc.

El resto de los posibles casos que quedan excluidos de la causal de justificación, deberán pasar, de todas formas, por el juicio de culpabilidad, en especial en aquellos casos donde el apremio interno que motiva la realización de un injusto sea de tal envergadura que en comparación con la realización del tipo penal, quede considerablemente por debajo de lo necesario para formular un juicio de reproche.

¹²² Sobre el particular se puede revisar el interesante fallo —citado por NOGUEIRA (*La libertad de conciencia, la manifestación...* cit. [nota 16])— de la corte de la Corte de Apelaciones de San Miguel, de fecha 22 de mayo de 2004, en que ésta rechaza una acción de protección interpuesta por el Director del servicio de salud metropolitano a favor de un menor, en virtud del riesgo de vida que corre el paciente. La Corte rechaza dicha acción por existir otros métodos que permiten que se respeten tanto el derecho a la vida como asimismo las convicciones religiosas del paciente.

3.1.3. Obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo.

Esta disposición, ubicada en el número 10 del artículo 10 de nuestro Código penal corresponde a uno de los tantos preceptos adoptados, por la Comisión Redactora, en forma íntegra y sin mayores discusiones, de la redacción del código penal español¹²³.

Sobre el particular podemos rescatar que tanto la doctrina chilena como la española consideran como fundamento —entre otros— la necesidad de coherencia del ordenamiento jurídico en orden a reconocer normas permisivas ubicadas en todo el espectro del Derecho —público y privado— y no únicamente en el Código penal¹²⁴.

Si bien la doctrina nacional incluye en general los derechos protegidos por las diversas ramas del Derecho ampliando la noción incluso a situaciones reguladas por la costumbre, el análisis particular de los ejemplos suelen reducirse a casos muy acotados y alejados de las situaciones descritas en los puntos anteriores. Aun así, aquello no obsta el poder incluir dentro de esta causa de justificación el ejercicio legítimo de la libertad de conciencia como un derecho garantizado por el ordenamiento en el ámbito normativo de más alta jerarquía. Siempre que la necesidad de que la interpretación de las normas penales tenga presente aquella necesaria afinidad que debe concurrir entre éstas y el ordenamiento jurídico considerado en su conjunto, toda vez que encerrar el análisis de las normas penales a una interpretación tautológica no sólo se aleja de la realidad, sino que se acerca peligrosamente a la arbitrariedad e induciría a múltiples errores, en especial cuando se trata de garantías que el ordenamiento considera fundamentales y les da un rango de superioridad sobre el resto de las normas.

¹²³ Cfr. *Código Penal de la República de Chile y Actas de las sesiones de la Comisión redactora del Código penal chileno*. Edeval, Valparaíso, 1974, p. 255

¹²⁴ En Chile. Cfr. Politoff; Matus, *Artículo 10 N° 10* de la obra *Texto y comentario del Código penal chileno. Libro primero – parte general*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, p. 153. Ver también Cury Urzúa, *Derecho penal. Parte general*. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 8ª edición ampliada, 2005, p. 382. Cfr. Novoa Monreal, *Curso de Derecho penal chileno. Parte general*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 3ª edición, 2005, pp.323-324. En España Mir Puig, op. et ed. cit., pp. 481-482; Muñoz Conde, *Introducción al Derecho penal*. Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2ª edición, 2001, p. 149.

Lo anterior, a nuestro parecer, constituye una razón de peso a la hora de considerar la necesidad de esta justificante en forma explícita¹²⁵, toda vez que ante la institución de la derogación tácita de las normas jurídicas anteriores por una posterior de carácter penal, podría entenderse erróneamente que ésta dada su posterior inclusión en el ordenamiento constituye una excepción al derecho anterior que protege la norma. En otras palabras: ante dos hechos descritos, uno en una ley penal y otro en una norma jurídica no penal que permite la realización de dichas conductas, si la primera fuese posterior a la segunda podría entenderse una derogación tácita en torno a la aplicación de la norma no penal respecto del imperativo de carácter punitivo. Ahora bien, la consagración expresa del artículo 10 número 10 del Código penal viene a resolver esta situación estableciendo una preferencia en torno a la norma no penal. No obstante, tampoco podría darse en el caso de la libertad de conciencia, puesto que ante un conflicto entre ésta que se encuentra protegida constitucionalmente, y una norma penal de jerarquía inferior debe respetarse la jerarquía en el ámbito de protección que ésta propende, de otra forma —como mencionábamos antes— se dotaría a la norma constitucional de una reserva legal.

Por último, en cuanto a los requisitos de aplicación de esta causa de justificación, nos encontramos con una expresión que viene a reforzar un criterio intrínseco ubicado en los límites extrínsecos de la libertad de conciencia; tal es: la exclusión de esta justificante del “ejercicio arbitrario del propio derecho”¹²⁶ el cual se entiende da la expresión “ejercicio legítimo de un derecho”. Ello tiene no menor importancia en cuanto a no hacer de la libertad de conciencia un abuso en torno a la afectación de derechos de terceros, en cuanto a excesos gratuitos derivados del ejercicio de este derecho.

¹²⁵ Hecho notoriamente cuestionado por gran parte de la doctrina nacional, toda vez que no resulta necesaria una formulación expresa de esta causal, puesto que se entiende claramente que no puede prescindirse de ésta, estando o no expresa en un texto legal. Cfr. Politoff; Matus, op. cit., p. 156.

¹²⁶ Ídem.

VI. EL DELINCUENTE POR CONVICCIÓN EN SENTIDO ESTRICTO

En su concepción original, el delincuente por convicción era concebido como una unidad en torno a las diversas motivaciones que pudiesen imperar su actuar en conformidad a sus creencias. Sin embargo —como se ya aludió en este trabajo— la evolución de la idea del delincuente por convicción llevó a parte de la doctrina a realizar ciertas distinciones entre estos casos, agrupándolos en distintas categorías.

La doctrina distingue entre autor por motivo de conciencia y delincuente por convicción en sentido estricto¹²⁷, cuya principal diferencia radica en el imperativo que importa la elusión del cumplimiento de un deber jurídico, especialmente en cuanto a su vinculación y obligatoriedad. En razón de esto, mientras que en el autor por motivo de conciencia se responde a un “conflicto de conciencia”, que consecuentemente lo lleva a una pérdida de sustancia personal en torno a la desatención de la conciencia que lo impele a actuar de modo diverso, en el segundo caso (autor por convicción) lo que motiva su conducta es la “justicia material de su decisión”¹²⁸. Así, por ejemplo, ante el hecho de aplicar la eutanasia activa y directa, la situación cambia cuando se trata del médico tratante quien cree que sus pacientes tienen derecho a una muerte digna y sin padecimientos, sin ver necesariamente comprometido su personalidad en dichos casos, respecto de otro sujeto que, siendo un pariente cercano con las mismas convicciones, es requerido por el desahuciado para acabar con su padecimiento. Probablemente, la no realización de esta práctica en el primer caso, del médico tratante, no traiga consecuencias destructivas o que menoscaben ostensiblemente su persona, y menos una disminución en cuanto a su capacidad de autodeterminarse, pero en el caso del autor por motivo de conciencia, que en este caso podría tratarse de un hijo o de un ser muy querido quien requerido por el desahuciado durante su padecimiento, aplica una sobredosis de calmantes provocándole una muerte indolora y terminando así su sufrimiento, en este caso es muy probable que la actuación contraria a su conciencia sí importe una disminución en su sustancia o personalidad.

¹²⁷ Cfr. Jericó, op. cit., p. 280.

¹²⁸ Hirsch, op. et vol., cits., p. 197.

En esta segunda categoría se habla principalmente de un deber de actuar más que de un conflicto de conciencia, lo cual desde ya marca un norte orientado a cuestiones ideológicas y políticas. Si bien aquélla no estaba presente en la noción de delincuente por convicción de RADBRUCH de los años 20, toma relevancia en el periodo de postguerra, en especial después de la experiencia del nacionalsocialismo, en donde se vio la clara necesidad de tomar las reeservas debidas para castigar esta clase de actos. Quien por primera vez acuña la distinción es WELZEL, durante la vigésimo séptima sesión de la Gran comisión para la reforma penal alemana en 1955, la cual se funda en los criterios antes mencionados y que actualmente la doctrina a nivel mayoritario acepta¹²⁹.

En cuanto a un tratamiento penal diferenciado de estos hechos, autores como HIRSCH niegan la posibilidad de justificar estos casos en el ámbito de la libertad de conciencia, basado fundamentalmente en la idea de que esta clase de hechos realizados por motivos “político-existenciales”, han contribuido históricamente a la materialización de las peores calamidades del mundo en cuanto a crímenes contra la humanidad, ello basado en las experiencias del nazismo, estalinismo y del fundamentalismo, sin mencionar los casos de ideologías que «en sí mismas son delictivas», indicando para estos casos como salida “consideraciones en el contexto general de la medición de la pena”.¹³⁰

No coincidimos con esta postura de alejar dicha categoría de conductas del ámbito de la libertad de conciencia, puesto que en la medida que aquellos hechos por convicción se realicen dentro de los límites establecidos a la libertad de conciencia por la Constitución para el autor por motivo de conciencia, es decir, que la actuación se erija dentro de los márgenes del orden público, respetando los valores supremos de las bases del Estado y la dignidad de los sujetos, etc. no habría problemas en entenderlos dentro del ámbito de aplicación de la mentada libertad. Lo cual se manifiesta principalmente en el hecho de que nuestra Constitución y los tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile no sólo otorgan a la conciencia un carácter de derecho fundamental, sino también a la libertad de pensamiento y creencias, en donde claramente se encuentran incluidos estos casos.

¹²⁹ Cfr. Jericó, op. cit., p. 281.

¹³⁰ Cfr. Hirsch, op. et vol., cits., pp. 198-199.

Sin embargo, cabe hacer un alcance en torno a la ponderación de la afectación de las convicciones en conflicto con los demás derechos fundamentales, toda vez que las consecuencias individuales o afectación de la personalidad al realizar un acto por convicción son de menor significación que en el autor por motivos de conciencia. Situación que reduciría la cantidad de supuestos referidos a la libertad de conciencia, sin dejar fuera, claramente, situaciones tales como la de un sujeto que por motivos políticos rehúsa realizar su servicio militar.

Asimismo, en cuanto a la culpabilidad, habría una mayor capacidad de autodeterminación, lo cual aleja ostensiblemente la consideración de esta causal para dichos casos, reduciendo al grueso de los supuestos a situaciones de atenuación de la pena, tomando, para este caso, en consideración lo dispuesto en el Art. 11 n° 10 referente al obrar por celo de la justicia, disposición ubicada dentro de la clasificación de las “atenuantes fundadas en los móviles del agente”.¹³¹

Durante la sesión número 122 de la Comisión redactora del Código penal chileno se incorporó esta atenuante a propuesta del señor Fabres la cual fue aprobada bajo el fundamento de que “en muchos casos puede un celo exagerado arrastrar a la ejecución de actos que constituyan delitos, proponiéndose no obstante el hecho el mejor servicio de un puesto público”¹³². Sin perjuicio del reducido espectro de aplicación que se advierte en conformidad al argumento desarrollado por la Comisión, la doctrina nacional coincide en que la aplicación de la atenuante no sólo considera los casos de los “funcionarios públicos o al ejecutor de la justicia que se exceda en su desempeño” sino también, en virtud del tenor literal de la expresión, “puede aplicarse a otros casos”¹³³. Igual opinión guarda la idea de no restringir la expresión “justicia” al servicio público, sino “a la idea de justicia”¹³⁴.

¹³¹ Cury Urzúa. op. et ed., cits., p. 479 y ss.

¹³² *Código Penal de la República de Chile y Actas de las sesiones de la Comisión redactora del Código penal chileno*. p. 466.

¹³³ Novoa Monreal. op. et ed. cits., p.40. Véase también, Politoff; Matus; Ramírez G., *Lecciones...et ed. cits.*, p.513.

¹³⁴ Matus, *Artículo 11* de la obra *Texto y comentario del Código... et ed. cits.*, p. 185. Si bien la idea de entender la expresión “justicia” en un sentido amplio no suscita mayores debates, el entendimiento del significado amplio de lo justo ha dado lugar a opiniones divergentes; tales como: “dar a cada uno lo suyo”

En segundo lugar, —y en lo que nos toca principalmente— el fundamento subjetivo de la atenuante en palabras de CURY —quien enriquece notablemente la discusión de la atenuante con sus comentarios— radica en que “el sujeto llega hasta la ejecución del hecho típico por amor a la justicia, en persecución de la cual se excede, lesionando otros bienes jurídicos”. Dentro este mismo razonamiento, concluye el autor la idea de incluir dentro de esta atenuante al autor por convicción en razón de que “éste obra acuciado por un anhelo de ‘hacer justicia’, *posiblemente equivocado, pero no por eso menos respetable*”¹³⁵.

Por último, cabe indicar que para concebir esta atenuante en los hechos por convicción han de concurrir también los elementos esenciales del hecho por convicción mencionados a propósito del artículo 11 N° 1 respecto del autor por motivo de conciencia.

VII. LA DESOBEDIENCIA CIVIL

En la clasificación propuesta por la doctrina, en torno a actos por convicciones en general, cabe hacer mención a la desobediencia civil que poco a poco, en el último medio siglo, ha ido calando más profundo en nuestras sociedades. Sobre el particular nos encontramos con posiciones divergentes en torno al tratamiento penal de estas conductas, las cuales principalmente radican en diferencias conceptuales mayúsculas entre quienes han analizado el tema.

A quien se atribuye la consagración de la expresión *desobediencia civil* dentro del diccionario político es al pensador norteamericano Henry Thoreau, quien dedica uno sus ensayos más trascendentales al tema en cuestión, con reflexiones en torno a dicha idea en el contexto de la intervención norteamericana México de 1848 y del problema de la esclavitud aún vigente en sus tierras. Thoreau, durante aquel periodo, se negó a pagar impuestos para

(Cury Urzúa, Enrique. op. et ed. cits., p. 489); “actitud necesaria o al menos conveniente para que la ley se imponga” (Etcheberry, Alfredo. op. et ed. cits., tomo 2, p. 22);

¹³⁵ Cury Urzúa. op. et ed. cits., p. 488. (El subrayado es nuestro)

solventar aquella intervención por considerarla injusta, acto que le valió pasar una noche en prisión.

Si bien el texto no describe en forma sistemática la idea de la desobediencia civil, las formulaciones elaboradas en éste dieron pie a la creación de movimientos y formas de acción política basadas en ella. Expresa el autor en su ensayo: “Si mil hombres dejaran de pagar sus impuestos este año, tal medida no sería ni violenta ni cruel, mientras que si los pagan, se capacita al Estado para cometer actos de violencia y derramar la sangre de los inocentes. Esta es la definición de una revolución pacífica, si tal es posible.”¹³⁶

Resulta del todo útil partir de esta noción para definir los contornos de la desobediencia civil y llegar a una adecuada idea de ésta. Podemos concluir, en razón de esto, que se trata de conductas realizadas por un grupo de sujetos, que movidos por sus convicciones, realizan actos ilícitos de menor entidad, públicos y sin violencia, a fin de obtener una derogación o reforma sea legal, institucional o política en un gobierno, o bien de evidenciar hechos de injusticias en los mismos.

En primer lugar la desobediencia civil implica una actuación colectiva, puesto que aquella llevada a cabo por un sólo sujeto no llegaría a ser determinante,¹³⁷ ni dejaría de ser una extravagancia llevada a cabo por un individuo, ello porque dentro de las formas de desobediencia —en palabras de RAZ—, éstas pueden ser efectivas, expresivas o ambas, considerando que la finalidad de las conductas es conducir a un cambio eficaz en el Derecho o de una determinada política, o bien, sabiendo que las acciones son ineficaces para conseguir el fin planteado, pretenden exponer o evidenciar la injusticia del contenido del determinado precepto jurídico o decisión de la autoridad.¹³⁸ Sea una u otra la conducta de pacífica de un individuo opositor difícilmente pasará la barrera de la trascendencia.

¹³⁶ Thoreau, *Desobediencia civil y otros escritos*. Traducción de M^a Eugenia Díaz, estudio preliminar y notas de Juan José Coy. Tecnos, Madrid, 4^a edición, 2006, p. 44.

¹³⁷ Cfr. Arendt, *op. cit.*, p. 36.

¹³⁸ Cfr. Raz, *op. cit.*, p. 326.

En segundo lugar, al igual que en el delincuente por convicción en sentido estricto y el autor por motivos de conciencia, debe existir una dicotomía entre una norma imperante y la conciencia o creencias de los sujetos del grupo y la actuación debe ir orientada a salvar este conflicto. Aun así, es posible verificar un matiz que no se presenta en las anteriores clasificaciones, cual es, que el hecho ilícito no necesariamente diga relación con la norma cuestionada, en el sentido que el acto ilícito ejecutado en forma pacífica puede constituir en algunos casos un medio para concretar dicho fin, así por ejemplo la ocupación pacífica de un inmueble, o bien una protesta, en voz de HIRSCH se trataría de “una infracción consciente del Derecho como medio para expresar públicamente una protesta simbólica fundada en consideraciones ético-normativas y siempre pacífica”¹³⁹. Asimismo en cuanto a la idea de actuación pacífica, consideramos que se trata, en realidad, de hechos que importan cierto grado de violencia pero ésta es de una entidad menor y tolerable dentro del margen de lo lícito y lo punitivo.

Tomando parte de la cita anterior, la desobediencia civil implica, a su vez, actos de connotación pública que constituye el medio para lograr el fin. Actos que en definitiva se despliegan para “captar el ojo del público”¹⁴⁰, lo cual va íntimamente relacionado con el primer aspecto y constituyen, al mismo tiempo, el mecanismo más idóneo, para sus perpetradores, de poner sobre el tapete dichos cuestionamientos.

En cuarto lugar, encontramos otra peculiaridad presente en la desobediencia civil y que la distingue del resto de las actuaciones por convicción, la cual dice relación con su finalidad. ROXIN, quien toma como base la jurisprudencia alemana indica que en este punto se trata de una "resistencia del ciudadano frente a decisiones concretas e importantes del Estado..., para enfrentarse a una decisión que considera condenable y éticamente ilegítima”¹⁴¹. En estos casos la desobediencia civil resalta por su “contenido reivindicativo de protesta pública que adquiere la infracción consciente del Derecho fundada en motivos subjetivos de carácter ético-político”¹⁴². En razón de ello podemos ver que la desobediencia

¹³⁹ Hirsch, op. et vol., cits., pp. 200.

¹⁴⁰ Raz, op. cit., p. p. 325.

¹⁴¹ Roxin, *Tratado de Derecho...* et ed. cits., p. 697.

¹⁴² Hirsch, op. et vol., cits., p. 201.

constituye un acto de censura política por parte de un grupo de ciudadanos a la autoridad que posee dos carices, por un lado, un carácter externo materializado en un hecho ilícito de menor entidad y de carácter simbólico que representa un desapego a la autoridad por considerarla injusta, y a su vez, un acto interno de consecuencia al no pretender ser parte o cómplice de dicha injusticia. HABERMAS¹⁴³, por su parte, lo entiende como un elemento necesario de “una cultura política madura” y en la misma línea lo plantea RAZ al afirmar que la desobediencia civil es “algunas veces, justificada o, incluso obligatoria”¹⁴⁴.

Por último, —y en estrecho vínculo con lo anterior— dichas conductas deben dirigirse hacia la decisión de la autoridad pública, por lo que en este caso quedan excluidas de la desobediencia civil las protestas contra entes privados, huelgas de empresas u ocupaciones de universidades privadas, etc.

En cuanto al tratamiento punitivo que toca a estos hechos de desobediencia civil, cabe indicar desde el punto de vista de la antijuridicidad HIRSCH considera que no es posible admitir causal de justificación alguna sobre este tipo de actos, en atención a su naturaleza, la cual barrunta la realización de un acto típico con el correspondiente riesgo de recibir una pena. Justificar estos hechos —señala el autor— daría pie a “otra gravísima consecuencia: dado que se persigue la provocación y atención precisamente mediante la realización de un delito” la cual de justificarse, constituiría “una invitación a una escalada hacia mayores costas de delincuencia”¹⁴⁵ ello, dado que parte de la esencia de la desobediencia civil es la exposición a la sanción estatal¹⁴⁶.

Por su parte ROXIN invita a reflexionar en torno a la antijuridicidad de estos hechos frente a la idea de que su justificación “tropieza con el obstáculo insalvable (...) del principio de la mayoría democrática: si el Estado decide por el procedimiento legal la adopción de determinadas medidas (...), no puede reconocerle simultáneamente un ‘interés sustancialmente preponderante’ en el sentido del § 34 a la desobediencia civil, que combate

¹⁴³Cfr. Habermas en Hirsch, op. et vol., cits., p. 201 (nota 93).

¹⁴⁴Raz, op. cit., p. 327.

¹⁴⁵Cfr. Hirsch, op. et vol., cits., p. 202.

¹⁴⁶Cfr. Ídem. p. 204.

dichas medidas realizando tipos penales (...); pues de ese modo entraría en contradicción consigo mismo y dejaría sin vigencia las reglas de la mayoría”¹⁴⁷.

Coincide en parte RAZ al considerar que en un Estado liberal de Derecho que regula las formas de participación política, no se puede fundar un derecho a la desobediencia civil¹⁴⁸. Sobre lo mismo HIRSCH indica que en razón de un Estado democrático de Derecho, en donde las distintas libertades (opinión, reunión y asociación), se encuentran tan desarrolladas como el derecho a sufragio se puede concluir que conductas de desobediencia civil resultan incompatibles con esta concepción constitucional¹⁴⁹.

Sin embargo, negar una justificación a la desobediencia civil en términos generales, fundando dicha negación en la idea de democracia puede resultar tan errado como arbitrario en más de una ocasión. Esto porque efectivamente el aceptar las reglas del juego democrático importa que las decisiones tomadas por la autoridad gocen de legitimidad y fuerza obligatoria, pero con ello no podemos pensar que el sufragar y participar de este juego democrático implican entregar una carta blanca —o como indica SQUELLA— “una aprobación moral anticipada”¹⁵⁰ al contenido de las decisiones de quienes decidirán el norte de nuestras sociedades en los siguientes años. Como bien señala THOREAU “el gobierno por sí mismo, que no es más que el medio elegido por el pueblo para ejecutar su voluntad, es igualmente susceptible de originar abusos y perjuicios antes de que el pueblo pueda intervenir”.

Si tomamos en consideración esto último, esperar un nuevo sufragio para cambiar a la autoridad puede incluso ser demasiado tarde o demasiado pernicioso para una sociedad e implicaría confundir también —lo cual parece más grave— lo que es la legitimidad de origen con la legitimidad de ejercicio en la democracia. En cuanto al primer aspecto —en palabras de SQUELLA— se “legítima únicamente a quién y cómo debe adoptar las decisiones de gobierno, legitima —incluso—, pero sólo desde un punto de vista jurídico, el

¹⁴⁷Roxin, *Tratado de Derecho...* et ed. cits., p. 697.

¹⁴⁸ Cfr. Raz, op. cit., p. 336.

¹⁴⁹ Cfr. Hirsch, op. et vol., cits., p. 205.

¹⁵⁰ Squella Narducci, *Derecho y moral...* cit., p. 89.

contenido de estas mismas decisiones; pero lo que no puede hacer es legitimar este mismo contenido (...) desde el punto de vista de la conciencia individual de cada una de las personas que han convenido en convivir democráticamente (...) Pensar de otra manera (...) equivaldría a (...) a entender que los ciudadanos, al elegir a quienes tendrán que adoptar las decisiones colectivas o de gobierno, renunciarían, o algo así, a su facultad o a su derecho a examinar, desde un punto de vista moral, el contenido de las decisiones que tomen luego las autoridades (...) Y la verdad es que ninguna democracia puede ser razonablemente entendida con ninguno de estos dos alcances”.¹⁵¹

Debe considerarse —asimismo y en consecuencia a lo anterior—, que nuestro ordenamiento en su catálogo de garantías fundamentales protege y asegura el ejercicio de estos derechos, por lo que el razonamiento lógico sería buscar un equilibrio entre las libertades de conciencia, creencias, reunión y expresión y el resto de los posibles derechos y bienes jurídicos afectados para llegar a una solución correcta.

Por otro lado, la aceptación de la desobediencia civil como forma de expresión política puede ser en algunos casos incluso más favorable que la utilización de mecanismos legales de reclamos, imaginemos, por ejemplo, dentro del contexto de un país que reconoce, en conformidad a los tratados internacionales, a los funcionarios públicos el derecho a huelga como un derecho fundamental, la diferencia que existiría entre que éstos entraran a huelga por un periodo prolongadísimo, con todas las consecuencias que ello tendría, a que decidieran marchar por la avenida principal, entorpeciendo el tráfico por unas horas para reclamar el reconocimiento de un derecho, la no aprobación de una norma que les perjudique o la reconsideración de una que ya los perjudica.

En razón de esto, debería darse la misma consideración a la desobediencia civil que al autor por motivos de conciencia o al delincuente por convicción, en cuanto a la idea de realizar un ejercicio de ponderación de los distintos derechos que entran en juego en estas conductas; tales como: la libertad de conciencia, la libertad de reunión con el bien jurídico afectado y no excluir *a priori* del examen de antijuridicidad estos hechos. Para ello los

¹⁵¹ Ídem.

criterios y pautas antes mencionadas para el autor por motivos de conciencia resultan una herramienta del todo útiles para una consideración justa de los hechos, en especial en lo que se refiere al orden público.

Asimismo, en cuanto a la determinación de la pena, en el caso que proceda, resulta del todo aplicable el tratamiento otorgado al delincuente por convicción en sentido estricto, respecto de la aplicación de la causal de obrar por celo de justicia. Toda vez que se trata generalmente de actos que buscan un fin reivindicatorio orientado a una idea de justicia.

Por último, la necesidad de otorgarle el valor correspondiente a conductas fundadas en la autonomía de las personas que se forjan en sociedad es tan importante como necesaria en un estado que pretende ser democrático, puesto que éste se enriquece y renueva mediante el progreso del pensamiento divergente, sea para reafirmarse, sea para perfeccionarse. Punir esto a priori, sin considerar el insoslayable equilibrio que debe mantenerse entre la libertad y el resto de los bienes jurídicos del ordenamiento, sería negar una parte de nuestra sociedad, de nuestra heterogeneidad y aun más, considerar que, de una u otra forma, el Derecho provee todas las herramientas para el progreso de una sociedad, lo cual es tan falso como pensar que dichas normas son proveídas de un poder divino irrefutable.

VIII. CONCLUSIONES

1. Es posible distinguir en el ámbito de la delincuencia por convicción en términos generales, tanto aquellos actos cometidos por motivos de conciencia, como las categorías de delincuente por convicción en sentido estricto y desobediencia civil claras diferencias, en su contenido propio, y que el Derecho debe tener en cuenta a la hora de ponderar dichas conductas.

2. La libertad de conciencia, elevada a categoría de derecho fundamental, no distingue cuales conductas debe amparar y cuales no. Por lo que conferir una preferencia

discrecional respecto de qué clase de acto queda abrigado por esta garantía y admite, en consecuencia, un ejercicio de ponderación, es tan ingenuo y arbitrario como establecer una preferencia absoluta únicamente para aquellos actos en donde se verifique un menoscabo en la substancia de los sujetos que se encuentran en dicha contradicción.

3. Al concebir la libertad de conciencia como una garantía fundamental de los sujetos, debemos entender y asumir la responsabilidad que nos impone el Derecho de medir las conductas fundadas en este ejercicio, cualesquiera que sean, con los demás bienes jurídicos que protege y ampara con la misma fuerza. Por lo mismo, excluirla del marco del ejercicio legítimo de un derecho, contribuye indefectiblemente a negar su contenido propio.

BIBLIOGRAFÍA

A

Arendt, *La desobediencia civil e altri saggi*. Giuffrè, Milano, 1985.

Atienza y Ruiz Manero, *Entrevista con Felipe González Vicén*, en *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho* N° 3, Alicante, 1986.

B

Böckenförde, *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della Costituzione e di Diritto costituzionale*. Giuffrè, Milano, 2006.

Bustos Ramírez, *Obras completas. Control Social y otros cambios*. Ediciones jurídicas de Santiago, Santiago, 2 vols. v. 2, 2ª edición, 2007

C

Carrara, *Programa de Derecho criminal*. Traducción de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero. 10 vols., Temis, Bogotá, 1964, vol. VII.

Cury Urzúa, *Derecho penal. Parte general*. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 8ª edición ampliada, 2005.

D

De Figueiredo, *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. Editora revista dos tribunais Ltda., Sao Pablo, 1999.

De la Torre Reyes, *El delito político: su contenido jurídico y proyecciones sociales*. Editorial La Unión, Quito, 1954.

Dieterlen, *Objeción de conciencia*, en *Objeción de Conciencia*. Cuadernos, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Ciudad de México, 1ª Edición, 1998.

E

Etcheberry, *Derecho penal. Parte especial*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Tomo IV, 3ª edición revisada y actualizada, 1997.

G

Garrido Montt, *Derecho penal. Parte especial*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Tomo III, 2ª edición 2005.

Gimbernat Ordeig, *Ensayos penales*. Editorial Tecnos, Madrid, 1999.

Gómez Benítez, *Consideraciones sobre lo antijurídico, lo culpable y lo punible, con ocasión de conductas típicas realizadas por motivos de conciencia*, en: *Ley y conciencia: moral legalizada y moral crítica en la aplicación del derecho*. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Madrid, 1993

Gómez Martín, *¿Tiene cabida el Derecho penal de autor en un Estado liberal? Apuntes sobre el Programa de Marburgo, la concepción Sintomática del delito, el Derecho penal nacionalsocialista y el actual Derecho penal del enemigo*. Instituto de Estudio e Investigación Jurídica, Nicaragua, 2007

Guzmán Dalbora, - *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*. Legal Publishing de Chile, Santiago, 2008

- Guzmán Dálbora, *Estudios y defensas penales*. Lexis Nexis, Santiago, 2ª edición, 2007.

H

Hirsch, *Derecho penal. Obras completas*. 4 vols., Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 2005, Tomo II.

J

Jakobs, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Segunda edición corregida. Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997

Jericó, *El conflicto de conciencia ante el Derecho penal*. Editorial La Ley, Madrid, 2007

Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho penal*. Publicados 7 vols., Losada, Buenos Aires, 4ª edición actualizada, tomo III, 1963.

M

Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*. Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 8ª edición, 2008.

Muñoz Conde, *Introducción al Derecho penal*. Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2ª edición, 2001

N

Nogueira Alcalá, - *La libertad de conciencia, la manifestación de creencias y la libertad de culto en el ordenamiento jurídico chileno. Ius et Praxis* [online]. 2006, vol.12, n.2 [citado

2010-09-13], pp. 13-41. Disponible en:
http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122006000200002&lng=es&nrm=iso.

- *Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales. Ius et Praxis* [online]. 2005, vol.11, n.2 [citado 2009-07-12], pp. 15-64 . Disponible en:
http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005000200002&lng=es&nrm=iso.

Novoa Monreal, *Curso de Derecho penal chileno. Parte general*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 3ª edición, 2005.

Núñez, *Manual de Derecho penal. Parte especial*. Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 2ª edición actualizada por Víctor F. Reinaldi, 1999.

P

Pastor. *¿Procesos penales sólo para conocer la verdad?* en Revista *Jueces para la Democracia*. n.º 59, Madrid, 2007

Politoff, Matus, *Artículo 10 N° 10* de la obra *Texto y comentario del Código penal chileno. Libro primero parte general*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.

R

Radbruch, *El delincuente por convicción*. Trad. y notas de José Luíz Guzmán Dalbora. en *Anuario de Filosofía jurídica y social*. Edeval, Valparaíso, 2005.

Raz, *La autoridad del Derecho: Ensayo sobre Derecho y Moral*, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 1982

Ríos Álvarez, *Las dos caras de Jano. Y otros ensayos*. Edeval, Valparaíso, 2005

Rodríguez Paniagua, *El relativismo jurídico de Radbruch y su consecuencia política*, en *Revista de estudios políticos*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, N° 128, Marzo-Abril 1963

Romero Pérez, *Derecho administrativo general*. EUNED, San José, 1999.

Roxin, - *Derecho Penal Parte general. Fundamentos*, Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Editorial Civitas, Madrid, 1997

- *Culpabilidad y prevención en el Derecho Penal*. Traducción, introducción y notas de Francisco Muñoz Conde, Editorial Reus, Madrid, 1981.

S

Silva Silva, *Medicina legal y psiquiatría forense. Psiquiatría forense*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Tomo II, 1995

Squella, - *La objeción de conciencia en el marco de la heteronomía del Derecho*, en *Revista de Ciencias Sociales N° 51*. Editorial EDEVAL, Valparaíso, 2006.

- *La definición mínima de democracia de Norberto Bobbio*. en *Norberto Bobbio, estudios en su homenaje, Revista de Ciencias Sociales*. Edeval, Valparaíso, 1987

T

Thoureau, *Desobediencia civil y otros escritos*. Traducción de M^a Eugenia Díaz, estudio preliminar y notas de Juan José Coy. Tecnos, Madrid, 4^a edición, 2006.

Torres Fernández. *Los delitos de desórdenes públicos en el Código penal español*. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2001

V

Verdugo Marinkovic, *Manual de Derecho constitucional*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Tomo II, 2002.

Vivanco M., *Curso de Derecho Constitucional. Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980*. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, Tomo II, 2006.

W

Wolf, *Sobre la esencia del autor*. Traducción directa del alemán de José Luis Guzmán Dalbora, p. 7. Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-r4.pdf>. Fecha de la última consulta: 24 de abril del 2010