



Tesis para optar al grado de Doctora en Derecho

# “INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL Y CRIMINOLOGÍA”



**Candidata:**

Rocío Sánchez Pérez

**Director de Tesis:**

Dr. Dr. *hc mult.* José Luis Guzmán Dalbora



## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN .....	7
CAPÍTULO I.....	13
LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL Y SUS PROBLEMAS .....	13
1. EL PROBLEMA DE LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY EN GENERAL: OBJETO, NATURALEZA Y METODOLOGÍA .....	13
1.1. EL PROBLEMA DEL OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN.....	13
1.1.1. INTERPRETACIÓN DEL DERECHO O INTERPRETACIÓN DE LA LEY .....	14
1.1.2. NORMAS JURÍDICAS COMO OBJETO O RESULTADO DE LA INTERPRETACIÓN.....	15
1.2. EL PROBLEMA DE LA NATURALEZA DE LA INTERPRETACIÓN.....	16
1.2.1. CONCEPCIONES DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA .....	16
1.2.2. JUSTIFICACIÓN DE LA INTERPRETACIÓN .....	20
1.2.3. LA IDEOLOGÍA EN LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA.....	21
1.2.4. LA FINALIDAD DE LA INTERPRETACIÓN .....	22
1.2.4.1. DOCTRINAS SUBJETIVAS Y OBJETIVAS.....	22
1.2.4.2. INTERPRETACIÓN ORIGINALISTA E INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA .....	27
1.2.4.3. INTERPRETACIÓN DECLARATIVA E INTERPRETACIÓN RECONSTRUCTIVA .....	28
1.3. EL PROBLEMA DE LA METODOLOGÍA DE LA INTERPRETACIÓN .....	30
1.3.1. SOBRE LA NECESIDAD DE LA INTERPRETACIÓN .....	30
1.3.2. ELEMENTOS DE METODOLOGÍA DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA .....	35
1.3.2.1. MATERIALES, INSTRUMENTOS Y PAUTAS DE INTERPRETACIÓN .....	36
1.3.2.2. LAS DIRECTIVAS PRIMARIAS .....	37
1.3.2.3. LAS DIRECTIVAS SECUNDARIAS .....	40
1.3.2.4. LAS DIRECTIVAS HERMENÉUTICAS AXIOMÁTICAS.....	41
2. SISTEMAS Y MÉTODOS DE LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL CON REFERENCIA A LOS ANTECEDENTES CRIMINOLÓGICOS.....	42
2.1. METODOLOGÍA Y PRESUPUESTOS DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA DE LA LEY PENAL .....	42
2.1.1. ANÁLISIS DEL PROBLEMA DEL OBJETO Y EL MÉTODO EN EL DERECHO PENAL .....	42
2.1.2. METODOLOGÍA JURÍDICO- PENAL DURANTE EL SIGLO XIX.....	44
2.1.2.1. JURISPRUDENCIA DE LOS CONCEPTOS.....	44
2.1.2.2. POSITIVISMO CRIMINOLÓGICO ITALIANO.....	46
2.1.3. METODOLOGÍA JURÍDICO PENAL DURANTE EL SIGLO XX.....	47
2.1.3.1. ESCUELA TÉCNICO JURÍDICA DE ROCCO .....	47
2.1.3.2. JURISPRUDENCIA DE LOS INTERESES.....	49

2.1.3.3. JURISPRUDENCIA DE LOS VALORES .....	51
2.1.3.4. LA FENOMENOLOGÍA.....	54
2.1.3.5. EL FUNCIONALISMO .....	57
2.2. CONCEPCIONES DE LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL .....	63
2.3. NECESIDAD DE LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL .....	65
2.4. FINALIDAD DE LA ACTIVIDAD INTERPRETATIVA DE LA LEY PENAL.....	66
2.5. EXIGENCIAS DE LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL .....	67
2.6. LÍMITES DE LA ACTIVIDAD INTERPRETATIVA DE LA LEY PENAL .....	68
3. MATERIALES PARA LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA DE LA LEY PENAL .....	70
3.1. REFERENCIA A ELEMENTOS DE INTERPRETACIÓN.....	70
3.2. ELEMENTOS DE LA INTERPRETACIÓN POR MEDIOS SEMÁNTICOS .....	73
3.2.1. ELEMENTO GRAMATICAL .....	73
3.3. ELEMENTOS POR MEDIOS LÓGICOS .....	75
3.4. ELEMENTO SISTEMÁTICO .....	80
3.5. ELEMENTO HISTÓRICO.....	81
3.6. ELEMENTO POLÍTICO-SOCIAL, ELEMENTO EXTRAPENAL Y ELEMENTO EXTRAJURÍDICO .....	82
3.7. SITUACIÓN EN CHILE .....	85
CAPÍTULO II:.....	90
RELACIONES EPISTEMOLÓGICAS ENTRE LA DENOMINADA CIENCIA JURÍDICO-PENAL Y LA CRIMINOLOGÍA.....	90
1. UNA APROXIMACIÓN AL PROBLEMA DE LA CIENCIA JURÍDICA.....	90
1.1. EL TRABAJO DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA Y EL PROBLEMA DE SU CARÁCTER CIENTÍFICO .....	91
1.1.1. ALGUNOS CUESTIONAMIENTOS AL TRABAJO CIENTÍFICO DE LOS JURISTAS.....	93
1.2. UBICACIÓN DE LA CIENCIA JURÍDICA EN EL PANORAMA GENERAL DE LAS CIENCIAS .....	96
1.3. ¿QUÉ SE HA ENTENDIDO POR CIENCIA DEL DERECHO?.....	98
1.4. MODELOS DE CIENCIA JURÍDICA.....	99
1.5. ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS DE LA CIENCIA JURÍDICA.....	101
1.6. FUNCIONES DE LA CIENCIA JURÍDICA .....	102
1.7. ASPECTOS EPISTEMOLÓGICOS RELEVANTES EN LA CIENCIA JURÍDICO-PENAL.....	104
2. PRINCIPALES ASPECTOS EPISTEMOLÓGICOS DE LA CRIMINOLOGÍA.....	108
2.1. NOTAS SOBRE ASPECTOS EPISTEMOLÓGICOS CENTRALES DE LA CRIMINOLOGÍA...	108
2.2. CONCEPTO Y OBJETO DE ESTUDIO DE LA CRIMINOLOGÍA .....	108

2.3. FUNCIONES DE LA INVESTIGACIÓN CRIMINOLÓGICA .....	110
2.4. EL MÉTODO DE TRABAJO EN LA CRIMINOLOGÍA .....	110
2.4.1. EL TRABAJO INTERDISCIPLINARIO Y MULTIDISCIPLINARIO DE LA CRIMINOLOGÍA .....	113
2.5. LA RELACIÓN ENTRE LA CRIMINOLOGÍA Y EL DERECHO PENAL.....	114
2.5.1. PRIMERA VINCULACIÓN: CONFIGURACIÓN RECÍPROCA DEL OBJETO DE ESTUDIO .....	116
2.5.2. SEGUNDA RELACIÓN: EL ESTUDIO DEL CONTROL SOCIAL FORMAL.....	118
2.5.3. TERCERA RELACIÓN: ANALIZAN EL MISMO OBJETO, PERO EMPLEANDO MÉTODOS DIFERENTES .....	121
2.5.4. CUARTA RELACIÓN: TEORÍA JURÍDICA E INFORMACIÓN EMPÍRICA .....	123
2.5.5. EL USO DE LA INFORMACIÓN APORTADA POR LA CRIMINOLÓGICA EN LA INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES PENALES.....	125
CAPÍTULO TERCERO: CASOS DIFÍCILES PARA INTERPRETAR .....	128
1. PRIMER CASO: LA MUERTE DEL TIRANO DOMÉSTICO COMETIDA POR LA MUJER VÍCTIMA DE VIOLENCIA DOMÉSTICA Y LA LEGÍTIMA DEFENSA.....	128
1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA INTERPRETATIVO.....	128
1.2. EL PROBLEMA JURÍDICO RESPECTO DE LAS MUJERES QUE MATAN AL TIRANO DOMÉSTICO .....	130
1.2.1. SOLUCIONES JURÍDICAS AL PROBLEMA DE LA MUERTE DEL TIRANO DOMÉSTICO .....	130
1.2.2. LA LEGÍTIMA DEFENSA COMO CAUSA DE JUSTIFICACIÓN QUE AMPARA A LA MUJER QUE MATA AL TIRANO DOMÉSTICO .....	131
1.2.2.1. PRIMER REQUISITO DE LA LEGÍTIMA DEFENSA: LA AGRESIÓN .....	132
1.2.2.2. SEGUNDO REQUISITO DE LA LEGÍTIMA DEFENSA: ACTUALIDAD O INMINENCIA DE LA AGRESIÓN .....	134
1.2.3. REVISIÓN DE LAS PROPUESTAS DESARROLLADAS PARA RESOLVER EL PROBLEMA CONCRETO DE LA MUERTE DEL TIRANO DOMÉSTICO.....	139
2. ANTECEDENTES CRIMINOLÓGICOS SOBRE EL FENÓMENO DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA .....	146
2.1. UBICACIÓN SISTEMÁTICA DEL PROBLEMA EN EL CAMPO CRIMINOLÓGICO .....	146
2.2. PRECISIONES CONCEPTUALES RESPECTO DEL FENÓMENO .....	149
2.3. CARACTERÍSTICAS DEL FENÓMENO DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA CONTRA LA MUJER .....	150
2.4. PROPUESTA INTERPRETATIVA.....	156
2. SEGUNDO CASO: PROBLEMAS INTERPRETATIVOS DERIVADOS DE LAS EXPRESIONES “U OTRA CALAMIDAD O DESGRACIA” PREVISTAS EN LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DEL ARTÍCULO 10 N° 12 DEL CÓDIGO PENAL CHILENO .....	164

2.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA INTERPRETATIVO.....	164
2.2. ESTUDIO DOGMÁTICO DE LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE .....	167
2.2.1. HISTORIA Y FUNDAMENTOS.....	167
2.2.2. PRIMER PROBLEMA INTERPRETATIVO: EL SIGNIFICADO DE LAS EXPRESIONES “CON OCASIÓN” .....	168
2.2.3. SEGUNDO PROBLEMA INTERPRETATIVO: LOS ELEMENTOS TÍPICOS INCENDIO, NAUFRAGIO, SEDICIÓN, TUMULTO O CONMOCIÓN POPULAR.....	169
2.2.4. TERCER PROBLEMA INTERPRETATIVO: EL SIGNIFICADO DE LAS EXPRESIONES “U OTRA CALAMIDAD O DESGRACIA” Y LA SOLUCIÓN ANALÓGICA .....	170
2.3. ANTECEDENTES CRIMINOLÓGICOS SOBRE EL FENÓMENO DE LA DELINCUENCIA COMETIDA EN CONTEXTOS DE CALAMIDAD, DESGRACIA, SEDICIÓN, TUMULTO O CONMOCIÓN POPULAR.....	173
2.3.1. UBICACIÓN SISTEMÁTICA DEL PROBLEMA EN EL CAMPO CRIMINOLÓGICO.....	173
2.3.2. DELITOS COMETIDOS POR MUCHEDUMBRES EN CONTEXTOS DE CONMOCIÓN POPULAR, TUMULTO Y SEDICIÓN .....	174
2.3.3. DELITOS COMETIDOS CON OCASIÓN DE DESASTRES NATURALES Y CATÁSTROFES .....	184
2.4. PROPUESTA INTERPRETATIVA.....	191
3. TERCER CASO: EL ROBO CON VIOLACIÓN Y LA INTERPRETACIÓN DE LA EXPRESIÓN “CON MOTIVO U OCASIÓN” .....	198
3.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA INTERPRETATIVO.....	198
3.2. RECONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA DE LA FIGURA DEL ROBO CON VIOLACIÓN.....	200
3.2.1. HISTORIA Y FUNDAMENTOS DEL TIPO PENAL .....	200
3.2.2. ELEMENTOS DEL TIPO.....	202
3.2.3. VINCULACIÓN ENTRE ROBO Y VIOLACIÓN .....	203
3.2.4. SIGNIFICADO DE LAS EXPRESIONES “CON MOTIVO” Y “CON OCASIÓN” .....	204
3.2.5. EL MOTIVO COMO ELEMENTO DEL TIPO DE ROBO CON VIOLACIÓN.....	206
3.3. ANTECEDENTES CRIMINOLÓGICOS SOBRE EL FENÓMENO DE LA VIOLACIÓN Y EL ROBO.....	209
3.3.1. UBICACIÓN SISTEMÁTICA DEL PROBLEMA EN EL CAMPO CRIMINOLÓGICO.....	209
3.3.2. FENOMENOLÓGICA DEL ROBO Y LA VIOLACIÓN .....	212
3.4. PROPUESTA INTERPRETATIVA.....	221
CONCLUSIONES .....	230
BIBLIOGRAFÍA .....	237

## INTRODUCCIÓN

Esta investigación se ha centrado sobre algunos problemas de la interpretación de la ley penal y su posible resolución mediante la utilización de los conocimientos criminológicos. La elección del tema se fundamenta en una serie de experiencias personales que no atribuyo al azar.

A lo largo de los estudios de pregrado las investigaciones criminológicas fueron grandes compañeras para dulcificar el proceso de aprendizaje de las disciplinas jurídicas. Mi inquietud sobre el tema despertó en las clases de Derecho penal con el profesor José Luis Guzmán Dalbora, pues era común que en cada elemento de la Parte general y en la Parte especial, dedicara tiempo a explicar las instituciones penales sin perder de vista la realidad social, revisando los conocimientos criminológicos sobre cada uno de los temas que analizó. Ciertamente eso contribuyó a consolidar inquietudes y también a elaborar un extenso y único grupo de apuntes que circuló interregionalmente desde Antofagasta a Valparaíso, cuya revisión, previa a cada evaluación, fue un desafío constante.

Una vez titulada tuve la posibilidad de desempeñarme profesionalmente como Defensora penal pública en la comuna de La Calera. Esa experiencia me mostró una realidad bastante alejada de lo que había estudiado teóricamente en las aulas de la avenida Errázuriz. En la litigación se discutía poco sobre aspectos penales sustantivos y prácticamente nada se decía sobre asuntos criminológicos. Esta y otras situaciones me llevaron a cuestionar diversos aspectos del funcionamiento del sistema penal, en particular el contenido y construcción de las argumentaciones vertidas en sede judicial, las que mostraban muy escasa aplicación del conocimiento dogmático y criminológico en la mayoría de los operadores del sistema. De ahí que los problemas centrales de esta tesis doctoral, recaen sobre razonamientos en el área penal y cómo ellos pueden desarrollarse, integrando el contenido de los textos legales, el conocimiento criminológico y de la doctrina penal, siguiendo un estándar argumentativo que permita controlar su razonabilidad.

Como se puede vislumbrar, el problema descrito es bastante extenso. Ello me fue advertido desde la postulación al programa del doctorado, en especial por el profesor Agustín Squella Narducci, quien siempre me hizo presente la dificultad que tendría que afrontar.

Ya aceptada en el programa y cursando los primeros seminarios, el problema de la extensión de la investigación apareció constantemente, lo que determinó que viajara a la Facultad de Derecho de la Universidad de Alicante para adquirir conocimientos específicos sobre argumentación jurídica, en el master sobre la materia que dirige el profesor Manuel Atienza Rodríguez. Esa oportunidad fue determinante para acotar y profundizar metodológicamente el problema, adoptando un camino mucho más claro y concreto, desde una perspectiva distinta. Así, abandoné temporalmente los conceptos y clasificaciones penales y entré a los problemas lingüísticos, la construcción de argumentos y las bases de la retórica. Lentamente, las visiones cognoscitivas, escépticas, intermedias y hermenéuticas se apoderaron del contenido de esta propuesta y constituyeron las bases que me permitieron comenzar una investigación más completa de la que originalmente tenía prevista.

La hipótesis de la presente investigación afirma que “la interpretación de la ley penal debe incorporar los conocimientos aportados por la Criminología. Esta posibilidad es ratificada por algunas corrientes metodológicas de la Ciencia penal y no es contraria a los métodos interpretativos usuales de la cultura jurídica moderna”.

Cabe señalar que ésta fue construida a partir de la revisión de los modelos de interpretación de la ley penal, analizando las propuestas que han desarrollado diversas escuelas penales. Esos conocimientos fueron revisados a la luz de los aportes iusfilosóficos, en particular las concepciones sobre la interpretación y metodología jurídica. Considerando que la hipótesis reconoce una vinculación necesaria de dos disciplinas que integran la Enciclopedia criminal también fue necesario reflexionar sobre la relación peculiar que tiene la Ciencia jurídico-penal y la Criminología.

El objetivo general de la investigación propuesto es demostrar que la determinación del sentido y alcance de la ley penal, apoyada en ciertas teorías de la interpretación jurídica, puede y debe integrar antecedentes del fenómeno criminal aportados por la Criminología.

De ahí se desprenden los objetivos específicos: analizar las teorías de la interpretación de la ley penal, comparándolas con las teorías sobre la interpretación jurídica elaboradas por la Teoría General del Derecho; determinar si, metodológicamente, las teorías sobre la interpretación jurídica permiten coadyuvar a la tarea del intérprete con los conocimientos aportados por la Criminología; exponer qué conocimientos aportados por la Criminología pueden ser empleados en la labor de la interpretación de la ley penal; y finalmente, describir algunos problemas interpretativos, tanto de la Parte general como de la Parte especial del Derecho penal, para cuya resolución es importante considerar los conocimientos criminológicos.

Por ello, esta investigación se ha organizado en tres capítulos. El primero describe los problemas elementales de la interpretación jurídica, desde los aportes que se han formulado desde la Filosofía y Teoría general del Derecho, recogiendo el trabajo de diversas escuelas. También expone la recepción de dichos elementos por parte de las escuelas penales.

El segundo capítulo contiene descripciones y reflexiones sobre el estatuto epistemológico de la Ciencia jurídica, en particular en la Ciencia jurídico-penal y de la Criminología. Reconociendo las múltiples dificultades que trae consigo ese cuestionamiento, se termina proponiendo algunas de las vinculaciones existentes entre ellas.

Para finalizar, el tercer capítulo analiza tres casos difíciles. Siguiendo el esquema de MacCormick quedarán comprendidos aquellos que no pueden resolverse mediante un argumento deductivo simple, pues la disposición jurídica no permite resolver cabalmente el problema jurídico. Las dificultades interpretativas, en particular, se centran en la elaboración de la premisa normativa (2018: p. 252).

De la Parte general se seleccionó el problema de la interpretación del requisito de la inminencia de la agresión en la legítima defensa de la mujer que mata al tirano doméstico. También incorporó un estudio sobre las dificultades interpretativas de la circunstancia agravante de responsabilidad de cometer el delito con ocasión de calamidad o desgracia. En

la Parte especial se revisó el robo con homicidio a la luz de los aportes criminológicos en materia de motivación de las conductas de robo y violación. Tratándose de estos tres casos se desarrolló una propuesta interpretativa para cada uno.

Esta investigación utilizó preferentemente el método de la dogmática jurídica, es decir, desarrolló un esfuerzo por exponer en forma ordenada y sistemática una serie de problemas interpretativos recaído sobre disposiciones penales; por lo mismo, se trató de una labor analítica, con énfasis en tres dimensiones. La primera dimensión versó sobre el análisis del lenguaje, sin perder de vista los aspectos ideológicos de las obras consultadas, siguiendo una concepción neutra de la ideología, es decir, aquella que da cuenta de una determinada concepción del mundo, en especial, del poder y la política (Courtis, 2016: p.143). Específicamente, en los dos primeros capítulos se trataron los problemas elementales de la interpretación jurídica y, a continuación, las relaciones epistemológicas entre la Ciencia jurídico-penal y la Criminología.

Considerando los elementos comprendidos en la hipótesis, también abarcó el estudio de elementos empíricos. En particular, en el capítulo tercero se expuso de forma ordenada la interpretación que la dogmática jurídico-penal ha dado a las disposiciones aplicables a los casos concretos y, posteriormente, se recogieron extensas conclusiones criminológicas y provenientes de otras disciplinas como la psicología, la sociología, que complementaron la solución de los problemas dogmático-penales seleccionados, reconociendo la epistemología individual de cada disciplina. Para construir dichos razonamientos se empleó el modelo de las directrices interpretativas de Pierluigi Chiassoni.

Ello permite afirmar que, preponderantemente, se utilizó el método deductivo, pues a partir de una construcción teórica abstracta sobre la teoría de la interpretación de la ley, el Derecho punitivo y los conocimientos criminológicos, se han deducido hipótesis y, finalmente, se elaboraron propuestas interpretativas para cada caso difícil analizado.

Para cumplir estos objetivos se realizó una revisión documental amplia. Dentro de las fuentes revisadas destacan las publicaciones especializadas en libros, artículos de revistas, informes, cierta jurisprudencia y textos legales. Todos ellos son aportes sobre el tema elaborados por la Filosofía del Derecho, Teoría General del Derecho y la Dogmática penal, los que fueron insumos de los capítulos primero y segundo. Además, fueron consultadas diversas obras criminológicas generales y específicas para abordar el problema contenido en el segundo capítulo. También se incorporó estudios criminológicos, históricos, sociológicos, psicológicos y provenientes de las ciencias de los desastres para desarrollar los análisis del capítulo tercero.

Teniendo en consideración estos antecedentes, le corresponderá al lector juzgar si la hipótesis propuesta ha sido verificada y si los objetivos planteados han sido satisfechos.

En el cierre de este trabajo es fundamental dedicar palabras de agradecimiento a todas las personas que me apoyaron durante los años de desarrollo de esta investigación. Este trabajo solitario y silencioso no hubiera sido posible sin las conversaciones, recomendaciones bibliográficas, críticas constructivas, préstamo de materiales para documentar el contenido, lo que se volvió esencial sobre todo en el momento más duro de la pandemia en que las

bibliotecas cerraron sus puertas y los traslados quedaron restringidos. Sin las palabras de ánimo, los gestos de amistad y de cariño, probablemente hubiera abandonado la redacción de este trabajo.

Quisiera comenzar agradeciendo a la profesora Elsa Vaccarezza Risetto. Sus clases de italiano, durante tantos años en su casa en Viña del Mar, fueron fundamentales, pues me permitieron leer y comprender un amplio número de obras que fueron utilizadas para sustentar esta investigación. Además me brindó su amistad y fraternidad en momentos de alegría y de tristeza. Gracias a esta tesis doctoral encontré una amiga generosa que fomentó el amor *per la lingua italiana* y su cultura.

Otra persona fundamental en el proceso de redacción de este trabajo fue Guillermo Pérez Véliz, profesor de castellano, quien me ayudó en la edición del texto y además compartió sus conocimientos sobre gramática y literatura. La revisión cuidadosa del borrador final de esta tesis permitió reducir el número de errores y tratar de expresar las ideas de la forma más clara posible.

También debo agradecer a los profesores del Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante (España). Especialmente a Manuel Atienza Rodríguez y a Isabel Lifante Vidal. Las conversaciones que tuvimos durante la estancia en su Facultad fueron determinantes para reconstruir el capítulo sobre interpretación de la ley y, sobre todo, para conocer otras formas de pensar el Derecho. Destaco la generosidad y sencillez con la que respondieron cada una de las preguntas que formulé. También a Hugo Ortiz Pilares por el apoyo en la tramitación de la estancia de investigación. Como se dijo en el cierre de la versión del máster del año 2017, esta tesis fue hecha siempre “mirando hacia Alicante”.

Mi gratitud también se extiende a los profesores de Derecho penal Emanuele Corn y Gabriele Fornasari de la Università degli studi di Trento (Italia) por recibirme en la estancia de investigación durante el invierno del año 2019. La amistad que nos une supera largamente el tiempo de desarrollo de esta tesis, por lo que la partida hacia sus tierras fue un reencuentro esperado y absolutamente necesario. En especial a la familia del profesor Corn por acogerme en su hogar y brindarme todo el cariño que tres niños, una madre y una gata podían ofrecerme. De dicha experiencia también rescato la calidad humana de los estudiantes del programa de doctorado de dicha facultad, que me acompañaron y ayudaron durante las semanas que estuve allá.

Mi reconocimiento agradecido a la profesora Catherine Ricaurte por ayudarme a gestionar la estancia de investigación en la Università de Genova (Italia) y, muy especialmente al profesor Pierluigi Chiassoni, el que en su pequeña pero bella oficina, me recibió para escuchar algunas ideas vagas que llevaba y, sobre todo, muchas dudas que cargaba. Además compartió conmigo material inédito en esa época y que hoy se encuentra citado en esta investigación pues fue publicado en el libro “El problema del significado jurídico”. Por supuesto, su trabajo sobre directrices interpretativas es una pieza fundamental en esta tesis, pues contribuyó a un diálogo necesario entre Derecho penal y Teoría general del Derecho.

Igualmente dedico palabras de agradecimiento a mis compañeros de curso del doctorado: David Quinteros Fuentes, Patricia Pérez Goldberg, Pedro Guerra Araya, Mario Opazo González y Rodrigo Jofré Mellado. Durante todos estos años la fraternidad y energía nos ayudó a mantenernos en pie a pesar de las dificultades que tuvimos en el primer período de seminarios y luego en el proceso de redacción de la tesis. La gentileza, espíritu colaborativo y generosidad marcó mi experiencia como estudiante de doctorado gracias a nuestra relación.

Quisiera agradecer también a la profesora ayudante en la Facultad de Derecho de la Universidad Andrés Bello, Valentina Cerón, pues su apoyo incondicional me ha permitido avanzar en la investigación y mantener las actividades de docencia y gestión. También a Reinaldo Córdova Henríquez y a Carlos Azócar Azócar, pues desde la biblioteca de la Escuela de Derecho siempre me asistieron en todo lo que fuera necesario, desde la gestión de libros y materiales hasta palabras de ánimo y risas cuando el cansancio ya hacía estragos. Sin duda la Errázuriz 2120 tiene grandes seres humanos a cargo del manejo de los libros atesorados en sus murallas.

Quisiera dedicar unas reflexiones también a la educación pública que me ha permitido el desarrollo humano y profesional. Mi matrícula en el Liceo Eduardo de la Barra de Valparaíso y los estudios de pregrado y de doctorado en la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso están encadenados, al igual que el origen de ambas instituciones porteñas yo me siento su fruto. Ingresé a la Facultad de Derecho a los 17 años y voy dejando sus aulas como estudiante a los 34. Durante todo este tiempo realicé labores de docencia, por lo que fui testigo de su proceso de cambio y modernización. El desarrollo del área de posgrado me ha permitido redactar un trabajo doctoral desde el puerto principal, vinculándome al resto del mundo, pero sin despegarme de las raíces que me amarran a Valparaíso y la educación pública regional.

En ese contexto, entrego mi agradecimiento al director de esta tesis doctoral José Luis Guzmán Dalbora por incentivar las lecturas y el cultivo de esta difícil disciplina desde los estudios de pregrado, los días sábado por la tarde en el Seminario de Derecho penal. Si bien su exigencia ha sido constante, también lo ha sido su generosidad intelectual y humana. En tiempos en que la Academia no era necesariamente un espacio para las mujeres fomentó que desarrollara la confianza suficiente para embarcarme en el trabajo que hoy culmina.

Para terminar doy gracias a mi familia por toda la paciencia que han tenido en estos años. Especialmente a mi mamá, Ivonne Pérez Véliz, por esforzarse, tanto para que yo aspirara a mejorar como profesional y, sobre todo, como ser humano. Siempre me impulsó a que tomara riesgos, más allá de los que yo misma visualizaba, e intentó abrir todas las puertas posibles para que pudiera desarrollar mis capacidades. A mi familia Pérez Véliz, que ha comprendido mi ausencia y lejanía producto del tiempo dedicado a esta investigación. Igualmente Betto debe ser mencionado, pues su amor incondicional durante más de diez años ha sido una fuente de energía permanente.

Las últimas palabras quiero dedicárselas a mi compañero Mauricio Fuentes Díaz. Esta vida tiene encuentros que cambian caminos y conocerlo fue un descubrimiento que marcó la nuestra y esta tesis. Me exhortó a cursar los estudios doctorales en Valparaíso cuando dudaba

de la decisión. Su experiencia académica contribuyó a considerar la Universidad de Alicante como destino de la estancia de investigación y, en definitiva, adopté parcialmente ese enfoque en este trabajo. Pero, sobre todo su compañía silenciosa, el respeto y la comprensión ante las horas solitarias de redacción, sumada a la confianza que siempre depositó en mí, llenaron mi espíritu para transformar el cansancio en energía y contribuyó a que nuestro hogar (con Betto) fuese una casa amorosa que me cobijó estos años y nos hace mirar el horizonte del océano Pacífico y los nuevos caminos que vamos a recorrer.

ROCÍO SÁNCHEZ PÉREZ

Valparaíso, 6 de junio de 2021

## CAPÍTULO I

### LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL Y SUS PROBLEMAS

“No coloquéis sobre la lengua viva la palabra muerta”

Gabriela Mistral

#### 1. EL PROBLEMA DE LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY EN GENERAL: OBJETO, NATURALEZA Y METODOLOGÍA

##### 1.1. EL PROBLEMA DEL OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN

Las abundantes investigaciones iusfilosóficas revelan un amplio consenso acerca de múltiples dificultades para desarrollar una caracterización unitaria de la *interpretación jurídica*, fundamentalmente derivadas de la ambigüedad de dicho término. Por ello, Guastini ha precisado que la expresión interpretación es un vocablo multiuso, ya que se emplea en distintos contextos con fines heterogéneos (Guastini, 2014: p. 21) y Tarello dedica páginas extensas a explicitar sus raíces lingüísticas, concluyendo que alude a diversos objetos, actividades y contextos, distinguiendo entre usos lingüísticos técnicos y comunes (2018: pp. 37-41). En virtud de dichos problemas es imprescindible comenzar esta investigación precisando algunos aspectos conceptuales, a propósito de su noción, naturaleza y finalidad. Además, se expondrán diversos aspectos metodológicos, que contribuirán a delimitar sus presupuestos, el objeto y método que debe utilizarse para desarrollar esta actividad, con especial énfasis en las amplias y heterogéneas posibilidades de justificación.

La primera aclaración precisará la extensión de la interpretación de acuerdo a su objeto. Siguiendo a Wróblewski, se debe diferenciar la interpretación en *sensu largissimo*, que supone la comprensión y atribución de sentido de un objeto en tanto fenómeno cultural. Por otro lado, la interpretación en *sensu largo*, implica la comprensión y atribución de significado de cualquier signo lingüístico, de acuerdo a las reglas de sentido de ese lenguaje. Finalmente, la interpretación en *sentido estricto* supone determinar o atribuir el significado de una expresión lingüística cuando existen dudas sobre ella en un contexto concreto (1985: pp. 21-23). En un sentido similar Comanducci resuelve el problema empleando una terminología diversa para referirse al fenómeno, distinguiendo la acepción hermenéutica, semántica y jurídica (2011: p. 52-53). A partir de ello, es relevante afirmar que, el objeto de estudio de esta investigación será la interpretación en sentido estricto, es decir, se empleará la acepción jurídica de la interpretación.

El segundo aspecto fundamental dice relación con la distinción entre la *interpretación como actividad y como resultado*, fruto de la extensión de la ambigüedad producto-proceso, derivada de usual confusión entre el resultado de la labor del hermeneuta y su quehacer propiamente tal (Lifante, 2017: p. 21). Una contribución relevante en la materia fue

desarrollada por Tarello a través de un análisis clarificador de ambos conceptos, distinguiendo la interpretación como actividad que corresponde a un proceso o labor interpretativa, mientras la interpretación como resultado alude a su producto. Específicamente nos exhibe la peculiaridad de que la interpretación como actividad está referida a preceptos sobre la hermenéutica y las diversas ideologías que la sustentan, mientras la interpretación como resultado se dedica a las teorías descriptivas y sociológicas de la interpretación (2015: pp. 64-69). Dicha aclaración permitirá, en lo sucesivo, diferenciar claramente la naturaleza y metodología de cada una de ellas.

A partir del análisis anterior, es posible continuar precisando el concepto de interpretación jurídica que se investiga. En particular, Gianformaggio refiriéndose solamente a la interpretación jurídica de la ley, la concibe como una actividad lingüística que puede asumir dos formas: será actividad noética referida al fenómeno mental de captación del significado a través de un pensamiento intuitivo o actividad dianoética que permite elucidar el significado de un enunciado a partir de un razonamiento o justificación. En consecuencia, podemos distinguir la interpretación que es resultado de una actividad noética o producto de una actividad dianoética (1987: pp.89-91).

Preliminarmente, esta especificación resultará útil frente a la pregunta de qué se debe interpretar, pues mientras algunos iusfilósofos indican que todo requiere interpretación, otros especialistas son partidarios del tradicional aforismo *in claris non fit interpretatio*. Con todo, Gianformaggio sostiene que esta controversia no es auténtica, puesto que en todas las situaciones comunicativas se necesita de actividad noética, pero solamente cuando existan dudas sobre el significado del mensaje se necesitará una actividad dianoética (1987: p. 91).

### 1.1.1. INTERPRETACIÓN DEL DERECHO O INTERPRETACIÓN DE LA LEY

En este contexto, durante largos años se ha desarrollado un arduo debate metodológico en la interpretación jurídica a raíz de las serias dificultades para delimitar su objeto, de modo que algunos autores se han inclinado por defender una *interpretación del Derecho* y otros sustentan que se requiere desarrollar la *interpretación de la ley*.

Sobre este aspecto, Lifante explica que la noción de *interpretación del Derecho* es una idea de origen premoderno en virtud de la cual esta actividad comprende la integración de la ley y la elaboración doctrinal de leyes (2018: p. 31). Además, Tarello precisa que sus defensores conciben la existencia de una interpretación verdadera, excluyendo la posibilidad de una pluralidad de interpretaciones; en la actualidad se la concibe como una labor imprecisa y compleja ya que abarca la actividad de individualización y atribución de significado de un segmento del discurso legislativo y la integración de las antinomias, entre otras labores; por lo tanto, a su juicio, se trata de una actividad con un alcance demasiado amplio que no es compatible con las sociedades democráticas actuales en las que se debería predominar la aplicación de la noción de interpretación de la ley (Tarello, 2018: pp. 43-46).

En cambio, la *interpretación de la ley* es una noción empleada en los códigos modernos que busca atribuir significado a un documento o conjunto de ellos que expresan

una norma jurídica o un complejo de normas (Tarello, 2018: p. 46). Estamos frente a un concepto más actual que a veces se contrapone a integración y a derecho no escrito (Lifante, 2018: p. 32).

Otro asunto sumamente cuestionado se refiere al objeto de la interpretación jurídica, pues algunos autores, catalogados como idealistas, asumen que la interpretación del Derecho “se ocupa de los sentidos o las ideas con relevancia jurídica”. En el otro sector del debate se encuentra la denominada concepción empirista que sólo reconoce la interpretación de hechos y cosas, particularmente de textos (Rodríguez, 2014: p. 318).

### 1.1.2. NORMAS JURÍDICAS COMO OBJETO O RESULTADO DE LA INTERPRETACIÓN

Otro asunto sumamente discutido dice relación con la idea de que las normas jurídicas son objeto de la actividad interpretativa, a partir de la cual surge una fuerte división entre los autores y las escuelas iusfilosóficas a la que pertenecen. Por lo tanto, a continuación se expondrá de modo general y resumido las diversas soluciones que se han desarrollado frente a esta pregunta.

Para comenzar, es indispensable precisar que, como es ampliamente sabido, la expresión *norma jurídica* es particularmente ambigua. Ello podría explicarse parcialmente, según Aienza, pues se trata de un vocablo utilizado en numerosos aspectos distintos de nuestra vida (2012: p. 72). Conviene tener en cuenta lo anterior para comprender las diversas respuestas históricas al problema.

En primer lugar, la denominada Escuela genovesa, en términos generales, concibe a la norma como una regla que contiene prescripciones que indican deberes de ejecución u omisión de comportamientos de los sujetos (Tarello, 2018: p. 139). Su versión más extrema afirma que no existen normas jurídicas con anterioridad a la actividad interpretativa. Si bien antes de dicha operación se sabe que un documento jurídico expresa reglas, no existe certeza respecto de su contenido, puesto que es el intérprete quien “detecta, decide o propone el significado de uno más enunciados prescriptivos” (Tarello, 2018: p. 102).

En virtud de lo anterior, Tarello aclara que la idea de que el intérprete descubre normas jurídicas conduce a errores, pues esconde tras una sola palabra tres actividades distintas que en ciertos casos pueden desarrollarse paralelamente (2018: p. 99). De ello se deduce la aceptación de un grado de escepticismo jurídico respecto de la indeterminación del Derecho, entendiendo que las normas pertenecen más bien al ámbito discursivo de los intérpretes y que las disposiciones corresponden al texto del documento jurídico interpretado que es armónico con las fuentes del Derecho (Lifante, 2018: p. 38).

Otra propuesta para solucionar el problema radica en reconocer la ambigüedad de la expresión *norma jurídica*, pero haciendo notar la distinción entre cinco usos lingüísticos diversos. En este contexto, adquiere mucha relevancia conceptual la propuesta de Aguiló que precisó los diversos modos de emplear dicho término.

En concreto, sostiene que una *norma jurídica* puede entenderse como un documento normativo o una disposición, dotada de autoridad, que contiene la formulación de una norma y la indicación de su posición dentro de la jerarquía normativa, como ocurre con la Constitución Política, una ley, un reglamento o una parte de ellas. Ahora bien, un segundo sentido del término permite comprenderla como sinónimo de costumbre jurídica, es decir, hace referencia a aquellas que no son fruto de un acto de promulgación. Una tercera alternativa emplea la expresión como sinónimo de norma implícita, tal como los principios jurídicos implícitos, los que no son disposiciones, ni expresión de una práctica normativa. En cuarto lugar, podemos concebirla como una unidad abstracta del discurso cuya estructura es relevante para articularlo. Una última posibilidad entiende la expresión como la premisa normativa de un razonamiento jurídico acabado; en cuyo caso el contenido es su elemento más relevante (Aguiló, 2012: pp. 84-85).

Siguiendo dichas precisiones conceptuales Lifante reconoce que solamente respecto de ciertas acepciones es aceptable afirmar que las *normas jurídicas* son resultado de la actividad interpretativa. Dicho de otra manera, entiende que podrá aceptarse que una norma es producto de la labor hermenéutica únicamente si reconocemos a la norma jurídica como una premisa normativa que resuelve un caso, ya que ha debido de ser construida por el intérprete de acuerdo a las peculiaridades prácticas del caso que requiere solución, teniendo en cuenta que esta práctica es mucho más cercana a la noción de *interpretación del Derecho* que la *interpretación de la ley*. Asimismo, una norma puede ser entendida como el resultado de la actividad interpretativa si empleamos la acepción que la concibe como unidad relevante del ordenamiento jurídico. Con todo, debemos tener claridad de que ello no puede aplicarse al resto de los usos lingüísticos excluidos (2018: p.39).

Solamente queda pendiente señalar que durante el desarrollo de esta investigación se empleará la distinción conceptual y metodológica desarrollada por Aguiló y Lifante, entendiendo a la *norma jurídica* como una unidad relevante del ordenamiento jurídico.

## 1.2. EL PROBLEMA DE LA NATURALEZA DE LA INTERPRETACIÓN

### 1.2.1. CONCEPCIONES DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

A continuación se analizarán las propuestas más relevantes en torno a las concepciones de la *interpretación jurídica*. Ellas son reflejo de diversas formas de concebir el Derecho y, por consiguiente, exigen aplicar métodos diversos en la labor hermenéutica. Específicamente se distinguen tres concepciones: *cognoscitiva*, *escéptica* o *intermedia*.

Para empezar, la teoría cognitiva o formalista concibe al Derecho como un sistema consistente y completo, capaz de brindar una única interpretación correcta. En consecuencia, la hermenéutica jurídica es una actividad *cognoscitiva*. Con ello asumen una postura formalista que alberga una concepción esencialista del lenguaje cuya raíz se encuentra en la ideología del liberalismo (Moreso, 2016: p. 118). Su origen histórico estuvo, especialmente, en las doctrinas propias de la ilustración partidarias de la necesaria separación de poderes al interior de un Estado con primacía de la ley, razón por la cual el juez es concebido solamente

como “la boca de la ley” y, por lo tanto, un intérprete políticamente pasivo. Con ello, se pretende alcanzar la certeza del Derecho y la aplicación de la justicia formal (Guastini, 2014: p. 350). Tal como se indicó, sus partidarios entienden que siempre es posible acceder al significado de los textos normativos, ya que estos tienen un sentido único que puede ser objeto de conocimiento.

Concretamente, sus defensores estiman factible calificar como verdadero o falso un enunciado interpretativo; para ello sería necesario utilizar un criterio de verdad derivado del significado literal de las palabras empleadas por el legislador, o bien, buscando la equivalencia del significado con las intenciones del órgano que dicta la ley, dando prioridad a los argumentos semánticos o genéticos (Lifante, 2018: p. 62). A partir de lo anterior se distinguen las teorías *literalistas o intencionalistas* de la interpretación.

Estos planteamientos desconocen los problemas de vaguedad y equívocidad en el lenguaje y la eventual discrecionalidad en la actividad interpretativa. Por todas estas razones cuenta con escasos adherentes, aunque se encuentra enraizada profundamente en la cultura jurídica occidental, sobre todo en los argumentos desplegados por los tribunales e instituciones estatales, (Guastini, 2014: p.348) e incluso en los discursos elaborados por la doctrina en diversas áreas del Derecho.

Por su parte, las ideas centrales de la teoría *escéptica o realista*, afirman que el significado de los textos no puede ser determinado o conocido; por lo tanto, la interpretación es una actividad de mera voluntad. Consecuencialmente, la labor interpretativa es necesariamente prescriptiva o estipulativa de significados, siendo los jueces “libres de atribuir cualquier significado” (Guastini, 2014: p. 350). Sus partidarios asumen que los textos normativos son radicalmente indeterminados y, por ello, el Derecho no puede brindar una única respuesta correcta, sino solo un conjunto de decisiones judiciales (Moreso, 2016: pp. 118-119). A partir de lo anterior, la principal crítica que han recibido radica en que su análisis del problema se acota en forma exclusiva la operatividad concreta del proceso judicial, sin evaluar el funcionamiento completo del Derecho.

Dado que esta corriente acoge posiciones heterogéneas, un elemento común que marca su identidad consiste en afirmar que no existe un criterio de corrección que guíe las elecciones de los intérpretes. Una versión moderada que asume como probable que los enunciados normativos tengan un valor de verdad. Otra corriente, liderada por Guastini, declara que en la actividad interpretativa no es posible admitir cualquier significado, sino que únicamente aquellos que son aceptados de acuerdo a los usos lingüísticos, los métodos interpretativos y por la dogmática (Guastini, 2014: p. 363). Por el contrario, su expresión más extrema entiende que los textos normativos carecen de todo tipo de significado anterior a la interpretación, pues antes solamente existen las fuentes del Derecho.

En medio este debate se ubican las *teorías intermedias*, que intentan conciliar las versiones escépticas y cognoscitivistas de la interpretación jurídica. Para ello, sus representantes nos indican que, en algunas ocasiones, la interpretación es una actividad cognoscitiva, pero en otras será estipulativa, de modo que, en palabras de Lifante, los intérpretes se encuentran a medio camino entre decir el Derecho y crear el Derecho (2018: p. 63).

Esta posición asume, en primer lugar, que el Derecho no es un sistema perfecto y por ello su significado está parcialmente determinado, dependiendo de si estamos frente a un caso claro o uno difícil, en los que se puede detectar enunciados susceptibles de calificarse como verdaderos o falsos. En consecuencia, reconocen que en ciertas ocasiones nos brindará algunas respuestas correctas, pero en otras se detectarán antinomias, lagunas o no se hallarán por otras dificultades.

La versión más influyente de esta teoría pone énfasis en la textura abierta del Derecho, de la que emergen diversos problemas lingüísticos, especialmente la vaguedad, indeterminación e imprecisión. Si bien es posible distinguir un núcleo certero en el significado de ciertos textos, se reconoce igualmente la existencia de zonas de penumbra o indeterminación del significado. En consecuencia, en los casos claros la interpretación opera como un acto de conocimiento del significado, mientras que en los casos difíciles o dudosos corresponde a un acto de voluntad (Guastini, 2014: pp.364-368).

Otra corriente de pensamiento se expresa en el trabajo de los partidarios de la *teoría hermeneútica* que asume como presupuesto que el Derecho no está totalmente determinado (Zaccaria, 2012: p. 140). Sus representantes defienden una postura antiformalista, (Viola, Zaccaria, 2007: p. 184), manifestándose contrarios al positivismo.

Entienden que no es posible comprender y aplicar el Derecho de forma mecánica, utilizando meros silogismos, pues se trata de una práctica social interpretativa (Zaccaria, 2012: p. 136), cuyo propósito es solucionar conflictos de forma pacífica (Viola et al., 2007: pp. 110-111). Reconocen la distinción entre interpretación como actividad y resultado y diferencian aquella recaída sobre textos jurídicos de las que versan sobre fenómenos culturales (Viola et al., 2007: p. 123).

Ciertamente reconocen que el contenido de los textos jurídicos convive con la incertidumbre propia del lenguaje. Ello no impide ni reduce los esfuerzos racionales para intentar explicar su contenido (Viola et al., 2007: p. 113). Por el contrario, el intérprete necesita dotarse de ciertos criterios de racionalidad en la determinación de los significados de los textos jurídicos, deshaciendo dudas interpretativas mediante el paso de un enunciado a interpretar para llegar a un enunciado interpretativo (Viola et al., 2007: p. 111). En ese contexto, la interpretación jurídica resulta fundamental para comprender el Derecho (Zaccaria, 2012: p. 136-140), ya que siempre tiene lugar tratándose de la relación entre un sujeto que es el intérprete, el nuevo texto y el texto a interpretar. Así, el intérprete lo que hará es adscribir un significado a un texto (Viola et al., 2007: p. 112). Para ellos la tarea del jurista es mucho más compleja, pues necesita analizar una serie de aspectos adicionales a los textos jurídicos.

Seguidamente, aceptar esta naturaleza comunicativa del Derecho determina una concepción distinta de la interpretación jurídica centrada en la preponderancia del lenguaje, el intérprete y su contexto. Como se puede advertir, si el Derecho es una práctica comunicativa el lenguaje tiene una altísima relevancia, compuesto de aquello que está dicho y lo no dicho (Viola et al., 2007: p. 101).

El analizar aquello que “se ha dicho” permite reconocer presupuestos e implicaciones que contribuyen a la comprensión de un texto, además del significado convencional de las palabras y los usos lingüísticos consolidados, sin perder de vista que adicionalmente el intérprete debe “conocer plenamente los principios estructurales de la práctica en cuestión y las instituciones” (Viola et al., 2007: p. 101).

Ahora bien, un segundo aspecto que compone al Derecho es “lo no dicho”. Este constituye el punto de inicio del círculo hermenéutico, pues el desafío que asume el jurista consiste en aportar métodos para administrar adecuadamente aquello que no está expresado a cabalidad en las leyes (Viola et al., 2007: p. 101).

Para desarrollar su labor el intérprete debe tener en consideración el contexto institucional, cultural y social en el que se desempeña (Viola et al., 2007: p. 135). A ello se agrega el lenguaje común, sumado a un determinado contexto (Viola et al., 2007: p. 117-123), puesto que el hermeneuta no se encuentra aislado en el mundo, sino que está en permanente contacto con otros individuos. Para realizar su tarea debe utilizar los cánones de interpretación, que no le ofrecen absoluta certeza, pero sí permiten configurar un procedimiento más razonado para justificar el enunciado interpretativo (Viola et al., 2007: p. 113).

Más precisamente, la tarea del intérprete exige desplegar un procedimiento dialéctico que se desenvuelve entre el comprender y explicar (Viola et al., 2007: p. 122), tomando en cuenta el contexto y el significado de los textos jurídicos. En definitiva, los significados serán aquellos compartidos por una comunidad en una época determinada, particularmente entre el autor y el destinatario del texto jurídico, sin perjuicio de la relevancia del contexto en que es utilizado el documento. En el fondo, la interpretación opera intermediando entre la universalidad de un texto y la situación concreta en la que se utiliza (Viola et al., 2007: p. 118).

En este camino de intermediación se debe reconocer que es posible precisar un significado específico del texto, previo paso por diversos significados. Este proceso también requerirá identificar y reconocer las intenciones del autor como expresión de la comunicación de éste con el interlocutor, la comunidad y otros textos (Viola et al., 2007: pp. 128- 129). También se necesita asumir que el significado del texto no viene dado con anterioridad, sino que lo fija el hermeneuta a partir de una relación armónica entre el Derecho, su significado, los enunciados normativos y extranormativos (Viola et al., 2007: p. 185). Además, metodológicamente, el intérprete debe analizar el contexto, en particular la influencia de la norma con el caso concreto (Viola et al., 2007: p. 187).

Con todo, los esfuerzos intelectuales han intentado organizar la labor hermenéutica, asumiendo el desarrollo de distintas etapas, comenzando con la *precomprensión*. De ella se obtiene una primera guía respecto del posible sentido de un texto a partir de su contenido lingüístico y los hechos (Viola et al., 2007: p. 188). En esta fase es fundamental que el intérprete tome en consideración su contexto y la comunicación con el resto de la comunidad.

La segunda fase se desarrolla por la aplicación de la denominada lógica *pregunta respuesta*, es decir, “seguir sus movimientos de sentido hacia la referencia de lo que dice hacia aquello de lo que se habla” (Viola et al., 2007: p. 198).

La última fase corresponde al *círculo hermenéutico*. En este momento el hermeneuta teóricamente presiona el texto, sin perder de vista que “trabaja en un sistema lingüístico abierto, continuamente enriquecido por su contexto”. Por lo tanto, la comunidad lingüística controlará la racionalidad de la solución propuesta (Viola et al., 2007: p. 193).

En pocas palabras, la concepción que se asuma sobre el Derecho trazará caminos metodológicos diversos para realizar la labor de interpretación jurídica, entendida como proceso y resultado. Si asumimos al Derecho como sistema total, coherente y completo, con un contenido claro, fijo y verdadero, nos decantaremos por una concepción *cognoscitiva* de la interpretación. En cambio, si reconocemos al Derecho como un sistema imperfecto, que en ocasiones nos brinda soluciones correctas y claras, pero en otras nos brinda respuestas difíciles de hallar o dudosas, se asume una postura *intermedia*. Finalmente, si analizamos el problema desde una perspectiva *escéptica*, se lo concebirá con un contenido mayormente indeterminado, el que puede ser atribuido por los jueces con libertad, configurándose la interpretación como una actividad creadora de normas jurídicas.

### 1.2.2. JUSTIFICACIÓN DE LA INTERPRETACIÓN

Otro asunto que ha ocupado a los iusfilósofos dice relación con la elaboración de un aparato metodológico comprensivo de un conjunto de razones que permitan fundamentar las decisiones interpretativas que adopten. Debido a la existencia de múltiples esquemas justificatorios, a continuación serán expuestas solamente las desarrolladas por Paolo Comanducci y por Jerzy Wróblewski.

Una descripción bastante clara fue desarrollada por Comanducci. Su propuesta comienza diferenciando las denominadas *teorías lógicas*, enmarcadas en una corriente positivista apegadas a una concepción más formalista. Considera que las razones justificativas de la decisión del intérprete tienen un carácter lógico deductivo, de manera que la construcción de los argumentos se iniciará con una premisa que debe representar normas jurídicas. Luego, da cuenta de las teorías retóricas que igualmente albergan diversas vertientes. Asimismo, un sector estima que, en los hechos, los juristas emplean argumentos de naturaleza retórica para arribar a la decisión interpretativa, pero otro grupo considera que en dicha labor los intérpretes deben incorporar razones retóricas en la justificación. Seguidamente explica la propuesta de las *teorías éticas*, que se inclinan a favor de que un fundamento político-moral de la decisión interpretativa, al entender que el razonamiento jurídico es expresión del razonamiento práctico.

Ahora bien, es imprescindible subrayar la propuesta del modelo integrado de Wróblewski que comprende la justificación racional de las decisiones interpretativas (1985: p. 59). La idea central supone que en el resultado se incorporen todos los elementos de argumentación, abarcando la justificación interna y externa, ya se trate de una interpretación

operativa o doctrinal. Considerando lo anterior estima que es posible controlar la razonabilidad de los argumentos brindados por el intérprete, lo que no debe confundirse con el proceso de toma de dicha decisión, el que debe ser evaluado mediante el estudio del fenómeno psicológico del intérprete.

Su modelo reconoce que los problemas interpretativos se originan en una duda interpretativa que puede resolverse mediante la aplicación de ciertas directivas interpretativas ubicadas en dos niveles. En el primero se encuentran aquellas que establecen el modo en que el intérprete debe atribuir significado a una regla según el contexto lingüístico, sistémico o funcional.

En el nivel siguiente están contenidas las reglas que indican cómo deben emplearse las directivas del primer nivel y el procedimiento para elegir entre diversos resultados, en el caso que sea necesario. En particular Wròblewski afirma que “los argumentos para elegir una concreta directiva de interpretación son o la autoridad, o bien la valoración que justifica una elección o un uso de estas directivas” (1985: p. 66).

En este sentido, reconoce el rol de la valoración del intérprete como expresión de su adhesión a una de las denominadas ideologías de la interpretación jurídica. Por lo tanto, en última instancia las valoraciones determinan la elección y los usos de estas directivas. En pocas palabras, las elecciones de estas directivas y valoraciones podrían también justificarse dentro de los límites del discurso justificativo (1985: pp. 67-70).

Recapitulando, Wròblewski distingue dos planos en la decisión interpretativa. Una justificación interna que abarca los razonamientos interpretativos respetuosos de las reglas de la lógica, basados en premisas justificadas. Además de las conclusiones que sean consecuencia de ellas, concretando el silogismo jurídico. También reconoce la utilización de elementos retóricos que supondrán el paso del texto a la norma y de las pruebas a la descripción del supuesto de hecho. Sin embargo, se debe precisar que las conclusiones se sustentan en valores o principios de carácter político-moral (Comanducci, 2011: pp. 60-61).

### 1.2.3. LA IDEOLOGÍA EN LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Este asunto se encuentra necesariamente vinculado a la justificación de la decisión interpretativa. Las valoraciones del intérprete serán el núcleo de cualquier razonamiento que permita arribar a una interpretación como resultado pues, a partir de ellas, se seleccionarán los métodos justificativos. Hay que hacer notar que Wròblewski desarrolla una clasificación, indicando que las ideologías responden a teorías descriptivas de la interpretación y brindan respuestas a preguntas sobre cómo y por qué se interpreta. Por ello, la decisión interpretativa solamente estaría justificada si se ajusta a las directivas interpretativas, que simultáneamente dependen de las valoraciones del intérprete.

Para empezar, la denominada *ideología estática* de la interpretación legal es aquella que pretende conseguir estabilidad y predictibilidad en un ordenamiento jurídico, asumiendo que las reglas jurídicas tienen un valor inmutable. Dicho brevemente, su construcción del

significado supone descubrir la voluntad del legislador histórico sin adaptarla al contexto social en que surge la duda interpretativa, ni aceptando cualquier operación creativa del intérprete. En consecuencia, se utilizarán exclusivamente los materiales jurídicos que contribuyan a este fin en desmedro de directivas que aludan a la *ratio legis*, criterios sistémicos, valoraciones morales del legislador histórico, entre otros (Wròblewski, 1985: pp. 73-75).

En cambio, una *ideología dinámica* concibe a la interpretación como una actividad que busca adaptar el Derecho a las necesidades sociales presentes y futuras. Por ello, se trataría de una labor siempre creativa. Para Wròblewski, no ajustar la interpretación al contexto imperante supondría “un gobierno de los muertos sobre los vivos” (1985: p. 76). En su opinión, una de las causas de las dudas interpretativas radica en la falta de adecuación del Derecho a la vida social, produciendo incluso casos de vaguedad del lenguaje (1985, p. 69-76). Por ello, es fundamental reconocer que las sociedades se transforman y con ello se va modificando el lenguaje legal, las prácticas jurídicas y sus valoraciones dominantes.

Hay que hacer notar diversas consecuencias metodológicas de esta ideología. Para comenzar, se debe emplear criterios funcionales. Luego, las directivas lingüísticas estarán condicionadas por el significado que en una determinada época las convenciones sociales le den a términos jurídicos. Se suma a lo anterior que los criterios sistémicos prestan una utilidad vital, ya que permiten adecuar el sentido de los usos lingüísticos al contexto social cambiante al que se adscribe cada ordenamiento (1985: pp. 75-78).

#### 1.2.4. LA FINALIDAD DE LA INTERPRETACIÓN

Como ya se podrá apreciar las diversas concepciones y justificaciones de la interpretación jurídica tienen como efecto que cada intérprete persiga diversos propósitos mediante su labor. Con miras a explicar de forma ordenada diversas teorías, se recogerán algunas dualidades clásicas propuestas en la teoría de la interpretación, distinguiendo, en primer lugar, las doctrinas objetivas y subjetivas. A continuación, las doctrinas originalistas y evolutivas. Para terminar se revisarán las corrientes declarativas y reconstructivas.

##### 1.2.4.1. DOCTRINAS SUBJETIVAS Y OBJETIVAS

Para comenzar, las doctrinas subjetivas, también denominadas teorías de la *voluntas legislatoris* o *voluntas legis* (Lifante, 2018: p. 134), usualmente se desarrollan en oposición a las teorías objetivistas, asumiendo variantes del intencionalismo.

En particular, la idea fundamental de las doctrinas intencionalistas consiste en afirmar que a los textos normativos se les debe atribuir el sentido según la intención o voluntad de la autoridad normativa (Guastini, 2010: p. 104). Estas teorías tienen una amplia difusión en la interpretación constitucional y ponen énfasis en que la decisión interpretativa reconstruye la

intención del legislador a partir de elementos extralingüísticos, como son los trabajos preparatorios o el contexto político, pero no el texto propiamente tal (2014: p. 106).

Un representante destacado de la doctrina intencionalista es el iusfilósofo Andrei Marmor, que asume el concepto de Derecho y la noción de autoridad de Josep Raz. Concretamente, afirma que la interpretación consiste en la atribución de significado a un objeto. En particular, tratándose del Derecho, ello supone la adjudicación de intenciones comunicativas. Para Marmor el intencionalismo se expresa en dos versiones separadas. La primera corresponde a la identificación de la norma jurídica como tal, respecto de la cual no se hará referencia en esta investigación por exceder el objeto de estudio.

La segunda versión del intencionalismo está referida a la determinación del significado de las normas y asume dos tesis fundamentales. Una sostiene que las leyes, en ciertos casos, son promulgadas con intenciones específicas. Ello tendría naturaleza fáctica que debe probarse mediante el procedimiento para fijar hechos. Seguidamente, la segunda tesis expresa que si la ley es promulgada con una intención, le sumistra al juez una razón para resolver el conflicto. Como se puede advertir, no todas las leyes serán dictadas con una intención y no todos los problemas interpretativos pueden y deben resolverse respetando la intención del legislador, sino que solamente los casos difíciles. Esto que implica reconocer la vocación restringida del intencionalismo (Marmor, 2001: pp. 201-205).

En ese sentido, Marmor asume la inviabilidad de identificar un legislador, mediante el reconocimiento de una intención representativa, que exige caracterizar los individuos cuya intención representa a la corporación que integran. En definitiva, sería una intención compartida, más que una intención grupal. A partir de ello intenta superar el natural escollo de la composición colegiada presente en la mayoría de los parlamentos contemporáneos (2001: pp. 205-211).

Posteriormente, en la revisión de las intenciones desplegadas en el proceso legislativo Marmor reconoce la convergencia de una multiplicidad de intenciones que podrían ordenarse según la dificultad de esclarecimiento e importancia en el proceso hermenéutico. Entre las más sencillas de dilucidar están aquellas que se revelan del contenido de la ley promulgada. Luego, podemos apreciar otra serie de diversas intenciones de carácter relevantes o irrelevantes. Seguidamente, están ubicadas los designios adicionales, presentes en la mayoría de los actos legislativos, que también pueden ser de distinta índole, fundados en los variados motivos del actuar del legislador, cuyo mérito se evalúa con bastante complejidad (2001: pp. 213-215). Además, es factible diferenciar propósitos de aplicación, entendidos como expectativas relativas a la usanza adecuada de la ley que se sanciona (2001: p. 216), pero que tienen una naturaleza diversa a la intención comunicativa y solamente se tornan relevantes cuando el legislador tuvo una intención determinada ante el asunto que conoce el tribunal, debiendo existir una relación medial entre las intenciones aplicativas y las intenciones adicionales.

Frente a esta heterogeneidad, Marmor postula que la justificación para emplear las intenciones de la autoridad radica precisamente su existencia, continuando la tesis de la autoridad de Raz. Enseguida, se deben dar los mismos requisitos que permiten reconocer que una persona tiene autoridad sobre otra. En concreto, estima que dicha autoridad tiene un

conocimiento especializado (2001: p. 224), es decir, considera probable que tenga acceso a mejores razones correctas para resolver el asunto. En vista de lo anterior, cabe preguntarse si la tesis del conocimiento de la autoridad es plausible y cómo pueden extraerse esas opiniones especializadas, a lo que el autor responde que es factible su obtención de las opiniones técnicas expuestas por funcionarios y expertos durante el debate legislativo, las que contribuirían a iluminar el problema interpretativo que debe resolver el juez, lo que definitivamente le da más peso al criterio.

Más adelante, Marmor se anticipa a la posible crítica escéptica que cuestiona la existencia de un conocimiento especializado en asuntos morales. Por ello, propone que solamente en aquellos casos en que se entiende más importante tener una decisión para el caso que revisar los detalles sobre cómo se adoptó la decisión, se justificarán conforme a la tesis de la coordinación (2001: pp. 225-227).

Otro destacado iusfilósofo partidario de la doctrina intencionalista es Josep Raz, cuya propuesta sirvió de base para el desarrollo de la teoría de Marmor. Hay que tener en cuenta que Raz adhiere al modelo comunicativo del Derecho, defendiendo la noción de que consiste “en el significado de una emisión lingüística en un contexto específico, más que un texto vacío de contenido” (1997: p. 218). A partir de ello, asume que la interpretación jurídica parte de la base de que existe comunicación entre un emisor y un receptor, cuyo mensaje tuvo un problema de transmisión (Lifante, 2018: p. 170). Por lo tanto, la actividad interpretativa tiene lugar cuando el receptor se pregunta acerca del contenido del mensaje que expresó el emisor-legislador. En palabras de Raz, “lo que dijo el legislador es lo que sus palabras significan, dadas las circunstancias de la promulgación de la legislación y de las convenciones de interpretación prevalecientes en ese momento” (1997: p. 222).

En la interpretación jurídica, la razón de la búsqueda de ese mensaje estaría arraigada en la relevancia que el autor concede a los conceptos de autoridad y continuidad. Para comprender lo anterior debemos considerar algunas ideas previas. Primeramente, Raz entiende que “la interpretación es de un objeto y se produce cuando hay razón para unirla al objeto” (1996: p. 36). Entonces, la labor hermenéutica debe expresar la decisión de la autoridad jurídica en concordancia con la intención que tuvo la autoridad que la dictó (1996: p. 36) ya que “la autoridad posee control sobre el Derecho sólo cuando su legislación es interpretada de ese modo” (Lifante, 2018: p. 153).

Por ello, en su parecer, el criterio de corrección de la actividad interpretativa viene dado por adscribir el significado que represente la intención que tuvo el legislador al momento de emitir el acto-fuente del Derecho (Raz, 1997: p. 218). A partir de lo anterior podemos concluir que su propuesta tiene un alcance limitado, pues solamente resulta aplicable respecto de las fuentes-acto del Derecho que son fruto de la deliberación del legislador.

Sin embargo, la propuesta de Raz genera diversas dudas de las que el propio iusfilósofo intenta hacerse cargo. Un cuestionamiento sustantivo radica en el concepto y contenido de la intención, para lo cual nos propone que se trataría de intenciones reales que no pueden presumirse. Vinculado a ello surge otro problema derivado de un dato fáctico, ya mencionado con anterioridad, pues en nuestra época el legislador normalmente es un órgano

colegiado, por lo que Raz sugiere que tendremos que considerar las intenciones de los individuos que componen la institución, ya que a través de ellos actúa el legislador.

Por lo anterior, las intenciones individuales de cada legislador no pueden comprenderse únicamente como una suma aritmética, entre otras razones, porque es posible que cada uno no tenga una intención respecto del contenido mismo de la ley. De esta forma, bastaría con que el legislador concorra con su voluntad a la “determinación del contenido significativo del Derecho” (Lifante, 2018: p. 153). Ante esta crítica, plantea que la actividad interpretativa se refiere a una intención mínima de parte del legislador, apoyada en las “convenciones para la interpretación de la clase de textos legislativos en cuestión que prevalecían en la cultura jurídica al momento en que la legislación fue promulgada” (Raz, 1997: p. 232).

Resumiendo las ideas centrales de Raz, admite la posibilidad de que el mensaje emitido por el legislador (autoridad) en las fuentes-acto no sea comprendido por el destinatario (intérprete), en cuyo caso será indispensable buscar la intención que el legislador tuvo al emitirlo, porque con ello logra mantener la autoridad sobre el Derecho que promulga. Luego, en esa búsqueda de la intención, y considerando las complejidades del proceso de dictación de las leyes, debemos acudir a intenciones reales que recaigan sobre la configuración del contenido más expresivo y valioso de dichas fuentes, interpretándolas de acuerdo a las reglas procedimentales que estén vigentes al momento de la resolución de la duda interpretativa.

Ahora bien, las propuestas intencionalistas han sido objeto de diversos juicios y cuestionamientos. Entre las críticas más profundas, ordenadas y extensas se destacan las desarrolladas por Guastini. El autor genovés resalta varias dificultades para definir a la autoridad normativa en las sociedades democráticas actuales, en que comúnmente son órganos colegiados quienes dictan los textos normativos. Además, se manifiesta incrédulo respecto de la existencia de una intención en un organismo colegiado, al asumir que la intención es un estado mental individual. Igualmente, expresa numerosas dificultades que existen para hallar una sola intención en la pluralidad de intenciones que tuvieron los múltiples sujetos que intervinieron en las diversas etapas del proceso de elaboración del texto normativo. Para terminar, reprocha que de forma usual los que invocan esta voluntad, esconden las verdaderas preferencias del intérprete, bajo la etiqueta de la búsqueda de la “voluntad objetiva de la ley” (2010: pp. 105-106).

Como contrapartida a todas estas tesis se desarrolla la *doctrina objetivista*, que puede cristalizarse en su vertiente más rígida denominada textualismo, la que podría vincularse con alguna versión del cognocitivismo en la interpretación jurídica. Incluso, algunos autores afirman que el textualismo podía denominarse originalismo.

En concreto, esta corriente se desarrolla fundamentalmente a propósito de la interpretación de la Constitución. Sobre ello, uno de sus principales representantes advierte que un buen textualista asume que “las palabras sí tienen una gama de significados limitada y ninguna interpretación que vaya más allá de aquella gama es permitida” (Scalia, 2015: p. 87). En efecto, la interpretación constitucional y legal persiguen hallar el significado original de un texto, prescindiendo de la intención de sus redactores (Scalia, 2015: p. 104).

Tal como se puede advertir, Scalia es crítico de la flexibilidad interpretativa y la teoría de la Constitución viviente, que admite la posibilidad de modificar el texto constitucional original por la vía de la interpretación jurídica para adaptarlo a la realidad social en la que se debe aplicar (2015: pp. 112-113). De su propuesta se deduce un apego por la ideología estática que intenta mantener y conservar la certeza del ordenamiento jurídico, puesto que, reiteradamente, defiende la necesidad de respetar el texto constitucional, a partir de lo cual recomienda emplear un criterio de corrección fundado en la identificación del significado original de las disposiciones de la Constitución. Por ello, los textualistas conciben que no hay constitución afuera del texto, ni más allá de los textos autorizados (Chiassoni, 2015: pp. 16-19).

En efecto, el desarrollo teórico de Scalia ha sido denominado la doctrina del *textualismo razonable*, que propone la aplicación de una serie de principios. La primera máxima expresa la supremacía del texto constitucional, toda vez que “donde hay Constitución escrita la Constitución es el texto del documento constitucional” (2015: p. 19). El segundo axioma es el de la interpretación contextual originalista, según el cual se asume como elemento fundamental de la interpretación el texto de la carta fundamental, ya que “en su contexto total las palabras significan lo que para personas razonables en el tiempo en que fueron escritas” (Chiassoni, 2015: p. 20). A su vez, el contexto total exhorta estudiar cuatro elementos: las palabras contenidas en la oración constitucional, el texto constitucional comprensivo del preámbulo, el texto de otros documentos contemporáneos relevantes y, la ocasión y finalidad evidente de la adopción del texto (Chiassoni 2015: p. 22). Por consiguiente, la historia legislativa no debe ser empleada (Scalia, 2015: p. 95), pero sí es factible revisar los escritos de algunos delegados para la Convención Constitucional porque sus escritos “muestran cómo se entendía originalmente el texto de la Constitución” (Scalia, 2015: p. 104).

El tercer principio es el de utilización prudente de los cánones, que demanda al intérprete aplicarlos junto a las reglas vigentes al momento de la dictación del texto constitucional que se busca interpretar (Chiassoni, 2015: p. 25). Seguidamente, el cuarto axioma es el del *stare decisis* que entrega reglas metodológicas para la adecuada utilización del precedente (Chiassoni: 2015: p. 26). Finalmente, la última máxima es la de la austeridad, conforme al cual los casos no incluidos expresamente en el texto constitucional no tienen protección constitucional. A pesar de la rigidez metodológica propuesta, el juez Scalia estima necesario “dar a las palabras y frases una interpretación expansiva en lugar de una restringida” (Scalia, 2015: pp. 103-104), mostrándose a favor de una interpretación extensiva, de manera que los términos de la Constitución posean una mayor amplitud comprendiendo más fenómenos, además de manifestarse a favor de que, en aquellos casos en que no sea contrato a la tradición, se realice integración constitucional más allá de los límites textuales (Chiassoni, 2015: p. 29).

A raíz de las numerosas críticas a la corriente textualista, Chiassoni sostiene que el uso de esa expresión posee una fuerte carga emotiva y refleja claramente su función ideológica. Según el filósofo genovés, los textualistas asumen un respeto riguroso o incluso una veneración por el texto jurídico, particularmente del texto constitucional (2015: p. 16), razón por la cual quienes no adhieren a la doctrina textualista se ubicarían en una zona oscura, contraria del respeto de los textos jurídicos. Prueba de ello, Scalia ha afirmado que los que

se apartan del textualismo transforman textos de origen democrático en medios para proceder libremente a la creación de normas jurídicas (Scalia, 2015: p. 88).

Por otra parte, se han formulado serios cuestionamientos derivados de la imposibilidad de acceder a la intención del autor, puesto que se trata de un fenómeno que ocurrió en la conciencia del legislador. Además, Ross revela que la diferencias entre ambas interpretaciones no surge de diferentes objetivos perseguidos, sino que del empleo de una metodología diversa. En particular, respecto de las dudas interpretativas, entiende que lo verdaderamente característico de la interpretación subjetiva radica en el método empleado, pues tiene como materiales relevantes las expresiones lingüísticas y otros datos contextuales adicionales, comprendiendo “opiniones políticas y filosóficas del autor, el propósito declarado y el propósito presumido que lo guió a formular la expresión, etc”. En cambio, tratándose de la interpretación objetiva, las dificultades insalvables surgen de un rasgo característico del proceso de comunicación, concretamente, que las expresiones lingüísticas no cuentan con un significado indiscutido y preciso, sumado a la necesidad de incorporar datos contextuales para comprender el significado del mensaje. En ese sentido, la interpretación objetiva se resiste utilizar como método la búsqueda de la intención y el análisis del proceso en que se concretó, limitándose a los antecedentes que el destinatario pudo captar en dicho proceso (Ross, 2011: p. 157).

#### 1.2.4.2. INTERPRETACIÓN ORIGINALISTA E INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA

La *doctrina originalista* es una corriente interpretativa que concede especial relevancia al momento constituyente (Beltran, 1989: p. 51), pues busca resolver las dudas hermenéuticas atribuyendo sentido según los significados originales de la Constitución (Guastini, 2010b: p. 60).

Esta vertiente ha sido desarrollada en la literatura norteamericana en el seno del Derecho constitucional, a propósito de la interpretación de la carta fundamental, lo que ha traído consigo una verdadera “santificación de los constituyentes operada por la ideología norteamericana” (Beltran, 1989: p. 51). Como se vislumbra, su construcción supone promover la estabilidad del sistema jurídico y aspira a concretar la previsibilidad del Derecho (Guastini, 2010b: p.60), formulando serios reparos al activismo judicial.

Según Guastini, podemos distinguir una *versión lingüística* que confiere significados según el sentido histórico, es decir, el que tenían las palabras al momento de la promulgación y, por otro lado, una *versión intencionalista*, que adjudica a un texto normativo el sentido dado por la autoridad al momento de la dictación del documento (2010b: p. 60). A su vez, la corriente intencionalista más radical entiende que “el tribunal supremo no puede añadir, mediante su labor interpretativa, nada que no hubiera sido previsto o contemplado como posible por los constituyentes” (Beltran, 1989: p. 55).

De dichas nociones se desprenden algunas conclusiones significativas. Si una interpretación no confiere sentido según las previsiones del constituyente rompe el orden constitucional y el juez termina apropiándose de la función legislativa. Ello trae como

consecuencia que esta doctrina se aplique más acotadamente, pues sólo se podrá aclarar una duda interpretativa, siguiendo este objetivo, si los constituyentes previeron el caso (Beltran, 1989: pp. 55-56).

Ahora bien, en la antípoda se ubica la *doctrina evolutiva o dinámica* de la interpretación, según la cual la asignación de significado de un texto normativo recoge el sentido actual de sus términos (Guastini: 2014: p. 114), de modo que es posible cambiar la interpretación de un texto, aun cuando esté consolidada, para adaptar el Derecho a nuevas circunstancias no previstas por el legislador histórico. Ello se verifica normalmente respecto de documentos normativos antiguos (Guastini, 2010a: p. 107) y, sobre todo, propende a “remediar el envejecimiento de la constitución y la falta de revisión” (Guastini, 2010b: p. 61). Todo ello es reflejo de una posición ideológica evolutiva y no estática, que prefiere conseguir una solución justa al caso concreto por sobre la estabilidad del sistema y la certeza jurídica (Chiassoni, 2011: p. 150). Así, podemos clasificar la interpretación evolutiva como correctora, pero no porque modifique el significado *prima facie* del texto, sino porque adapta el texto al nuevo contexto (Guastini, 1999: p. 234).

No obstante lo anterior, resulta necesario destacar que, en rigor, no se trata de una corriente que sugiera una específica técnica interpretativa, sino que solamente considera viable que el producto de la interpretación se adapte a la realidad contingente (Guastini, 2010: p.108). En concreto, con ello se reemplazan interpretaciones históricas anacrónicas por decisiones conectadas con la realidad social y al plexo de valoraciones imperantes que aún no han sido recogidas en la legislación vigente (Chiassoni, 2011: p. 150).

#### 1.2.4.3. INTERPRETACIÓN DECLARATIVA E INTERPRETACIÓN RECONSTRUCTIVA

En el seno de la clasificación tradicional de la interpretación, según su resultado se ubica la *interpretación declarativa*, derivada de una concepción cognoscitiva, en cuya virtud se debe conferir el significado intrínseco a los términos. Ahora bien, en la determinación del sentido se debe considerar el significado textual o lingüístico, o bien, el significado intencional o subjetivo (Guastini, 2010: p. 111). También, según Rodríguez, es posible asignar el sentido que se comunicó *prima facie* a los destinatarios (2014: p. 325).

Cabe agregar que existen diversas razones que promueven el desarrollo de una interpretación declarativa, destacándose la aplicación del lenguaje común y el argumento *a contrario*. En cuanto al primero, se entiende que en la labor interpretativa debe predominar el significado ordinario de las palabras y las reglas gramaticales del idioma. Además, siguiendo el razonamiento *a contrario*, predomina aquella que el legislador expresó exactamente lo que buscada decir y, por lo tanto, “si no ha dicho algo no pretendía decirlo” (Guastini, 1999: pp. 212-214).

Las propuestas de la doctrina declarativa no están exentas de críticas. Ellas evidencian diversos problemas derivados del uso del lenguaje ordinario, como son la falta de precisión y univocidad en el significado, sumado al análisis del origen de los términos, pues no todas esas expresiones ordinarias tienen la misma genealogía, ya que algunas pueden surgir del

lenguaje ordinario, pero otras nacidas ahí se tecnifican en el lenguaje jurídico, o bien son extraídas de un lenguaje técnico y traspasadas al lenguaje jurídico. Con todo, es necesario destacar que la búsqueda del significado literal genera una serie de inconvenientes derivados de la pesquisa del significado propio e inmediato de las palabras, por la evidente falta de consenso existente (Guastini, 1999: p. 212).

En cambio, la *interpretación correctora* o *reconstructiva* es aquella en la que el intérprete reemplaza el significado literal por uno distinto, por lo que no es declarativa (Chiassoni, 2011: p. 149). Asimismo, Guastini afirma que la corrección de la voluntad legislativa se funda en una multiplicidad de argumentos, resultando fundamental *la ratio legis* que hace predominar la voluntad, objetivos e intención del legislador, ya sea considerándolo como legislador histórico o en forma abstracta. Igualmente importante es el argumento *ad absurdum*, descartando los significados si su aplicación produce un resultado absurdo, por ende, asume una razonabilidad del legislador. Finalmente, el argumento naturalista permite señalar que si cambian las circunstancias de hecho puede también mudar el significado literal del documento (1999: pp. 217-219).

Hay que hacer notar que Rodríguez nos advierte de la posibilidad de buscar el significado del texto aplicando los principios generales del Derecho y consideraciones axiológicas recogidas en el ordenamiento jurídico (2014: p. 326). Un ejemplo de ello es la propuesta constructivista desarrollada por Dworkin. Este sistema se aleja totalmente del intencionalismo, teniendo como finalidad imponer un propósito a un objeto o práctica desde su mejor ángulo (Atienza, 2016: p. 521). En concreto, lo que se pretende es realizar un proceso interpretativo que reconstruya el ordenamiento jurídico adecuándolo a la práctica social, junto a los valores y fines que persigue, para que el resultado de la interpretación los exprese y desarrolle de la mejor forma posible (Lifante, 2018: p. 171).

De esta forma, el proceso de interpretación se desenvolverá en varias etapas: la primera de ellas se denomina fase preinterpretativa, que busca reglas y normas que proporcionen el contenido provisional de la práctica. A continuación, en la fase la interpretativa propiamente tal, se persigue asentar la justificación de los elementos que configuran la práctica. Para terminar se debe realizar una labor postinterpretativa, orientada a “ajustar su sentido a lo que necesita en realidad la práctica para adaptarse mejor a la justificación que acepta en la etapa interpretativa” (Dworkin, 1988: p. 58).

A su vez, la interpretación correctora puede generar distintos resultados, ya sea extensivos o restrictivos. En el primer caso ampliará el significado *prima facie* de un enunciado, valiéndose de los argumentos *a simili*, en cuya virtud si dos supuestos de hecho comparten una característica común esencial, es posible que una disposición y su consecuencia jurídica, previstos para el primer supuesto de hecho, sean aplicados al segundo. Estos resultados igualmente los produce la aplicación del argumento *a fortiori*, según el cual si un supuesto de hecho merece la consecuencia jurídica prevista en otro presupuesto fáctico, necesariamente la disposición debe entenderse en el sentido que le asigne esa solución jurídica. La interpretación extensiva amplía la aplicación de supuestos de hecho a hipótesis que no fueron previstas en la interpretación literal o bien expande los efectos jurídicos de una disposición jurídica a otra (Guastini, 1999: pp. 219-222).

En cambio, el resultado de la interpretación restrictiva limita el significado de un texto normativo a su sentido *prima facie*, predominando el uso literal de sus expresiones lingüísticas. Para obtener este resultado se emplea el argumento de la disociación, que consiste en “introducir subrepticamente en el discurso del legislador una distinción en la que el legislador no ha pensado en absoluto, de forma que se reduce el campo de aplicación de una disposición a sólo algunos de los supuestos de hecho por ella previstos” (Guastini, 1999: pp. 224-227).

### 1.3. EL PROBLEMA DE LA METODOLOGÍA DE LA INTERPRETACIÓN

#### 1.3.1. SOBRE LA NECESIDAD DE LA INTERPRETACIÓN

Lo primero que se debe recordar es que las normas jurídicas son promulgadas empleando el lenguaje (Nino, 2014: p. 245), entendido como “un sistema de símbolos que sirve a la comunicación” (Guibourg, Ghigliani, Guarinoni: 1995: p. 19); sin embargo, hablar de lenguaje no es una tarea fácil para los juristas, pues si bien comprende los aspectos más sustantivos de nuestro trabajo, parece ser que conocemos parcialmente los diversos problemas y dificultades que caracterizan su uso.

Ahora bien, dentro del lenguaje se emplea el lenguaje natural en contextos de comunicación diaria, común, pero también el lenguaje artificial, que es opuesto al común y se compone por un lenguaje técnico o formal. En particular, tratándose del lenguaje artificial, el lenguaje técnico confiere un sentido restringido a los términos asumiendo definiciones acotadas. Por el contrario, en el lenguaje formal se utilizan símbolos arbitrarios, expresados a través de fórmulas que ponen énfasis en las relaciones entre ellos más que en su sentido (Guibourg et al., 1995, p. 20-21).

A partir de lo anterior, es pertinente recordar otra distinción que clasifica el lenguaje entre: lenguajes duros, blandos y borrosos. Los primeros son ocupados por lógicos, matemáticos, científicos, entre otros. Sus términos fijan definitivamente los límites de la extensión de su significado, por lo tanto, provocan menos dificultades, pues ellos limitan las posibilidades de vaguedad, ambigüedad, textura abierta, etc. Además, se ha señalado que los lenguajes ideales académicos son lenguajes duros con posibilidades muy estrechas de errores estructurales (Chiassoni, 2019: p. 84).

En segundo lugar, los lenguajes blandos son bastante complejos, pues casi no dejan un núcleo fijo de referencia de su contenido. Son usados por personas que se dedican a persuadir, como los políticos. En tercer lugar, se debe mencionar los lenguajes borrosos, que tienen lugar cuando el significado de sus expresiones permite que existan diversos sentidos válidos (Chiassoni, 2019: pp. 82-83).

Siguiendo ese orden de cosas, el lenguaje jurídico es lenguaje natural y borroso (Chiassoni, 2019: p. 83). La utilización del lenguaje natural trae como ventaja que el emisor puede darle mayor eficacia al proceso de comunicación. Sin embargo, un efecto, a veces

deseado y otras no, consistirá en que las normas jurídicas dictadas padecerán los mismos defectos que el lenguaje natural; por lo tanto, será necesaria su interpretación.

En ese contexto, para determinar el significado que el grupo social atribuye a los términos, debemos contemplar sus costumbres lingüísticas, incluyendo las reglas de la semántica y sintáctica, moderadamente se debe incorporar la intención del legislador y las reglas de la inferencia lógica (Nino: 2014: p. 247). Entonces, cada vez que se inicia un proceso de interpretación legal el punto de partida es un texto normativo que, según Moreso y Vilasojana, es una “formulación escrita que expresa una o varias normas” (2004: p.149).

Para continuar el desarrollo del análisis resulta fundamental hacer algunas advertencias conceptuales previas. Primeramente, hay que entender que las palabras son símbolos que guardan una relación convencional con los objetos que representan, diferenciándose de los signos, con los que guarda una relación natural. Esta distinción es esencial para alejarse de la corriente filosófica que concibe a las palabras como signos y, consecuentemente, las palabras tendrían un único y verdadero significado (Nino, 2014: pp. 248-249).

Otro asunto vinculado íntimamente con lo anterior es el llamado “esquema del verdadero nombre de las cosas”. Se puede constatar una creencia arraigada y tramposa que nos hace confundir la realidad física con la realidad lingüística. Comúnmente se tiene la opinión de que la lingüística recae sobre la realidad física de los objetos que representa, sin embargo, cuando analizamos los usos de las palabras nos referimos a las costumbres lingüísticas de ciertos grupos humanos en determinados espacios de tiempo. Entonces, las palabras y sus significados son fruto de convenciones lingüísticas y no responden a la naturaleza de los objetos que representan: por lo tanto, “no existen nombres verdaderos de las cosas” (Guiborg et al., 1995: p. 34).

Asumiendo que las expresiones lingüísticas son símbolos, debemos preguntarnos sobre la forma de hallar los significados. Una posibilidad será intentar determinar una especificación del significado, referido a información sobre el uso del lenguaje, no respecto de la realidad mencionada por él, por lo tanto, el significado se determinará según las condiciones de uso del término. La segunda alternativa otorgará información sobre las cualidades que presentan las cosas o fenómenos nombrados con las palabras. Adicionalmente, el significado de las palabras puede obtenerse a partir de las nociones de denotación y designación. Con la expresión denotación nos referimos a “clases de cosas o hechos nombrados por la palabra” y con el término designación aludimos al “conjunto de propiedades que deben reunir las cosas o hechos para formar parte de la clase denotada por el término” (Nino, 2014: p. 252).

Cabe agregar que, en el proceso de comunicación, para determinar el sentido del mensaje se necesita revisar no sólo el significado de cada palabra individualmente considerada, sino que también el conjunto de palabras ordenadas según ciertas leyes gramaticales (Nino, 2014: p. 256). Esas oraciones se podrán emplear de acuerdo a los denominados usos del lenguaje (Carrió, 1986: pp.19-22). En consecuencia, esta labor supone “identificar el significado de las disposiciones legales en cuanto a enunciados” (Chiassoni, 2019: p. 76), ya que ella es la forma básica de plantear la comunicación.

Volviendo al tema central, la utilización del lenguaje natural en la dictación de normas jurídicas trae numerosos problemas de interpretación del lenguaje jurídico, reflejo de sus problemas lingüísticos. Asimismo, de acuerdo a Nino, el significado de una oración viene dado por el sentido de las palabras que la componen y su sintaxis, excluyendo la revisión aislada de cada término y la una operación sumatoria aritmética de sus significados (Nino, 2014: p. 256).

Tal como se ha insinuado anteriormente, la comunicación lingüística puede frustrarse por diversas razones, entre las que se destaca que el acto verbal tiene una naturaleza compleja que restringe los usos del lenguaje. A partir de ellos, Carrió analizó un listado no taxativo ni agotador, pero sí ilustrativo, de las diversas posibilidades de usos del lenguaje, distinguiendo el lenguaje descriptivo, expresivo, directivo y preformativo (1986: p. 17-22).

El segundo grupo de dificultades comunicativas derivan del cuestionamiento sobre el contenido del mensaje, más concretamente, respecto el uso de las palabras. Si bien “una de las principales funciones del lenguaje consiste en hacer referencia a objetos, propiedades, fenómenos, estados de ánimo, actividades, etc” (Carrió, 1986: p. 27), es imposible disponer de una palabra propia para cada objeto individual. A partir de ello surge la necesidad de que el lenguaje provea de palabras o expresiones lingüísticas generales que aludan a esos grupos de objetos, hechos y propiedades, permitiendo su clasificación.

Ciertamente las expresiones generales cumplen, al menos, dos funciones destacadas: la función denotativa y connotativa. Sin embargo, el empleo de términos generales no permite zanjar todos los problemas derivados del uso, por ello, en muchos casos la comunicación se sirve de expresiones cargadas de valoraciones, vaguedad o ambigüedad (Moreso 2001: p. 545 y 2016: pp. 23-27).

Con respecto a la ambigüedad, se trata de un problema que surge de la falta de claridad respecto del sentido en que fue utilizada una palabra pues, dependiendo del contexto, no todas las expresiones connotan las mismas propiedades; por ello, en ciertas ocasiones, un término puede ser empleado con un uso extensivo o metafórico o puede aplicarse a múltiples objetos sin que exista una propiedad común connotada (Carrió, 1986: pp.28-31). En definitiva, se presenta cuando “una oración puede expresar más de una proposición” (Nino, 2014: p. 260). Usualmente se verificará en la denominada interpretación *in abstracto* u orientada hacia el texto, excluyendo referencias a casos individuales (Chiassoni, 2019: p. 121).

Es fácil advertir que existen diversos tipos de ambigüedades. Sobre el particular, Alonso reconoce la existencia de ambigüedad extracontextual y contextual. La primera se produce cuando una expresión admite más de un significado, pero la dificultad termina si se emplea en un contexto específico. En cambio la segunda puede ocurrir por defectos semánticos o sintácticos (2012: pp. 305-306).

Un ejemplo de ambigüedad semántica se verifica con el uso de algunas palabras, como el clásico ejemplo de la expresión “radio”. O bien, surgen cuando los diversos significados de la palabra se encuentran íntimamente vinculados; por ejemplo, la compleja relación “proceso-producto”. Otra manifestación se concreta en aquellos casos en que una

expresión tiene, por un lado, un significado vulgar y, por otro, un sentido científico que difieren entre sí, tal como ocurre con el uso de la palabra “alcohol”.

Las ambigüedades también pueden nacer del empleo metafórico de una expresión que termina convirtiéndose en un significado distinto del original, como ocurre con la palabra “arteria”. Además, podemos dudar del sentido de una expresión cuando una misma oración emplee equívocamente alguno de sus conectores, como con frecuencia ocurre por el uso de la conjunción “o”, o bien la utilización de pronombres. Igualmente, pueden producirse problemas para determinar el ámbito en el cual rige la conectiva o las “frases de excepción o condición” (Nino, 2014: pp. 260-264).

Asimismo, aparecerá ambigüedad relacional, cuando “los distintos significados asociados a una palabra están asociados entre sí”; por ejemplo, la palabra “Derecho”. Finalmente, una ambigüedad puede ser sintáctica, en virtud de problemas en su estructura (Moreso, Vilasojana, 2004: pp. 152-153), sobre todo por el estilo de la redacción de las leyes.

Otra característica esencial del lenguaje natural es su textura abierta, pues en el proceso de comunicación pueden surgir varias dudas sobre las diversas posibilidades de entender el mensaje específico en el Derecho “aun cuando se usen reglas generales verbalmente formuladas, en los casos concretos particulares pueden surgir dudas sobre cuáles son las formas de conducta exigidas” (Hart, 2012: p. 157). Por ello, en la comunicación visualizamos contornos difuminados. Entonces, en algunas ocasiones el uso de una expresión lingüística nos aparecerá como sumamente clara, pero en otros se torna potencialmente vaga (Carrió, 1986: pp. 31-35). Por consiguiente, no debemos olvidar la probable vaguedad que pueden padecer todas las palabras (Nino, 2014: pp. 264-268).

Por el contrario, tendremos problemas de vaguedad por “la imprecisión de las palabras que componen una oración” (Nino, 2014: p. 264). Profundizando lo anterior, adquieren relevancia los casos en que no existe una delimitación clara del ámbito de aplicación de la respectiva palabra, pues si bien existen situaciones sumamente claras en que podemos afirmar con precisión la exclusión de una palabra, pero existen otras situaciones intermedias que derivan de la aplicación de un rótulo general a un problema concreto, o bien casos atípicos, en que falta alguna de las propiedades exigidas para su uso (Carrió, 1986: p. 32). A partir de lo anterior se explica el uso de la tradicional metáfora de la zona de penumbra.

A todas estas situaciones Nino agrega que la imprecisión puede surgir del empleo de palabras que expresan propiedades necesarias para el uso de la misma expresión. Igualmente, en ciertas ocasiones no es factible enunciar las propiedades que son indispensables para su aplicación, ya que pueden incorporarse nuevas características; por ejemplo, en el ámbito jurídico, el uso de la palabra “arbitraria”. Se suma al catálogo de imprecisiones aquellas producidas por la utilización de expresiones que aluden a estados psicológicos como el término “intención” (2014: pp. 264-268).

Hay que tener en consideración que la vaguedad puede provenir del uso de expresiones que exigen para su aplicación una propiedad continua en el tiempo, como pueden ser los términos “joven” y “adulto”, “alto” o “bajo”. También surge por la utilización de término que alude a “un conjunto de propiedades que en el supuesto en cuestión aparecen

estructuradas de una forma especial, y no resulta claro si el criterio implícito en el uso del término considera a todas ellas, o sólo a algunas, condición necesaria y suficiente para su aplicación”, como ocurre con la palabra “vehículo” (Moreso, et al., 2004: pp. 154-155). En cuanto a la oportunidad, ella surge a propósito de la determinada interpretación *in concreto* u orientada a los hechos, en el momento en que se debe aplicar una norma abstracta a una situación fáctica individual (Chiassoni, 2019: p. 121).

El catálogo de fuentes de equivocidad jurídica puede incrementarse al incorporar todas las ocasiones en que el lenguaje tiene una carga emotiva. También a partir de la denominada fuerza de las oraciones, que en el Derecho penal resulta relevante en virtud de la discusión de si los títulos de los párrafos del Código punitivo tienen fuerza vinculante para el intérprete. Para resolver la dificultad interpretativa, en primer lugar se deben distinguir los conceptos valorativos densos como son las expresiones “penas crueles, inhumanas o degradantes” de aquellos más ligeros en que el núcleo de significado no es claro, por ejemplo, la expresión “libertad” (Chiassoni, 2019: p. 123). Asimismo, surgirán dudas por la promulgación errónea de las normas, cuando el legislador use una expresión claramente distinta de la que pretendía, debiendo subsanar el defecto mediante una declaración de fe de erratas (Nino, 2014: pp. 269- 272).

Sin perjuicio de lo anterior, existen otras fuentes de problemas en el lenguaje jurídico, ya que la indeterminación jurídica no siempre equivale a indeterminación lingüística. Claramente, en el desarrollo del trabajo de los juristas se emplean diversos elementos que lo vuelven complejo, sobre todo porque los diversos operadores del sistema lo utilizan en la persecución de diversos objetivos e intereses (Chiassoni, 2019: p. 81).

Una visión crítica de la teoría de Hart ha sido desarrollada por Guastini, el que cuestiona la ingenuidad de la propuesta, pues considera incorrecta la asimilación del lenguaje ordinario al lenguaje jurídico, ya que desconocería el funcionamiento práctico del Derecho, pues se trata de dos formas de comunicación diferente. Para el iusfilósofo genovés la interpretación de los textos normativos es condicionada por los intereses prácticos, los supuestos filosóficos- jurídicos y filosóficos jurídicos de origen dogmático (2007: p. 338).

Teniendo a la vista todas las posibles combinaciones lingüísticas que derivan en un mensaje vago, Moreso y Vilasojaña nos advierten que la resolución de dichas dudas interpretativas terminará siendo zanjada mediante la decisión del intérprete, pues él incluirá o excluirá del ámbito de aplicación una expresión. Por ello, este proceso es expresivo de un acto de voluntad y no del resultado del conocimiento aplicado (2004: pp. 155).

Volviendo al tema general, respecto de los problemas de interpretación Ross desarrolla otra propuesta metodológica concibiendo a la interpretación como una actividad más amplia que la mera determinación del significado de las expresiones y, por tanto, comprensiva de la integración. En particular, sostiene que los problemas de interpretación pueden ser sintácticos, lógicos o semánticos. Los primeros se refieren a la “conexión de las palabras en la estructura de la frase”. En segundo lugar, los problemas lógicos se derivan de situaciones de redundancia en las consecuencias jurídicas de las normas o inconsistencia en las soluciones o presuposiciones erradas de partir del legislador. Finalmente, los problemas semánticos son aquellos que se refieren al significado de las palabras, partiendo de la base

que una expresión debe entenderse enmarcada en el contexto en que se comunicó (2011: p. 158 -170).

Por ello, las palabras de Chiassoni resultan sumamente pertinentes, ya que no se debe reducir los problemas interpretativos a los meros problemas lingüísticos (2019: p. 128), lo que se refleja en la contante disputa entre el literalismo y pragmatismo.

Para finalizar, si bien en el uso del lenguaje se pueden detectar numerosas y frecuentes fuentes de equívocidad, no se puede desconocer que esta herramienta es fundamental para desarrollar el proceso comunicativo (Guibourg et. al., 1995: p. 51). A simple vista, resulta útil cuando la utiliza el lenguaje natural, pero también en los casos en que disolvemos las dudas interpretativas. Con ello, se reconoce que en principio un mensaje claro puede dar lugar a numerosas posibilidades (Hart, 2012: p. 156). Entonces, esta misma afirmación puede extenderse al ámbito jurídico, pues al reconocer que el Derecho es un fenómeno sustentado en el lenguaje e interpretable (Squella, Villavicencio, Zúñiga, 2015: pp.152-156) aceptamos que los textos normativos en forma constante nos plantean dudas interpretativas como consecuencia de su uso, por lo que el jurista debe sortear a menudo desafíos para solucionarlas, ayudado por herramientas que permitan una fundamentación y decisión racional.

### 1.3.2. ELEMENTOS DE METODOLOGÍA DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Asumir una concepción del Derecho trae consigo la definición de una *metodología jurídica* particular y se traduce en la adopción de un concepto de *interpretación jurídica*. A lo largo de los años estas decisiones han estado condicionadas por factores históricos y filosóficos a partir de los cuales se reconocen diversos procesos y posturas.

Así, Lifante, siguiendo a Bobbio, ha destacado que hasta el siglo XVIII la noción de interpretación fue muy amplia y comprendía “toda actividad intelectual dirigida a la elaboración del ordenamiento” (1997: p. 25), predominando la actividad de integración por sobre la obtención del significado de las normas. A continuación, durante el siglo XIX se siguió una noción más restringida de la interpretación jurídica, para llegar a entenderla como una actividad dirigida a la comprensión de la voluntad del creador de la norma a través de su expresión (1997: p. 25).

Ahora bien, durante la Recopilación justiniana, el antiguo Derecho Español, la Nueva Recopilación y la Novísima, tuvo una fuerte influencia la idea de que la actividad interpretativa era nociva y prohibida. Dicha noción consiguió su expresión más vigorosa en el siglo XVIII, con el desarrollo del pensamiento ilustrado y, en especial, por las obras de Montesquieu y Beccaria. Los ilustrados aplicaron un pensamiento racionalista exacerbado, reaccionando contra la predominancia que se daba a la costumbre y la jurisprudencia en el antiguo régimen, depositando toda su confianza en que la ley era el instrumento adecuado para asegurar la voluntad del pueblo (Rivacoba, 1968: pp. 129-133).

En nuestros días es sumamente común que destacados iusfilósofos adopten una noción amplia de interpretación que incorpora la integración de la ley, basados en la estrecha relación existente entre ambas. En este caso, la integración de una ley necesita que, con anterioridad, se interprete el ordenamiento jurídico, pues la existencia de un vacío regulatorio es la conclusión que permite colmar la laguna normativa. Si bien en la práctica ambas actividades podrían confundirse fácilmente, en el análisis teórico detentan una naturaleza distinta.

Tomando en consideración los objetivos de este trabajo, se asumirá una *noción más restringida de interpretación*, entendiéndola como la actividad que atribuye significados a textos normativos, pero advirtiéndole que ella no debe quedar reducida a textos con un sentido oscuro o dudoso. Por lo tanto, hay que reconocer que la actividad interpretativa puede tener lugar incluso tratándose de casos fáciles o claros, pues esa claridad existe porque ha sido interpretada previamente. Además, esa característica puede estar presente en un caso concreto, pero no es absoluta para todos los casos posibles (Chiassoni, 2011: p. 69).

Luego de esta precisión conceptual es imprescindible advertir que, según Chiassoni, dentro de la interpretación jurídica podemos distinguir la *interpretación textual jurídica*, que puede realizar el juez, el dogmático y el abogado y, por otro lado, una *meta interpretación jurídica*, referida fundamentalmente a actividades de integración del Derecho. Por las razones antes descritas, el análisis del problema será acotado a la interpretación textual jurídica (2011: pp. 67-70).

### 1.3.2.1. MATERIALES, INSTRUMENTOS Y PAUTAS DE INTERPRETACIÓN

El desarrollo de la actividad interpretativa exige distinguir diversos presupuestos a partir de los cuales el intérprete inicia su labor. Ellos se vinculan fuertemente a la concepción epistemológica del hermeneuta y al conjunto de valoraciones personales que adopte, pues su tarea dependerá de su concepción del Derecho, preferencias políticas y su concepto del legislador (Rodríguez, 2014: p. 327). En el fondo, la resolución de dudas interpretativas expresa preferencias personales, ya sea por procurar la certeza jurídica o bien por intentar adaptar el Derecho a la realidad social. A partir de esas preferencias, se produce una selección de materiales, instrumentos y técnicas de interpretación jurídica, enmarcados en una diversidad metodológica vigente hasta nuestros días.

Para comenzar el análisis a nivel teórico es necesario hacer algunas precisiones metodológicas. La labor interpretativa en ámbito jurídico exige que se expresen argumentos o buenas razones para arribar a una decisión que resuelva el problema. Por ello, el análisis de materiales y pautas interpretativas requiere ordenarlas, velando por la corrección del trabajo en diversos niveles, en el plano lógico, sustantivo y retórico.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que existen diversos sistemas de análisis para cumplir dicho fin. En este trabajo se destaca el modelo de los códigos interpretativos de Chiassoni, que complementa y compatibiliza trabajos muy valiosos de Tarello, Guastini,

Wróblewsky y Alexy. Con ello, el iusfilósofo genovés busca “velar por su corrección técnica y su plausibilidad axiológica” (2011: pp. 72-75).

Esta propuesta parte de la base que los razonamientos interpretativos judiciales son discursos que usan directivas interpretativas. Dichos discursos se construyen sobre la base de meta criterios que guían preferencias y procedimientos (Chiassoni, 2011: p. 87). Concretamente, la interpretación textual es una actividad que consiste en atribuir a una disposición un significado a partir de la aplicación de directivas de un código hermenéutico (Chiassoni, 2011: p. 56).

Es interesante destacar que el propio Chiassoni reiteradamente señala que no existe un único modelo adecuado y que ello es consecuencia de que cada intérprete desarrolla su labor de acuerdo a su ideología y valoraciones; sin perjuicio de que igualmente podemos visibilizar ciertos parámetros mínimos que nos permiten evaluar las razones del intérprete al seleccionar una de las opciones en la interpretación producto.

#### 1.3.2.2. LAS DIRECTIVAS PRIMARIAS

Su modelo se basa en diversas *directivas interpretativas* ordenadas en un nivel primario, secundario y axiomático y una distinción conforme a los planos lógico y axiológico. Las directivas son concebidas “como la sede o principio del argumento de carácter prescriptivo y general” y le permiten al intérprete emplear diversos recursos interpretativos (2011: p. 109-110). En consecuencia, el producto de una interpretación siempre será resultado de una técnica unilateral y parcial de parte del hermeneuta. Concretamente, podrá acudir a las *directrices primarias*, pero el razonamiento será correcto sólo si aplica las *directrices secundarias y axiomáticas*.

Vale la pena recordar que las *directivas hermenéuticas* han recibido distintos nombres en la literatura. En efecto, han sido denominadas “argumentos interpretativos”, “cánones interpretativos”, “cánones hermenéuticos”, métodos interpretativos”, “principios interpretativos”, “principios de interpretación”, “técnicas interpretativas”, entre otros. En este caso, Chiassoni considera que la expresión *directiva interpretativa* es adecuada pues permite diferenciarla de los argumentos interpretativos, ya que ellos tienen un alcance más amplio, haciendo referencia a la directiva propiamente tal o a la sede del argumento (2011: pp. 108-109).

Para empezar, las *directivas interpretativas primarias* configuran “recursos dotados de una inmediata eficiencia hermenéutica” (Chiassoni, 2011: p. 89), indicándole al intérprete el modo de proceder puesto que permiten atribuir significados mediante la traducción del sentido de una expresión o bien posibilitan la atribución de significados. De ello se advierte que existen múltiples directivas primarias, unas más generales que otras e incluso algunas serán tácitas (2011: pp. 89-107). Todas ellas ofrecen distintos tipos de recursos interpretativos.

Así, cada *directiva primaria* puede convocar a otras subdirectivas, lo que las vuelve ambiguas. Ellas responden a los llamados tradicionalmente cánones de interpretación, que pueden ser reconocidos por el ordenamiento jurídico, o bien ser extrajurídicos. Por ejemplo, puede tratarse de “usos lingüísticos, líneas de política legislativa, opiniones de expertos, doctrinas ético-políticas, la configuración de fenómenos naturales o sociales, etc.” (Chiassoni, 2011: p. 89-90). A partir de lo anterior se reconocen *directivas lingüísticas* o de *interpretación literal, pseudo-psicológicas, autoritativas, teleológicas y heterónomas*.

En primer lugar, las *directivas lingüísticas* o de *interpretación literal* le indican al intérprete que, en caso de duda, puede valerse del uso común de la expresión en una comunidad y tiempo determinado, siguiendo las reglas de la gramática vigentes. Es fácil advertir que este criterio está fuertemente enraizado en la cultura jurídica occidental, hasta el punto de ser recogido en numerosos derechos positivos, incluyendo el chileno.

Si bien en la práctica judicial chilena esta directiva se emplea habitualmente de forma casi mecánica, teóricamente su aplicación es muy compleja, por las dificultades inherentes a la determinación del sentido común de las palabras. Entonces, el intérprete puede preguntarse si el significado buscado es el que se empleó al dictar el texto normativo, o bien el vigente al momento de aplicar la disposición, incluso dudará si la expresión debe entenderse en un sentido técnico o común.

Por ello, Chiassoni nos advierte que la aplicación de esta directiva, en forma excluyente, provoca un resultado insuficiente al omitir la relevancia del contexto en la comprensión adecuada de un mensaje, lo que resulta fundamental sobre todo en la comunicación que el legislador emite a los ciudadanos y aplicadores del Derecho (2011: pp. 90 -94).

Así, la *directiva de la interpretación literal* de apariencia sencilla, puede configurar cuatro directivas diversas, que confieren el significado común en el momento de la producción de la disposición, o bien en el momento de su aplicación. No obstante lo anterior, también podemos atribuir el uso especializado de la palabra vigente al momento de la producción de la disposición o al momento de su aplicación (Chiassoni, 2011: p. 92).

A continuación, las *directivas (pseudo) psicológica* o *intencionalistas* o *genéticas* permiten al intérprete valerse de materiales derivados de las intenciones o voluntad del legislador (Chiassoni, 2011: p. 95). También está fuertemente instalada en la cultura jurídica occidental con serias dificultades prácticas, pues es difícil hallar la voluntad del legislador ya que no se sabe si se refiere a su voluntad semántica o se podría atribuir sentido a partir del fin buscado. Todo ello sin mencionar varios inconvenientes para definir al propio legislador, que podría asimilarse al legislador histórico o al actual, sumado al obstáculo de que, en los sistemas democráticos, los parlamentos son cuerpos colegiados.

Nuevamente, a partir de esta directiva hermenéutica general se derivan diversas directivas concretas. Así, la atribución de sentido dependerá del significado que procuró el legislador histórico o aquel que contribuya a alcanzar el fin perseguido por el legislador histórico, incluso la asignación se basará en el objetivo que el legislador actual hubiese querido atribuir o en el que buscaría si dictara la disposición en el presente. Si combinamos

las opciones anteriores la concesión de sentido podrá estar supeditada al significado que el legislador histórico hubiese querido concederle si el enunciado fuese producido en la época actual o si tuviese que aplicarlo en nuestros días.

En tercer lugar, es necesario analizar las *directivas de interpretación autoritativa*, en cuyo seno son albergadas aquellas reconocidas tradicionalmente, que se basan en la idea de que la atribución de significado debe fundarse en las opiniones de expertos. De acuerdo a esta idea, el intérprete deberá seleccionar los materiales que contienen las opiniones doctrinales o jurisprudenciales; más relevantes y, luego de analizarlos, elegirá aquella interpretación que le parezca más correcta considerando todos los factores. Para ello, se enuncian directivas específicas, entre las cuales se destacan las que hacen prevalecer el significado conferido por la mejor doctrina, ya sea en forma unánime o mayoritaria. También se puede atribuir el sentido conferido por la jurisprudencia (Chiassoni, 2011: pp. 101-102).

En cuarto lugar, las *directivas de interpretación teleológica* permiten al intérprete acudir a recursos de naturaleza objetiva, razón por la cual la decisión interpretativa se funda en el ordenamiento jurídico general o en alguno de sus sectores. Por lo tanto, no se consideran directamente las intenciones que tuvo el legislador. De esta directiva se puede obtener mayor amplitud de resultados interpretativos.

Nuevamente, se subraya que a partir de esta directriz general se obtienen directivas específicas, en virtud de las cuales el intérprete debe atribuir el significado contemplado en la *ratio legis*, o “el significado sugerido por la pertinente norma final, explícita o implícita del instituto, sector o subsector al que pertenece la disposición” (Chiassoni, 2011: p. 104).

En último término, corresponde analizar las denominadas *directivas de interpretación heterónoma* o *argumento naturalista* o *de argumentos sustanciales*. Ellas hacen referencia a recursos que se obtienen de la naturaleza de las cosas, “en cuanto dotada de un evidente valor moral y/o prudencial, o bien a los parámetros extrajurídicos de una cualquier, pertinente, moral ideal o crítica”. Se trata de datos que no pueden ser observados a simple vista y su comprensión requiere de contar con un sistema valórico y una ética normativa particular.

Teniendo en cuenta estas características se identifican directrices específicas. Una de ellas descansa en la máxima por la cual, al conceder sentido, se debe seguir la naturaleza de las cosas ya que el legislador al regular una determinada materia reconoce su fenomenología y describe sus características. La segunda nos indica que “a una disposición se le debe atribuir el significado sugerido por la doctrina ético-normativa o por la moral crítica (que el intérprete considere que sea) evocada por los términos en aquella contenidos” (Chiassoni, 2011: pp. 106-107)

Vale la pena decir que todas estas directivas interpretativas primarias, por sí solas, resultan insuficientes para justificar la decisión adoptada por el intérprete. Entre sus límites se encuentra la incapacidad de expresar de totalmente las instrucciones que debe seguir el intérprete. Además, son restringidas por su falta de capacidad justificativa. Entonces, si el intérprete se valiera exclusivamente de ellas, su actividad carecerá de fundamentos. De modo que necesita complementar su actividad con las *directivas de segundo nivel* y las de *tercer nivel*.

### 1.3.2.3. LAS DIRECTIVAS SECUNDARIAS

Constituyen un grupo heterogéneo que regula el uso de las directivas primarias y fijan los criterios para analizar la corrección de las interpretaciones obtenidas. En particular, de acuerdo a su función, pueden ser *selectivas*, *procedimentales* o *preferenciales*.

Las *directivas secundarias selectivas* son de bastante utilidad mientras están vigentes los códigos interpretativos, pluralistas u holistas, los que pueden tener origen legal o jurisprudencial. Concretamente, un *código monista* le ordena al intérprete valerse de una sola directiva primaria, o bien de un conjunto de ellas de similar naturaleza, como ocurre con las directivas originalistas. En cambio, un *código pluralista* le preceptúa al hermeneuta servirse de dos o más directivas primarias de igual naturaleza; por ejemplo, la interpretación literal-originalista o teleológico-sistemática, entre otros. En último lugar, los *códigos holistas* indican que el intérprete debe servirse de todas las directivas primarias vigentes en una comunidad jurídica determinada. Sobre ello, Chiassoni repara que no debemos perder de vista que ciertas áreas del Derecho mantienen códigos propios, aunque, en general, actualmente prevalecen códigos pluralistas u holistas (2011: p. 112).

Más adelante observamos que las *directivas secundarias procedimentales* regulan el uso de las directivas primarias ante códigos pluralistas y holistas, pero asumen dos formas: *directivas secundarias procedimentales puras* o *directivas procedimentales-preferenciales o axiológicas*. Las primeras pueden ser discrecionales y exigen que el hermeneuta utilice las directivas primarias seleccionadas anteriormente, en el orden que estime más acertado (Chiassoni, 2011: p. 113). En cambio, las *directivas secundarias procedimentales no ordenadoras o bien ordenadoras (prudenciales)* demandan que el intérprete use las directivas primarias seleccionadas en el orden que las secundarias fijan. Es común que en esa colocación predomine la aplicación de las reglas de la lógica o el mejor aprovechamiento de recursos escasos (Chiassoni, 2011: p. 113).

Por el contrario, una *directiva procedimental-axiológica o procedimental-preferencial* exhorta al intérprete a servirse de las directivas primarias, pero si el significado obtenido resulta inadecuado según el contexto, será posible emplear otra directiva primaria. Así, las directivas procedimentales axiológicas, a diferencia de las directivas procedimentales puras, son directivas procedimentales-preferenciales, puesto que incorporan una escala de preferencias que constituye una verdadera jerarquía axiológica entre los resultados hermenéuticos que pueden obtenerse, con el auxilio de las diferentes directivas primarias o conjuntos unitarios de directivas primarias (Chiassoni, 2011: pp. 113-114).

Para terminar este grupo se debe analizar las *directivas secundarias preferenciales* que fijan las condiciones por las que se puede adscribir el significado aplicando una directiva primaria o un conjunto de ellas, "habida cuenta de todo". Igualmente, ellas pueden clasificarse como *directivas secundarias preferenciales negativas* o *positivas-comparativas* (Chiassoni, 2011: p. 114).

Las *directivas secundarias preferenciales negativas* entregan criterios para concluir que el intérprete no arribó a un significado correcto, cumpliendo un rol inhibitorio o de preclusión. Por consiguiente, sus pautas de análisis obligan a revisar la coherencia, completitud, razonabilidad, sentido común de justicia, congruencia teleológica, congruencia axiológica, armonía semántica, respeto por la naturaleza del fenómeno regulado, conformidad dogmática y la no redundancia (Chiassoni, 2011: pp. 115-125).

A continuación, se deben hacer operar las *directivas secundarias positivas o comparativas* que funcionan en forma positiva, confiriendo herramientas para determinar si se atribuyó el significado correcto o adecuado, una vez que ya operaron las directivas primarias y las inhibitorias. Para tal fin, estas directivas prevén reglas de prioridad axiológica entre los distintos resultados que puedan obtenerse para una disposición (Chiassoni, 2011: p. 115).

Cada una de las directivas que integran este último conjunto tiene una naturaleza y un contenido diverso. A modo de ejemplo se nos presenta esta situación una misma disposición tiene un uso corriente o común y uno técnico o especializado, en cuyo caso la elección de sus usos dependerá de quienes sean los destinatarios, o bien si se advierte que el intérprete puede optar por el significado literal original y por un significado psicológico lingüístico, debiendo preferir el segundo en los casos en que se pruebe que la letra de la ley traicionó su espíritu (Chiassoni, 2011: p. 127).

Además, Chiassoni distingue las *directivas de prioridad presuntiva*, en cuya virtud si el intérprete tiene dudas de la presencia de una condición que obligue a elegir un significado por sobre otro, debe atribuir el sentido que confiera el mayor valor a los términos. Finalmente, se debe diferenciar a las *directivas de prioridad absoluta*, que consagran una regla clara y categórica para el intérprete, como por ejemplo “el significado ordinario de una disposición prevalece sobre su diferente significado técnico jurídico” (2011: p. 128).

#### 1.3.2.4. LAS DIRECTIVAS HERMENÉUTICAS AXIOMÁTICAS

Para terminar el análisis del catálogo de las directivas interpretativas se debe revisar las *directivas hermenéuticas axiomáticas*, cuya elaboración se desarrolló a partir de las propuestas de Wròblewski, Ost y Kerchove. Fundamentalmente, partiendo sobre la base que las decisiones axiológicas quedan entregadas al intérprete según su experiencia y los objetivos que intente conseguir mediante la actividad hermenéutica. Por ende, no son arbitrarias e incluso se pueden deducir de las disposiciones de rango constitucional vigentes (Chiassoni, 2011: p. 134).

Este último nivel de directivas axiomáticas responde a posturas ideológicas del intérprete. De este modo, expresan valoraciones personales respecto de aspectos fundamentales de la interpretación jurídica. Constituyen habitualmente “reglas finales que prescriben qué objetivo (normalmente general) de política del derecho debe ser perseguido al interpretar las disposiciones”. Para ello trazan los límites que debe respetar la actividad interpretativa (Chiassoni, 2011: pp. 133-134).

Estas directivas hermenéuticas pueden agruparse en distintos códigos, como consecuencia de ser fruto de posiciones individuales del intérprete. Así, dentro de su catálogo se reconocen *códigos naturalistas, estáticos, dinámicos, eclécticos*, etc.

Los *códigos naturalistas* tienen como base la directriz axiológica naturalista, por lo que la interpretación debe ejecutarse aplicando directrices primarias y secundarias de la misma índole. Por su parte, los *códigos estáticos* se fundan en la idea de que la actividad interpretativa debe propender a obtener la mayor certeza jurídica posible y dotar de previsibilidad al ordenamiento jurídico. Por otro lado, los *códigos eclécticos* están basados en la combinación de diversas directivas axiológicas que propenden al uso de directivas primarias y secundarias que respeten la naturaleza del objeto regulado o los criterios sistemáticos del Derecho, pero también perspectivas históricas o actuales o una mezcla de ambas (Chiassoni, 2011: p. 136-137).

Finalmente, el modelo propuesto compuesto por tres niveles de razonamientos, contribuye al desarrollo de argumentaciones más completas, reconociendo las diversas dimensiones complejas que concurren en el trabajo hermenéutico y la multiplicidad de herramientas que están a disposición de los juristas. Por ello, este sistema será aplicado durante el desarrollo de esta investigación doctoral en la resolución de los casos prácticos seleccionados.

## 2. SISTEMAS Y MÉTODOS DE LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL CON REFERENCIA A LOS ANTECEDENTES CRIMINOLÓGICOS

### 2.1. METODOLOGÍA Y PRESUPUESTOS DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA DE LA LEY PENAL

#### 2.1.1. ANÁLISIS DEL PROBLEMA DEL OBJETO Y EL MÉTODO EN EL DERECHO PENAL

Para comenzar este análisis debemos remontarnos al concepto de metodología jurídica, entendiéndola como una dimensión de la teoría de la ciencia que se encarga de desarrollar un método apropiado a fin de conocer el Derecho, ordenar sus conceptos, construir su sistema y aplicar sus disposiciones. Cabe recordar que estas propuestas siempre se fundamentan en una determinada posición epistemológica. Así, el trabajo metodológico necesita definir las nociones que emplearán, subdividirlos y subordinarlos entre sí. Finalmente, se requiere verificar el resultado mediante la demostración del fundamento de cada uno de ellos (Guzmán, 2015: pp. 145-146).

A continuación, resulta particularmente relevante revisar el principio de interrelación entre objeto y método, pues ambas nociones tienen un condicionamiento recíproco. Concretamente, el objeto fija lineamientos metodológicos y el método delimita los conocimientos que podrán adquirirse. Por lo mismo, el concepto de Derecho y la posición que se asuma respecto a la metodología serán fundamentales para circunscribir el proceso de conocimiento y sistematización de los enunciados y conceptos jurídicos (García Pablos, 2010: p. 599).

Tomando en cuenta los distintos puntos de partida asumidos en la Dogmática penal, apreciaremos metodologías jurídico-penales heterogéneas, entendidas como “una serie ordenada de doctrinas, cada una con características propias y distintivas, que comparten ciertos aspectos esenciales por un número de estudiosos” (Guzmán, 2015: p. 146). Ellas intentan conocer el Derecho y delimitar los conceptos jurídicos a partir del vínculo entre método y objeto, confiriendo mayor relevancia en algunos casos al método y en otros al objeto, e incluso estableciendo influencias recíprocas (Guzmán, 2015: p. 147). De acuerdo con lo anterior, se distinguirán diversas escuelas penales, según la influencia que existe entre ellos, sin perjuicio de reconocer los diversos criterios clasificatorios derivados de puntos de inicio disímiles.

Concretamente, se puede distinguir entre escuelas penales normativas, que entienden que el método de conocimiento determina el objeto, esto es, la materia jurídica. En consecuencia, la Dogmática penal realizaría una producción conceptual primitiva. Sus representantes integraron la Jurisprudencia de los conceptos y la Jurisprudencia de los intereses. A su turno, las escuelas penales realistas comparten la idea de que la materia precisa la forma jurídica. Por lo anterior, se trata de un razonamiento con fuertes y determinantes referencias ontológicas, que fundamentarán toda su metodología (Guzmán, 2015: pp. 148-149). Este pensamiento se expresa indudablemente en los postulados de la escuela finalista.

Para terminar, se diferencia el trabajo desarrollado por las escuelas que conciben un vínculo continuo entre objeto y método, asumiendo la existencia de una relación trascendental, lo que desemboca en la necesidad de que la Dogmática jurídico-penal realice una elaboración conceptual de segundo grado (Guzmán, 2015: p. 149), en cuyo contexto se enmarcan las propuestas del neokantismo.

Un segundo aspecto destacable en la elección metodológica en el Derecho punitivo radica en que algunos autores han entendido que el problema podría entenderse como la cuestión sobre los métodos interpretativos. Por ejemplo, en Alemania Jescheck y Larenz asumieron que la interpretación de la ley es la forma de aplicarla a los casos de la vida real (Jescheck, 2002: p. 163). Sin embargo, existen varias razones para discutir lo anterior. En primer lugar, no es posible equiparar sencillamente ambos conceptos, pues se trata de razonamientos diversos, destinados a fines distintos y que exigen la utilización de métodos especiales.

De este modo, sugerir que ambos son enteramente equiparables refleja desconocer los distintos momentos de la actividad jurídica, en particular de la interpretación (García Pablos, 2010: p. 600). Sin perjuicio de lo anterior, es evidente que ambas nociones están fuertemente vinculadas. Así, la metodología jurídica influye profundamente en las decisiones del intérprete, sobre todo en casos de conflicto entre diversas directrices interpretativas, o bien, cuando su utilización individual resulte insuficiente para guiar su aplicación ordenada y sistemática.

Otro aspecto relevante para esta investigación surge de comprender que el objeto de estudio es el Derecho penal, como expresión del Derecho político de un Estado (Guzmán, 2015: pp. 44-50). A partir de ello, inevitablemente se debe asumir que el método está condicionado por el modelo de Estado vigente. En consecuencia, su definición también estará

sustentada en una decisión política fundamental. De este modo, según Zaffaroni, necesitamos reconocer que el trabajo de la Dogmática jurídico-penal no puede quedar exclusivamente reducido a una mera racionalización del ejercicio del *ius puniendi*, sino que necesita apuntar a la construcción racional y crítica de un sistema, caracterizado por la completividad lógica, la comparatibilidad legal y la armonía jurídica (2003: pp.79-84).

## 2.1.2. METODOLOGÍA JURÍDICO- PENAL DURANTE EL SIGLO XIX

El trabajo desarrollado por la Dogmática penal durante dicha centuria estuvo marcado por la fuerte influencia del positivismo filosófico, cuyo origen se encuentra en el auge de las ciencias experimentales. Ello trajo consigo que la Ciencia jurídica elaborara trabajos caracterizados por una vocación sistemática y sujeta a verificación. De este modo, diversos aspectos del pensamiento positivista del evolucionismo y naturalismo desembarcaron en la ciencia penal. Por lo mismo, diferentes orientaciones biológicas y sociológicas se reflejaron vivamente en las propuestas de la época de la escuela positiva de carácter normativo o la escuela criminológica italiana, y en la obra de Von Liszt (Mir, 2003: p.188). El rasgo común fue que todos ellos dieron amplia predominancia a la aplicación del principio de causalidad en un sentido mecanicista (Bettiol, 1986: p. 68) sobre cualquier otro.

Otra influencia predominante la generó el pensamiento racionalista, que pretendía desarrollar sistemas jurídicos ideales, contruidos sobre la base de un número reducido de axiomas autoevidentes, que teóricamente, serían capaces de explicar todos los casos sometidos a decisión jurídica. Se trata de nociones que se encuentran ampliamente plasmadas en el trabajo de la Jurisprudencia de los conceptos en Alemania, a raíz del auge del conceptualismo como método jurídico y la escuela técnico jurídica de Rocco, en Italia.

### 2.1.2.1. JURISPRUDENCIA DE LOS CONCEPTOS

Esta escuela, también llamada Pandectística, encontró su inspiración en las propuestas del positivismo filosófico, propendiendo a la aplicación de las reglas de la lógica formal y los paradigmas metodológicos propios de las ciencias naturales y la matemática (Larenz, 1966: p. 43). Con ese fin, desarrollaron obras amparadas en el conceptualismo, sugiriendo implícitamente la idea de que el fundamento del Derecho radica en el poder superior que tiene el Estado para exigir el cumplimiento sus normas, sin perjuicio de ciertos rasgos liberales presentes en el trabajo de algunos de sus autores.

En términos sencillos, el desarrollo de tales estudios estuvo caracterizado por la pretensión de desarrollar una tarea de sistematización jurídica a partir de la utilización del método inductivo, que permitía elaborar una especie de pirámide conceptual, que sintetizaba diversos conceptos extraídos de las normas jurídicas. Concretamente, esas nociones fueron vinculadas a través de la lógica y terminaban reducidas en un concepto amplio, de carácter genérico, que comprendía un menor contenido, pero dotado de mayor abstracción. Así, conseguía una extensión más amplia que abarcaba nociones heterogéneas que lo sustentaban.

En consecuencia, esta propuesta exigía una inversión metodológica, pues se debía iniciar la labor con una inducción descriptiva que luego podría ampliarse por deducción (Guzmán, 2015: pp. 150-151).

Por lo tanto, si el razonamiento asumía la forma de una pirámide, en la base se hallaban diversos conceptos genéricos que inductivamente permitían construir este concepto único y amplio que se ubicaba en la cima, entendiéndolo como supremo y general en el que se encontraba la noción de derecho subjetivo. Igualmente, al estar posicionado en una altura mayor, esta noción conseguía una mejor visión panorámica del sistema (Larenz, 1966: pp. 33-35) conquistando así la añorada sistematización, clasificación y coordinación al interior del Derecho a través de la vinculación lógica existente entre todas las proposiciones jurídicas (Guzmán, 2015: p. 150).

Reflejo de lo anterior fue el trabajo del denominado primer Ihering, cuya obra estuvo caracterizada por la formación de un sistema lógico, cerrado en sí mismo y alejado de la realidad social, que contribuyó a forjar una jurisprudencia aislada de aquello que pretende regular. Así, entendió que la Ciencia del Derecho debía operar de forma similar a la química, descomponiendo las disposiciones jurídicas y combinándolos con otros para generar nuevos conceptos y proposiciones, dando lugar a su aumento progresivo, mediante el método deductivo (Larenz, 1966: pp. 41-42).

Cabe agregar que el objeto de estudio de esta escuela fue el Derecho positivo, superando el período anterior a Feuerbach, en que el panorama de la legislación penal alemana estaba caracterizado por la predominancia del Derecho natural y falta de unificación de las leyes penales, lo que terminó con la recepción tardía de los ideales ilustrados en el Código penal de 1871 (Mir, 2003: p.190).

En cuanto a la interpretación jurídica, se destaca la propuesta de Windscheid, quien entiende que dicha tarea debe poner de relieve las verdaderas ideas que están detrás de las disposiciones legales. Con ello, se mostraba a favor de una concepción objetiva de la interpretación y de una labor teleológica en sentido objetivo, excluyendo el análisis que perseguía averiguar el significado que el legislador histórico dio a los textos jurídicos. Incluso, se llegó a afirmar que la ley es más razonable que sus propios autores, entendiendo que esa razonabilidad apunta no sólo a la vinculación existente entre los conceptos, sino que también a una teleología presente en su propio seno (Larenz, 1966: p. 48).

En términos generales, esta forma de razonar contribuyó a aclarar el contenido de conceptos jurídicos básicos (Guzmán, 2015: p. 152). Sin embargo, dicha metodología puso énfasis en el conceptualismo y la aplicación de la lógica formal, desatendiendo fuertemente las valoraciones sociales recogidas en las normas jurídicas, prescindiendo de ellas, lo que generó diversas críticas.

Además, el trabajo de esta escuela favoreció en demasía la simplificación del material jurídico y su expansión forzada, dominada por conceptos cargados de abstracción y severa formalidad (Guzmán, 2015: p. 151), en virtud de la excesiva predominancia de las reglas lógicas (Bettioli, 1986: p. 72). Tal como señala Muñoz “el Derecho empezó a estudiarse

conforme a las leyes lógico matemáticas que dominaban el ambiente científico-natural” (2003: p. 174).

A modo de resumen, en términos generales la metodología jurídica propuesta por la Jurisprudencia de los conceptos, no contribuye a incorporar información proveniente de la realidad social directamente. Como conclusión, no brinda aportes para encontrar un camino que permita interpretar la ley penal de acuerdo a los antecedentes aportados por la Criminología.

#### 2.1.2.2. POSITIVISMO CRIMINOLÓGICO ITALIANO

Tal como su nombre lo señala, la preponderancia del pensamiento positivista marcó el trabajo de esta escuela. Particularmente, su desarrollo fue una reacción frente a los postulados ideales de la escuela clásica, que estaba orientada preferentemente a analizar los problemas jurídico-penales desde la perspectiva del deber ser.

A raíz de ello, los positivistas italianos abandonaron dichas posturas metafísicas para centrarse en el análisis de los hechos, influidos determinadamente por la corriente evolucionista de Darwin, que concibió al delincuente como un ser atávico, y por los aportes de la escuela cartográfica, precursora del positivismo sociológico (García Pablos, 2010: p. 616). Incluso más, Von Liszt criticaba a los autores de esta escuela por privar al Derecho penal del carácter de “disciplina jurídica y lo transformaron en una rama de la Sociología; desconfía de la pena y quiere reemplazarlo en una amplia extensión de su creciente dominio por medidas preventivas” (1994: p. 62).

En ese contexto, esta escuela propuso la aplicación de los procedimientos de las ciencias naturales al estudio del Derecho, particularmente, el método inductivo, además de la sujeción de los razonamientos a la experimentación (Mir, 2003: p.196) y observación (García Pablos, 2010: p. 618). A propósito del análisis del fenómeno delictivo, plantearon investigarlo desde una perspectiva empírica, escépticos del libre albedrío como antecedente de la conducta humana. Igualmente, entendieron que siempre debía ser estudiado el delito, pero también el delincuente y la realidad social (García Pablos, 2010: p. 620), mostrándose partidarios de combatir la delincuencia mediante herramientas fundadas en antecedentes científicos (Mir, 2003: pp. 163-165).

Dentro de sus principales representantes se destacan Lombroso, Ferri y Garófalo. Concretamente, Lombroso intentó analizar las causas antropológicas del delito, centrando sus estudios en las características físicas de sujetos delincuentes, tal como lo muestra su análisis de seiscientos ochenta y nueve cráneos, revisando sus rasgos faciales y cerebrales (1896: p. 158- 136) que contribuyó, entre otras cosas, a la configuración del delincuente nato.

Por su lado, Ferri sostuvo que era necesario revisar los factores sociales del delito, entendiendo que la ciencia criminal debía trabajar de la misma forma que la medicina investigando las causas de la enfermedad (1907: p. 22), siempre teniendo presente la necesidad de observar y aplicar el método científico (1907: p. 9) en el desarrollo de un

“estudio completo del delito, no como abstracción jurídica, sino como acción humana, como hecho natural y social”, además del estudio de la persona del delincuente (1907: p. 22). Así, depositaba sus esperanzas en que la experimentación y los aportes de la antropología criminal, estadística, psicología y sociología permitieran la evolución de la disciplina penal, propendiendo a la disminución de los delitos (1907: pp. 10-11).

Las contribuciones de Garófalo están caracterizadas por intentar sistematizar las máximas del positivismo brindándoles un carácter normativo. Ello se expresó en las nociones de delito natural, prevención especial y peligrosidad como concepto de relevancia judicial (García Pablos, 2006: pp. 630-632). Un aspecto central de su obra radica en la elaboración de una noción de delito, a partir de elementos naturales (Garófalo, 2005: p. 4). Para ello, analizó ciertas consideraciones morales de la sociedad, denominándolas sentimientos morales, cuya infracción configuraría el denominado delito natural (Garófalo, 2005: p. 9). En concreto, exigió una “lesión de aquella parte del sentido moral que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales, o sea la piedad y la probidad” (Garófalo, 2005: p. 31). Así, el delito terminó siendo definido según los parámetros de la moral social y criterios de adaptabilidad del individuo (Garófalo, 2005: p. 31).

Por lo tanto, a pesar de sus limitaciones, esta escuela formuló un aporte significativo en el proceso de dejar de mirar al delito únicamente desde una perspectiva teórica, incorporando información de la realidad social para intentar explicar el fenómeno delictivo; sin embargo, una limitación metodológica relevante radica en el intento que el Derecho penal sea absorbido por la Criminología de corte positivista (Mir, 2003: p.160). A partir de esto se ha desarrollado una compleja relación epistemológica entre la Dogmática penal y la Criminología, que incluso ha sido calificada como poco cordial (García Pablos, 1998: p. 55) o tormentosa (Zaffaroni, 2012: p. 10).

De este modo, claramente el trabajo de esta escuela contribuyó a incluir en el análisis jurídico del delito aspectos fenoménicos y otros antecedentes recaídos sobre la persona que comete delitos y la sociedad, por lo cual, en principio constituye una propuesta metodológica favorable para interpretar la ley penal conforme a los datos aportados por la Criminología; no obstante estas sugerencias no deben inducir a perder de vista que el núcleo del razonamiento es jurídico y que la información criminológica permite un mejor entendimiento del texto legal, concretamente atribuirle sentido de cara a la realidad social. Por lo tanto, es indispensable que cada disciplina mantenga su metodología singular.

### 2.1.3. METODOLOGÍA JURÍDICO PENAL DURANTE EL SIGLO XX

#### 2.1.3.1. ESCUELA TÉCNICO JURÍDICA DE ROCCO

Surgió a partir del trabajo desarrollado por Rocco en Italia, desde de su conocido discurso proclamado en 1910 sobre el problema del método en la ciencia del Derecho penal. En dicha ocasión denunció el atraso de la Dogmática penal italiana, como consecuencia de la gran influencia que tuvo el positivismo criminológico. A fin de remediar esta situación, propuso que los penalistas debían “mantenerse firmes y aferrados estricta y

escrupulosamente al estudio del Derecho” (Rocco, 1978: p. 8), es decir, al ordenamiento positivo. Para ello, era fundamental continuar utilizando el método de los especialistas alemanes, dominado por la realización de una labor exegetica y de sistematización jurídica (Silva, 2010: p. 81) en concordancia con el conceptualismo y formalismo jurídico, procurando una metodología ortodoxa y pura, sin incluir consideraciones filosóficas ni sociológicas (García Pablos, 2010: p. 655).

Cabe precisar que esta propuesta estuvo influida por el positivismo imperante y el realismo jurídico, que entendió al Derecho como una superestructura que recaía sobre un fenómeno social y humano. También operó en contraposición a la Jurisprudencia de los conceptos, pues solamente trabajó centrada en las disposiciones normativas y sus relaciones lógicas, es decir, cerrada en sí misma. De acuerdo con el análisis de Rocco, la metodología jurídico-penal debía limitarse a analizar la función y finalidad social de las normas, que en el Derecho punitivo corresponde a los delitos y las penas, manteniéndose dentro de los límites de lo normativo (Rocco, 1978: p. 9), aspirando a una pureza metodológica y conceptual (Silva, 2010: p. 82).

De tal forma, la labor de la Dogmática penal tenía por finalidad descubrir el significado de los preceptos, desarrollando un sistema a partir de las normas jurídicas. En términos generales, el jurista debía analizar delitos y penas como fenómeno jurídico (Guzmán, 2015: p. 155), contribuyendo a formar una estructura de principios mediante el método inductivo, cuyas conclusiones debían extenderse por deducción. En particular, esta metodología exigía el desarrollo de diversas etapas.

La primera fase, de carácter exegetico, buscaba interpretar o descubrir el sentido de los documentos legales penales a partir de datos empíricos. En tal caso, Rocco puso de manifiesto el error común y grave de los penalistas en la forma de comprender las limitaciones de la interpretación de la ley penal, recordando que en la búsqueda del significado íntimo de las disposiciones es posible arribar a un resultado interpretativo extensivo, restrictivo e incluso modificativo. Además, advirtió sobre la necesidad de no abusar del método exegetico por tratarse de una labor que se ubica en el más bajo nivel de análisis (1978: pp. 20- 21).

En segundo lugar, opera la etapa dogmática, que tiene un carácter marcadamente sistemático, en cuya virtud a los preceptos penales interpretados se les aplica el método inductivo para obtener categorías generales que deberán ser reducidas a principios. En palabras de Rocco, se trata de una tarea que busca analizar los axiomas fundamentales del Derecho positivo, coordinados lógicamente y sistemáticamente, a partir de lo cual se puede alcanzar el conocimiento jurídico propiamente tal (1978: p. 22).

Como se puede observar, existe una fuerte vinculación entre la fase interpretativa y la dogmática, pues a partir de ellas se desarrolla el contenido de conceptos jurídicos sin perder de vista los aportes de la interpretación literal (Rocco, 1978: p. 23). De esta forma, según el autor italiano, una mejora de la condición de la ciencia jurídico penal está determinada por volver a poner el centro del trabajo en la tarea científica encaminada a la reformulación de las nociones jurídico-penales más relevantes (1978: p. 26), excluyendo las tendencias positivistas que entremezclaban análisis de aspectos naturalísticos con otros jurídicos.

Para terminar, propone la ejecución de la tercera fase denominada crítica en virtud de la cual la doctrina puede formular sus opiniones sobre el contenido del Derecho positivo (García Pablos, 2010: pp. 655-656). En esta oportunidad, los estudios de la ciencia jurídico-penal tenderán a revisarlo, pudiendo concluir que resulta necesario sustituirlo, mediante ciertas modificaciones o bien proponiendo la dictación de nuevas disposiciones que consagren otras instituciones (Rocco, 1978: p. 31).

Sin embargo, la propuesta de Rocco desarrolla un matiz relevante originado en la apertura a la realidad social regulada por el Derecho, mediante la consideración del bien jurídico como elemento determinante en la interpretación y sistematización dogmática. En este sentido, la configuración de esa noción es sumamente significativa, pues los delitos los protegen y su determinación requiere conocer previamente elementos fundamentales de las demás ramas del ordenamiento jurídico (Rocco, 1978: p. 27). Así, esta labor siempre debe ser emprendida teniendo a la vista que los preceptos penales están referidos a dicha noción (Guzmán, 2015: p. 155).

Finalmente, a pesar de mostrarse favorable al purismo metodológico, entendió que el análisis que debe desarrollar la ciencia penal no excluye totalmente la información que proviene del conocimiento filosófico o político, pues estos se refieren a instituciones jurídicas reguladas por el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, sus aportes deben tenerse en cuenta de forma subsidiaria al desarrollo de la disciplina jurídica (Rocco, 1978: p. 13).

Entonces, es primordial destacar que si bien el método propuesto por la escuela técnico-jurídica es fundamentalmente conceptualista y formalista, en principio, podría impedir la incorporación de datos criminológicos; sin embargo, existe una diferencia con la propuesta de la Jurisprudencia de los conceptos, al entender que el Derecho debe ser interpretado tomando en cuenta la realidad social regulada, de conformidad a la orientación a un bien jurídico, es decir, se trata de una categoría conceptual que permite considerar aspectos referidos a los fines valorados y su lesión. Así, brinda una utilidad relativa al momento de analizar la plausibilidad de interpretar la ley penal considerando la información aportada por la Criminología sobre el fenómeno regulado.

### 2.1.3.2. JURISPRUDENCIA DE LOS INTERESES

Esta escuela surge desde fines del siglo XIX y principios del siglo XX como oposición al conceptualismo vigente en la Dogmática jurídico-penal. Sus partidarios emplearon la noción de interés que surgió al alero del Derecho de las obligaciones, fundamentalmente por la influencia de Heck, Stoll y MüllerErzbach. Su postulado principal consistió en asumir que el Derecho es protector de intereses (Larenz, 2008: pp. 74-80), los que deben comprenderse desde un punto de vista concreto, pues para Heck son verdaderos hechos, no meras abstracciones (Larenz, 2008: pp. 80).

En particular entendían que el juez para resolver el conflicto sometido a su decisión no debía aplicar el método deductivo en el tradicional silogismo jurídico, sino que necesitaba determinar cuál de los diversos intereses que estaban en pugna debía ser privilegiado. Para

resolverlo, tenía que seguir el criterio que tuvo en consideración el legislador al dictar la ley aplicable. De esta forma, todas las proposiciones jurídicas tendrían un criterio de valor recaído sobre intereses que fueron valorados previamente por el legislador (Larenz, 1966: p. 68); por ende, se reconoce que la ley tiene fuerza suficiente para hacer prevalecer un interés en desmedro de otro (Guzmán, 2015: p. 157).

Entrando en el problema del método de la interpretación de la ley, sus partidarios entendieron que esta labor tiene un carácter teleológico, pues las disposiciones jurídicas necesitan tener un sentido según los fines que la sociedad persigue al dictar la norma jurídica, promoviendo el desarrollo de interpretaciones de carácter subjetivo (Guzmán, 2015: p. 158-159).

La manifestación de estos postulados en la Dogmática jurídico-penal tuvo como principal representante a Ihering, en su segunda versión; además, es indispensable destacar el Programa de Malburgo elaborado por Von Liszt. En esta etapa, Ihering concibió al Derecho como un medio para conseguir ciertos fines, es decir, sería un mecanismo para garantizar las condiciones de la vida en sociedad (1960: pp. 210-213) de acuerdo a las necesidades que surgen de la convivencia. Así, la Ciencia del Derecho debería favorecer los motivos concretos, tanto históricos como psíquicos, que tuvo en cuenta el legislador al configurar el contenido del ordenamiento jurídico. Además, indicó que el método que debería usar la Dogmática penal en la interpretación de la ley es el teleológico, pues el hermeneuta realiza una actividad que busca determinar el contenido de las leyes de acuerdo al fin que persigue alcanzar la autoridad que la estableció (Ihering, 1960: p. 171).

El principal representante de esta escuela en el Derecho penal fue Von Liszt, que se vio influido por su contexto histórico, marcado por fuertes cambios sociales derivados de la crisis del Estado liberal clásico, a raíz del proceso de industrialización y el aumento de la delincuencia. Todo ello desembocó en una intervención estatal más intensa, sumado a la influencia del positivismo imperante. Todo ello explica que Liszt fuera partidario de la aplicación del método experimental propio de las ciencias empíricas, enraizando sus postulados en las conquistas del pensamiento liberal y abogando por la aplicación de la Política criminal.

En las ciencias penales organizó el trabajo de diversas disciplinas dedicadas al análisis del fenómeno criminal, proponiendo una dualidad de campos de trabajo. Concretamente, tratándose de la Dogmática penal se manifestó favorable a la aplicación del método lógico-deductivo abstracto. A su juicio, dicha labor comprende diversas etapas que se inician con la reunión de materiales a partir de la revisión exclusiva del Derecho positivo que hace el jurista. Luego, necesita analizar y sintetizar las proposiciones jurídicas. Para terminar, construirá un sistema que permita dominar los diversos conceptos particulares del ordenamiento jurídico (Mir, 2003: p. 205).

Por otro lado, tratándose de las otras ciencias que forman parte de la Enciclopedia penal, propuso que se empleara el método inductivo experimental; sin perjuicio de ello, enfatizó que “sólo la reunión de los dos métodos, de modo que los resultados del uno sean recíprocamente examinados y completados por el otro, puede conducir a un conocimiento exacto del crimen” (Von Liszt, 1916: pp. 8-9). Con todo, si bien el autor se mantuvo cercano

a una metodología tradicional que, en principio, puede considerarse sistemática y conceptualista, su obra debe ser analizada con cuidado, pues diversos aspectos permiten clasificarla como representante de la Jurisprudencia de los intereses.

En efecto, en primer lugar, se mostró partidario de que la Dogmática jurídico-penal al analizar el delito y la pena, tome en consideración aspectos fácticos referidos a estos fenómenos. Incluso llegó a entender que una proposición jurídica es el resultado de un proceso de abstracción conceptual desarrollado a partir de los hechos de la sociedad (Mir, 2003: p. 206), de modo que metodológicamente siempre se deberían tomar en cuenta especialmente los antecedentes referidos al delito, delincuente y pena (Guzmán, 2015: p. 161).

Una segunda razón radica en su particular concepción del bien jurídico penal (Silva, 2010: p. 84), el cual recaía sobre intereses tutelados por el Derecho a favor de individuos o de la comunidad, de tal forma que la ciencia jurídico penal, al estar guiada por el pensamiento finalista, debe transformar la mera violencia punitiva en Derecho penal, volviéndola consciente de su objetivo (Von Liszt, 1994: pp. 63-64).

En este sentido, es sumamente conveniente considerar que la pena siempre protegería bienes jurídicos y su magnitud se determinará según la idea de fin, es decir, “la pena justa es la pena necesaria”. Por lo tanto, dicha noción “exige adecuación del medio al fin y la mayor economía posible en su administración” (Von Liszt, 1994: p. 106). Finalmente, permite limitar la abstracción predominante surgida de la lógica jurídica, integrando al razonamiento jurídico penal la idea de fin, dando un giro metodológico decidido hacia la incorporación de valoraciones teleológicas en el delito.

En tercer lugar, es importante mencionar su propuesta en torno a dividir la antijuridicidad en formal y material, lo que permite comprender la violación de intereses que son esenciales para el individuo o una comunidad, superando una noción estrictamente formal de trasgresiones al texto de la ley sin vinculación al menoscabo de un interés social (Guzmán, 2015: p. 162, Silva, 2012: p.140).

En consecuencia, revisando la propuesta de Von Liszt saltan a la vista los numerosos aportes metodológicos que deben tenerse en cuenta al momento de interpretar la ley punitiva con arreglo a los antecedentes que aporta la Criminología, destacándose la incorporación de la idea de fin en los razonamientos jurídicos penales. A partir de su obra, los postulados de la Dogmática penal dejan de tender hacia el formalismo y un análisis hermético del Derecho, permitiendo una apertura metodológica que dio lugar a incorporar antecedentes de hecho en la construcción de la teoría del delito y organizar el trabajo de las diversas disciplinas que integran la Enciclopedia penal.

### 2.1.3.3. JURISPRUDENCIA DE LOS VALORES

La propuesta de esta escuela es reflejo de la tendencia filosófica vigente desde fines del siglo XIX hasta principios del siglo XX, que intenta superar el positivismo imperante

cuestionando la plausibilidad de comprender toda la realidad mediante los sistemas propuestos por las ciencias exactas. A juicio de sus representantes, ese método no permitía conocer y comprender diversos aspectos de la vida de los seres humanos, en particular, su desarrollo social y el Derecho (Larenz, 1966: pp. 107-108). En ese sentido, los postulados encuentran su raíz en una postura epistemológica subjetiva; por ende, relativista y valorativa con una raíz profunda en la propuesta kantiana (Guzmán, 2015: p. 164).

Como consecuencia de las limitaciones denunciadas, ciertos aspectos debían ser conocidos a partir de disciplinas culturales o espirituales. Así, Dilthey terminó distinguiendo las ciencias naturales o exactas de las espirituales o culturales, diferenciadas fundamentalmente por el método de trabajo. De este modo, la Ciencia del Derecho terminó siendo entendida como una rama de las ciencias culturales empíricas (Larenz, 1966: p. 112).

Por lo anterior, esta escuela puso énfasis en la morfología del método de trabajo encima del objeto de estudio (Mir, 2003: p. 212). El neokantismo sustituyó el método lógico-formal predominante en el positivismo, por la incorporación de consideraciones de carácter axiológico y materiales (Silva, 2010: p. 88). Así, los autores de esta escuela asumieron una concepción del Derecho que incorporaba referencias valorativas.

En este panorama tuvo particular importancia Lask, pues entendió que el Derecho debía incluirse en las ciencias culturales en virtud de su referencia a valores. Así, “todo lo que caiga dentro del campo del derecho pierde su carácter naturalístico libre de referencias de valor” (Guzmán, 2015: p. 166). De esta forma el Derecho era concebido como un factor cultural real y complejo de significaciones (García Pablos, 2006: p. 665).

Por su parte, para Radbruch la idea del Derecho es el valor central, debiendo estudiar el contenido y las conexiones de los valores relevantes para el Derecho, sin olvidar que es la conciencia valorativa la que los atribuye a las cosas (Larenz, 1966: pp. 113-114). Por lo tanto, siempre los análisis dogmáticos necesitan considerar los valores referidos en las normas jurídicas.

Luego, cabe preguntarse por la relación existente entre el Derecho y la materia. A grandes rasgos sus partidarios asumieron que la Dogmática jurídica no crea conceptos nuevos ni elementos de la realidad regulada, como sí los desarrollan las ciencias naturales. Precisamente, los conceptos jurídicos no serían exclusivamente nociones generales, ya que tendrían un carácter histórico e individual, por lo que vendrían preformados por conceptos sociales (Radbruch, 2013: p. 42) que siempre están referidos a un valor cultural, del cual se puede extraer los fines valorados que corresponden a los bienes jurídicos consagrados en cada disposición. Concretamente, “la ciencia del Derecho presupone una preformación conceptual de su materia; no es producción conceptual primitiva, sino trabajo conceptual de segundo grado” (Radbruch, 2013: p. 40).

En ese sentido, por ejemplo, si se debe interpretar la expresión feto se debe partir de su concepto biológico. Seguidamente, es necesario considerar la influencia que ha tenido la idea de Derecho en la configuración de su contenido. Siguiendo la interpretación de la expresión feto, se obtendrá un concepto jurídico refinado que fija el concepto biológico a la luz de la prohibición del aborto. Como corolario, es necesario considerar que los fines

perseguidos por una disposición se clarifican y precisan de mejor forma en los razonamientos teleológicos (Carlizzi, 2011: pp. 31-32).

Cabe precisar que el neokantismo alemán cobija dos pensamientos distintos: la escuela de Marburgo y la escuela sudoccidental. Si bien se trata de posturas que presentan diferencias, ambas tienen el mismo punto de inicio epistemológico, que surgió del dualismo entre forma y materia, es decir noúmeno y fenómeno. Por esto, la cosa en sí -el noúmeno- no es susceptible de aprehensión por el conocimiento humano, sino solo en su manifestación espacio temporal como fenómeno aprehensible por los sentidos. En cambio, el fenómeno ofrece solamente la materia del conocimiento al cual se le deben agregar las formas "*a priori*" enraizadas en las categorías del entendimiento. En consecuencia, las ciencias naturales deben aplicar a la materia las categorías del entendimiento desarrolladas por esas ciencias, mientras que tratándose de las ciencias jurídicas, a la materia jurídica se le debe aplicar las categorías que le son propias, de modo tal que para el neokantismo de Baden el método terminará determinando el objeto (Mir, 2003: p. 213).

Otro aporte fundamental lo realizó Radbruch, que partiendo de la idea kantiana de la imposibilidad de derivar valores de la realidad, es decir, extraer el deber ser del ser, permitió desarrollar el método lógico diferenciando las ciencias naturales de las jurídicas (Muñoz, 2003: p.178). Con todo, esa precisión no representa una oposición, sino que una distinción, pues no supone una radical diferencia entre dos dimensiones del mundo (Guzmán, 2015: p. 166). Igualmente, es necesario recordar que, de acuerdo a sus propuestas, los valores tienen su origen en la aplicación de las categorías *a priori* del sujeto, dejando atrás el subjetivismo valorativo (Mir, 2003: p. 219).

En lo referido a los valores, Radbruch estimaba que existían tres fundamentales: libertad, poder y cultura, por lo que debía desarrollarse un sistema valorativo ideal que les permita una convivencia armónica, sin olvidar que estas máximas siempre dependen de la materia, ya que ella los determina. Así, entiende que las ideas jurídicas son fijadas por la materia, en una época particular y de acuerdo al espíritu del pueblo (Larenz, 1966: pp.113-114). Entonces, los valores constituirían una especie de "lente de pensar" que permite al intérprete ordenar la realidad que le aparece de forma caótica. En este sentido, Mir, señala que "la dimensión de valor de una realidad, lo cultural que le atribuye sentido, surge en el seno del propio proceso de conocimiento: no está presente en aquella realidad de modo previo", así "es el sujeto quien aporta a la realidad del Derecho positivo una concreta dimensión de sentido", es producto de las categorías *a priori* del conocimiento (2003: p. 218).

Una segunda distinción fundamental permite diferenciar la metodología jurídico-penal de la criminológica. Como se indica a continuación, la ciencia penal analizará el delito, comenzando por el examen de la forma de las circunstancias sociales para posteriormente otorgarles tratamiento jurídico construyendo los tipos penales, por lo tanto, el delito no debería concebirse solamente desde una perspectiva naturalista (Radbruch, 2013: pp. 41-42). En resumidas cuentas, puede ser estudiado por la Criminología utilizando un criterio causal explicativo, o bien, a partir de la Dogmática penal como un fenómeno jurídico objeto de valoraciones. El concepto de delito propuesto, según Mir, tuvo un "origen positivista de revisión neokantiana, naturalismo y referencia a valores" (2003: p. 221).

Por lo anterior, su tarea debe ser adecuar la materia a una sistematización de fines valorados de cada comunidad, conforme a su nivel de evolución cultural. Cabe recordar que esos fines valorados se denominarán bienes jurídicos y su contenido se define a través de los procesos de interpretación, construcción y sistematización del Derecho; por lo tanto, de acuerdo a las propuestas de esta escuela, todos estos razonamientos exigen la utilización de un método teleológico en la interpretación de la ley y la construcción de los sistemas (Guzmán, 2015: 168).

En cuanto a la interpretación jurídica, Radbruch indicó que lo que se debe hallar es el significado inherente de una proposición jurídica. No se debe intentar llegar a una interpretación subjetiva, toda vez que ello sería consecuencia de que el legislador, al determinar el contenido de las leyes, fracciona la realidad en distintas partes de modo artificial. Por lo anterior, esta labor siempre exigirá una mixtura entre elementos “teóricos, prácticos, cognoscitivos, creadores, reproductivos y productivos, científicos, supra científicos, objetivos y subjetivos” (Larenz, 1966: p. 115), contribuyendo a la reconstrucción de esa porción de la realidad. Así, deberá siempre desarrollarse metódicamente, es decir, de conformidad a los resultados de la construcción y sistematización de los conceptos jurídicos (Carlizzi, 2011: p. 407).

A partir de lo señalado, surgen diversas conclusiones relevantes. En primer lugar, asumir que la Dogmática penal realiza una construcción conceptual el segundo grado; entonces las interpretaciones unen aquello que intelectualmente fue separado. Además, desde una perspectiva práctica, permite al intérprete introducir en sus razonamientos consideraciones de distintos orígenes y rendimientos, incluyendo aquellos antecedentes que describen los fenómenos regulados aportados por la Criminología.

#### 2.1.3.4. LA FENOMENOLOGÍA

En términos muy generales esta corriente filosófica retornó al estudio y análisis de las cosas mismas (Reale, Antiseri, 1988: p. 494), surgiendo como una reacción ante las propuestas positivistas, psicologistas e idealistas (Guzmán, 2015: p. 171). También se debe tener en cuenta que los partidarios de la tendencia fenomenológica desarrollaron una ciencia sobre las esencias de las cosas y no sobre los datos de los hechos. Uno de sus principales representantes fue Husserl que rechazaba cualquier postura subjetivista.

En efecto, uno de los postulados fundamentales de esta tendencia consistió en asumir que existen verdades fácticas y otras universales y necesarias, las que adoptan un carácter lógico con presencia en todas las ciencias y resultan indispensables en todo desarrollo teórico, pues no tienen un carácter contingente derivado de la experiencia. Todas las ciencias tendrían sus propias premisas que les permitirían elaborar razonamientos y probar sus conclusiones (Reale et al., 1988: pp. 499-500).

Sin embargo, la piedra angular de esta metodología se encuentra en el concepto de esencia, referido a los modos típicos mediante los cuales los fenómenos o hechos se representan en la conciencia de los individuos. En pocas palabras, a través de los hechos

percibidos por los seres humanos se podrían captar las esencias, que están caracterizadas por ser invariables y universales. Los partidarios de esta escuela concibieron ontologías regionales recaídas sobre la naturaleza, sociedad, moral y religión, respecto de los cuales es necesario captar la esencia de cada una de ellas, las que serán opuestas a la ontología formal que está constituida por las relaciones de la lógica y matemática (Reale et al., 1988: pp.499-500).

Como consecuencia de ello, asumieron la existencia de diversos métodos, cada uno referido a un aspecto del mismo objeto. Así, las ciencias naturales tienen una realidad determinada por los cursos causales, mientras que la ciencia del Derecho está determinada por acciones humanas que son determinadas por un criterio intencional o finalista (Mir, 2003: p. 231).

Epistemológicamente, su trabajo estuvo marcado por una actitud que dio preferencia al objeto de estudio respecto del método, el cual debía adaptarse a sus especificidades, lo que se concretó en el análisis de la naturaleza de las cosas (Guzmán, 2015: p.172) En ese sentido, esta doctrina no pretendió estudiar los fenómenos, sino que se abocó a analizar la naturaleza de las cosas, en especial, la estructura esencial de la acción; por ello intentó convertirse en una “ciencia con un fundamento estable, dedicada al análisis y a la descripción de las esencias” (Reale et al., 1988: p. 495).

Considerando lo anterior, los partidarios de esta escuela asumieron que respecto del Derecho, el objeto de análisis de la dogmática es el Derecho positivo. Por esta razón, las figuras esenciales de una cosa pasan al Derecho positivado y las esencias servirán de base de los fenómenos jurídico-positivos. Tratándose de la comprensión de los fenómenos, existiría un material *a priori* de carácter ideal que el Derecho debe realizar (Larenz, 1966: pp. 129-130).

En cuanto a la interpretación jurídica, los autores finalistas explicaron que esta labor corresponde a un proceso continuo. Para ello, asumieron que las normas jurídicas son creadas en una época determinada en la que el legislador expresa su voluntad, de tal forma que el proceso interpretativo debe iniciarse revisando ese dato histórico, pero no puede terminar ahí. El intérprete necesita seguir pensando en el significado mucho más allá de la voluntad del legislador histórico, analizando hasta el momento en que se aplica la ley. En pocas palabras, se entendió que mientras exista ley vigente la interpretación no tiene fin (Larenz, 1966: p. 133).

Todos estos postulados fueron recogidos en la Dogmática jurídico-penal por la escuela finalista que encontró en Welzel su principal representante. El autor alemán rechazó las propuestas neokantianas transitando desde una metodología subjetiva a una objetiva y realista. Por ello, afirmó que el neokantismo tergiversó a Kant, ya que asumió desde una perspectiva subjetiva, que el entendimiento percibe las cosas lo que sería un error, pues esa referencia al entendimiento está formulada para aludir al entendimiento puro, no uno de carácter individual (Mir, 2003: pp. 230-231). En definitiva, las categorías no corresponden a las formas de nuestro conocer, sino que son condiciones *a priori*, de índole lógica, que se presentan de forma objetiva en la mente de los individuos (Mir, 2003: p. 234).

En términos generales, Welzel sostuvo que el objeto de estudio debe ser el Derecho positivo, entendiendo que las denominadas ciencias naturales analizan su objeto con el criterio de la causalidad, mientras que, tratándose del Derecho, se estudian las acciones humanas de acuerdo al criterio de la intencionalidad o, en rigor, de finalidad, pues el estudio examina la acción como un fenómeno social, éticamente relevante y con sentido (2003: p. 21), no solamente desde una perspectiva naturalista. Como correlato, la Dogmática penal debería siempre distinguir el orden del suceder y el orden del pensar, hallando en este último a la acción destinada a una finalidad (Mir, 2003: p. 232).

Con todo, hay que precisar que la Dogmática jurídico-penal debe analizar las estructuras lógico objetivas que atraviesan la materia jurídica (Guzmán, 2015: pp. 172-173). Dichas estructuras tienen carácter vinculante para el legislador y no solamente son un límite para desarrollar razonamientos análogos en materia penal (García Pablos, 2006: p. 671).

La primera de dichas estructuras es el carácter final de la acción (Mir, 2003: p. 232), ya que “la acción en sentido estricto y preciso es la actividad de la intención humana (Welzel, 2003: p. 30) y está “en condiciones de manejarse con sentido de razón” (Welzel, 2003: p. 22), lo que permite excluir los puros casos de causación, incluso aquellos que eran evitables (Welzel, 2003: p. 32).

La segunda reconoce las relaciones entre autoría y participación, “que contendría la necesidad de referir inducción y complicidad a un hecho principal doloso, así como el principio de accesoriedad limitada” (Silva, 2010: p.96). En concreto, el sujeto que es considerado autor, pues domina la decisión y su ejecución, convirtiéndose en “el señor de la acción”. Por otro lado, el instigador o colaborador no tiene dicho dominio, debiendo el legislador captar esa diferencia relevante que aparece de la existencia real. Habida cuenta de ello “un concepto general de autor, en el cual todas las formas de participación final se asimilan completamente a la autoría, es objetiva como terminológicamente inejecutable” (Welzel, 2003: p. 84).

La tercera estructura consiste en asumir que el antecedente ético del elemento culpabilidad es la autodeterminación de los individuos en sus decisiones (Silva, 2010: p.96); es decir, Welzel reconoce que cualquier actuación humana se funda en una consideración respecto de su valor (2003: p. 32); por lo tanto, una persona será capaz para ser reprochado penalmente si estaba en condiciones de decidir en cuanto a los valores de su acción (2003: p. 74). De modo tal que solamente se podrá configurar la culpabilidad tratándose de “la determinación del sentido de la decisión de valor (emocional), sobre la cual descansa la decisión y su ejecución” (2003: p. 71).

Metodológicamente, la propuesta finalista estuvo caracterizada por desarrollar el método deductivo abstracto a partir de las estructuras lógico objetivas. De esta forma, al comenzar el análisis de su contenido era posible determinar cada uno de los elementos de la regulación jurídica. Además, también permitían definir la regulación específica para los casos que fueron sometidos a solución penal. Vale la pena agregar que los partidarios del finalismo entendieron que las valoraciones de carácter individual debían ser excluidas del método dogmático para construir el sistema jurídico-penal.

En cuanto al rol de la dogmática, Welzel asumió que era propender a la sistematización del conocimiento jurídico. De modo que en la interpretación sería fundamental utilizar el concepto de bien jurídico tutelado. Sin embargo, como esta escuela jurídico-penal se mostraba a favor de una elaboración doctrinal de carácter objetivo, terminaron por concebir estos fines valorados como postulados rígidos, construyendo conceptos jurídicos a partir de los datos ontológicos y definiendo cómo debe ser el Derecho (Guzmán, 2015: p. 175). En definitiva, un inicio bien intencionado terminó elaborando conclusiones un tanto contradictorias con su punto de partida.

Otras críticas que se desarrollaron encuentran su fundamento en la falta de claridad de la teoría, pues no delimita cabalmente la influencia o vinculación que tiene el legislador a estas estructuras lógico-objetivas. Asimismo, tampoco existe certeza sobre el contenido de las estructuras lógico-objetivas, pues la esencia de las cosas es un concepto de difícil delimitación y también se ha reparado que este método está más cerca de un sistema normativo, a ratos formalista, que enraizado en una construcción ontológica (Silva, 2010: p. 97).

Para terminar, de todas las ideas explicadas anteriormente se puede advertir la existencia de diversas dificultades metodológicas para interpretar la ley penal a la luz de los datos criminológicos. En primer lugar, las propuestas dogmáticas del finalismo intentan construir un método a partir de las estructuras lógico-objetivas que no guardan relación expresa con la información suministrada por la Criminología. Además, sus postulados terminaron asumiendo ideas de carácter absoluto que son difíciles de compatibilizar con una metodología más abierta a recibir aportes de otras disciplinas. En cambio, otros elementos dan pequeñas muestras de plausibilidad, como es la noción de interpretación jurídica entendida como proceso continuo de búsqueda del significado; por ende, admitiendo interpretaciones progresivas, sumado a la relevancia que se le da al bien jurídico como elemento interpretativo.

#### 2.1.3.5. EL FUNCIONALISMO

El análisis de las repercusiones del funcionalismo en la dogmática jurídico-penal necesita revisar ciertos postulados de la obra de Luhmann, pues su influencia ha contribuido en diversas obras de nuestra época. Para ello, debemos recordar que sus conclusiones se desarrollaron en el ámbito de la sociología, sin aspirar a convertirse en un trabajo jurídico; por lo tanto, se enfoca en el estudio del comportamiento y sistema social, además de sus instituciones, configurando una teoría sobre la sociedad que se aplica al Derecho (Losano, 2002: p. 335-339).

Este autor vio influenciado su trabajo por las investigaciones sociológicas de Talcott Parsons y la teoría de la autopoiesis, elaborada por Maturana y Varela (Luhmann, 2005: pp. 117-121). Una idea central de su propuesta consistió en asumir que todos los sistemas sociales se caracterizan por recoger propiedades esenciales de la organización de aquello que se encuentra vivo, para construir un sistema cerrado, capaz de auto crearse, auto mantenerse y susceptible de perturbación por elementos de su entorno (Varela, 2018: p.9). En resumen,

extendió estas características de la autopoiesis de los organismos vivos a los procesos sociales.

Dentro del sistema social encontraremos al Derecho, entendido como un subsistema con ciertas características definitorias. Se inserta junto a los otros subsistemas sociales y tiene por finalidad asegurar las expectativas normativas de la sociedad (Luhman, 2005: p. 196). En el fondo es un sistema autorreferencial y autopoietico (Losano, 2002: p. 339). Lo primero significa que todas las decisiones jurídicas se forman a partir de otras anteriores. Además, opera de forma hermética, ya que define sus propios límites y sus relaciones con otros subsistemas que componen el sistema social.

Finalmente, se orienta en un sentido binario, distinguiendo aquello que es jurídico o conforme a Derecho de lo que es antijurídico y, por lo tanto, no conforme a Derecho (Luhmann, 2005: p. 123). Con todo, es necesario tener claridad que para Luhmann el Derecho sería algo así como una caja negra, cuyo contenido no es interesante de revisar, sino que solamente es significativo lo que entra o sale de ella, por que ahí radican las vinculaciones entre el Derecho y el sistema social global (Losano, 2002: p. 347).

Hay que destacar, en cuanto a la concepción del Derecho penal, que Luhmann entendió al delito como una forma de representar la negación de la norma y una refutación de la identidad social. Acto seguido, “se debe asegurar la expectativa de quienes estén en su derecho” transformándola en castigo (Luhmann, 2005: p. 196); entonces, la pena sería la respuesta de hecho necesaria para confirmar la norma (Mir, 2003: pp. 163-165). En efecto, el fin del Derecho punitivo radica en autoconfirmar la majestad del sistema penal (Guzmán, 2015: p. 178).

En cuanto a la metodología de la Dogmática jurídico-penal, su propuesta exige continuar con un pensamiento sistemático, pero propenso aproximarse al estudio de la realidad social, teniendo en consideración especialmente los aportes de la Sociología y Psicología tratándose del contenido y ubicación del dolo. Cabe agregar que en virtud de la intensa influencia de la Sociología, el funcionalismo ha intentado arrastrar su método a la Dogmática jurídico-penal (Mir, 2003: p. 272). Ello encuentra su origen en la concepción del Derecho de estos autores, pues entienden que su forma y referencias surgen a partir de la estructura social, razón por la cual la ciencia jurídica es también ciencia de la estructura social y su contenido es el material social. Seguidamente, el presupuesto metodológico exige desarrollar un análisis y sistematización del Derecho como si se tratara de fenómeno perteneciente al ámbito del ser y no al deber ser. Por todo lo anterior, los análisis jurídicos serían, más bien, indagación de procesos sociales.

En pocas palabras, estas corrientes proponen aplicar el método de la Sociología al trabajo de la Dogmática jurídico-penal, realizando un análisis basado en la observación empírica del fenómeno social -en concreto del Derecho penal-, visto como un sistema cerrado, compuesto por diversas abstracciones normativas (Guzmán, 2015: p.176) con miras a demostrar la corrección de las proposiciones doctrinales.

Tal como se señaló anteriormente, su propuesta exige continuar con un pensamiento sistemático, con la singular tendencia a acercarse al estudio de la realidad social, dándole un

rol diverso al análisis de elementos empíricos, ya sea que predomine el contenido de la Política criminal o de la Sociología, Psicología o Criminología. A partir de lo anterior, en el seno del funcionalismo jurídico-penal se distinguen dos tendencias, una más radical materializada en la teoría de Jakobs y otra moderada desarrollada por Roxin y Hassemer (Silva, 2010: p.112).

El funcionalismo radical de Jakobs promueve una absolutización de los criterios funcionales, rechazando cualquier límite que se les pueda imponer (García Pablos, 2006: p. 690). El presupuesto básico de su trabajo radica en que las personas forman parte de un mundo y necesitan relacionarse en una comunidad estable en la que se respetan las normas y sus expectativas sobre ellas, por lo que el que participa deberá obedecerlas (Jakobs, 1997: p. 11). Seguidamente, el Derecho penal está destinado a asegurar la confianza institucional en el sistema social, contribuyendo a la seguridad de su funcionamiento. En este esquema la pena “es una muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable” (Jakobs, 1997: p. 9).

Por el contrario, si un individuo no respeta las normas se producirá una decepción de su cumplimiento y, por ende, se discutirá que ella sea el modelo de orientación del comportamiento, provocando un conflicto que requerirá una reacción. Desde luego, no toda divergencia dará lugar a una respuesta estatal, ya que el efecto será penal si hay una infracción de normas jurídico-penalmente garantizadas (Jakobs, 1997: p. 12) y consistirá en la aplicación de una pena.

De este modo, el sujeto activo del delito deberá soportar la pena y que sea declarado incompetente, pues conocía o podía conocer la conducta que debía desplegar. En el fondo, el hechor motivó su actuar en virtud de otros elementos, sin importarle la evitación que estaba obligado a cumplir desautorizando la norma. Por lo tanto, la punición no busca prevenir la afectación de bienes jurídicos, sino reafirmar su vigencia al ser cuestionada por el autor con su comportamiento (Jakobs, 1997: pp. 11-13). Como resultado el individuo termina reducido a ser un mero centro de imputación, convirtiéndose en medio fundamental para conseguir un sistema social estable, ya que las leyes penales buscarían asegurar la forma de la sociedad y del Estado (Jakobs, 1997: p. 44). Con ello se pretende que la respuesta estatal al delito recaiga sobre los individuos, orientando del resto de los integrantes del sistema y contribuyendo al respeto de las normas jurídicas (García Pablos, 2006: p. 691).

Otro aspecto fundamental de su propuesta consiste en el análisis del problema del bien jurídico, pues en opinión de Jakobs la legitimación material de las leyes penales surge de la necesidad de que ellas garanticen la forma de la sociedad y el Estado; en consecuencia, dicha noción estaría destinada a la protección de la validez de las normas, siendo imposible determinar previamente su contenido, ya que solamente opera cuando cumple una función en la sociedad de relevancia para el interés público (1997: pp. 45-56).

Tal como se ha señalado previamente, el Derecho penal de forma exclusiva protege la vigencia de las normas y un delito la ataca directamente. Por esta razón, el autor realiza un análisis marcado por un alejamiento del sustrato físico, centrado su propuesta en aspectos eminentemente teóricos, acentuando el contenido jurídico de la infracción, en desmedro del bien concreto afectado referido a un individuo específico titular. Finalmente, su rol en la

teoría del delito es bastante limitado porque, según Jakobs, el núcleo del delito se encuentra en el incumplimiento de un deber que consiste en no desempeñar el papel que el sujeto individual tenía que cumplir en la sociedad, “ya sea como ciudadano, patriota o similar” (1997: p. 54).

A partir de estas nociones fundamentales realizó una nueva organización de la teoría del delito orientada a una metodología funcionalista que recoge los principales postulados de la teoría de los sistemas, asumiendo como criterio definitorio la estabilidad de ellos y la contrastación empírica, excluyendo los criterios valorativos y el reconocimiento de principios (Silva, 2012: pp. 111-112).

En efecto, la reorganización de la teoría del delito concibe la acción como la competencia para la lesión de la validez de la norma, separándola de cualquier sustrato psicofísico. Seguidamente, tratándose de la antijuridicidad, entiende que simplemente constituye la violación de la norma. Al final, en cuanto a la culpabilidad, la reconstruye como un juicio de reproche para restablecer la confianza en el sistema, sin incluir algún elemento referido a la exigibilidad de obrar conforme a Derecho (Guzmán, 2015: pp. 179-180)

Como es de esperar esta propuesta ha recibido numerosas críticas pues, al intentar trasladar el método de la Sociología a la Dogmática jurídico-penal se producen contradicciones en la teoría del delito. De igual forma se cuestiona que el trabajo de los juristas se vuelva extremadamente dependiente de la contrastación empírica, con las complejidades que ello evidencia para el estudio del Derecho. Asimismo, sus postulados excluyen totalmente los criterios valorativos sin explicar por qué la norma debe ser valorada como necesaria para asegurar la vigencia de la norma (Silva, 2010: p. 113).

Otro aspecto reparado surge de la postura epistemológica que adopta el autor, pues su teoría desarrolla un modelo de trabajo servicial a intereses de una ciencia penal supranacional que permite la adopción de decisiones de corte autoritario, olvidando por completo la importancia del individuo y los límites impuestos al *ius puniendi* estatal a través de las garantías fundamentales consagradas en el Estado de Derecho. Finalmente, su propuesta simplifica excesivamente la teoría del delito e incluso se ha indicado que hace retroceder la metodología jurídico penal a un estado anterior al naturalismo, cercano a las viejas teorías de la imputación y propiciando la arbitrariedad (Silva, 2010: p. 113).

Por otro lado, se ha impulsado un funcionalismo moderado, también llamado teleológico-funcionalista. Una de las principales obras destacadas es la de Roxin, que ha desarrollado una propuesta recogiendo la distinción de Von Liszt entre Derecho penal y Política criminal. Así, ha intentado formular una vía de trabajo que permita complementarlas para enriquecer las conclusiones sobre el delito y las penas. Por esta razón, asume una postura más abierta y permeable a antecedentes extra-jurídicos, configurando una síntesis (Silva, 2010: p. 102), que evite el uso excesivo de criterios formalistas en la disciplina criminal (García Pablos, 2006: p. 688). Además se ha concluido a partir de su obra que “se trata de lograr un sistema abierto, a medio camino entre el sistema cerrado propuesto por Von Liszt y la tópica, que logre una síntesis entre vinculación a la ley y corrección valorativa”, la que se verifica por la integración entre política criminal y dogmática (Díez, 2021: p. 10).

Es más, el propio Roxin reconoce que tratándose de la teoría de los sistemas comparte con el funcionalismo de Jakobs un rechazo a las propuestas dogmáticas que enraízan los fundamentos del sistema penal en leyes de carácter ontológico (2007: p. 47), pero asume que la diferencia fundamental radica en que, a su juicio, siempre el sistema punitivo, la función de la pena y la dogmática dependen del contenido consagrado en la Constitución y la legislación de un país, el que puede estar conectado con distintos tipos de gobierno.

Concretamente, estima que “un orden estatal sin una justicia social, no forma un Estado material de Derecho, como tampoco un Estado planificado y tutelar, que no consigue la garantía de la libertad como en el Estado de Derecho, no puede pretender el calificativo de constitucionalidad socioestatal” (2000: pp. 48- 49). Por ello se ha concluido que en su concepción los principios y directrices se consagran de manera general, lo que abre el campo de trabajo del hermenauta, ya que “confronta el texto positivo con los valores que han inspirado al legislador y con la realidad objeto del derecho” (Díez, 2021: p. 11).

En concreto, Roxin propone que el sistema del Derecho penal debe estructurarse teleológicamente, es decir, de acuerdo con finalidades valorativas (2008: p. 217) vinculando sistemáticamente la teoría del delito, de la pena y la Política criminal (2007: pp. 50- 53). Al contrario, si se mantienen absolutamente separadas, al estilo positivista del siglo XIX, se podrían verificar incoherencias en los enjuiciamientos, ya que sería posible desarrollar una respuesta adecuada a partir de la perspectiva dogmática, pero incorrecta desde el punto de vista de la Política criminal, respectivamente (2000: p. 46). Para evitar esta situación, es necesario configurar el sistema penal según sus finalidades rectoras (2008: p. 217).

En ese cometido la noción de bien jurídico desempeña un papel trascendental, pues constituye una herramienta para justificar el uso del canon teleológico. También son relevantes todos los cánones de interpretación que exceden el elemento gramatical, aquella conforme a la constitución y las normas internacionales y todo el sistema de resguardo de los Derechos humanos (Díez, 2021: pp. 13-15).

En síntesis, dichas finalidades solamente pueden surgir de la Política criminal, ya que en ella quedan delimitados los fines que persigue el *ius puniendi* estatal. Así pues, todas las categorías fundamentales del sistema penal serán instrumentos de valoración político criminal (2008: p. 217- 218), expresando siempre un contenido concreto determinado por los valores reconocidos en la Constitución y las leyes, los que tratándose de un Estado de Derecho, expresarán básicamente los ideales liberales recogidos durante la Ilustración (2007: pp. 47-50).

Para ello, entiende que la Dogmática jurídico-penal debe considerar siempre las propuestas de la Política criminal, desarrollando una verdadera síntesis de conocimientos entre ambas disciplinas y logrando un equilibrio, utilidad, seguridad y claridad del sistema jurídico. En palabras sencillas, intenta que esas decisiones políticas penetren en el sistema penal. Como consecuencia de lo anterior, al desarrollar la Teoría del delito sería necesario incorporar el contenido que le ha dado a la Política criminal, a partir de lo cual, en su propuesta, redefine cada uno de sus componentes de acuerdo a la Política criminal (García Pablos, 2006: p. 688). Así, por ejemplo, en materia de interpretación referida a algún

elemento de la tipicidad, rechaza las interpretaciones extensivas para respetar el principio de legalidad.

Desde otra perspectiva, Hassemer parte sobre la base de que los postulados tradicionales de la teoría de Welzel son equivocados, pues no es adecuado asumir que la imputación en el Derecho penal esté determinada por aspectos metafísicos. Con ello, desecha la posibilidad de aceptar la existencia de las estructuras lógico objetivas, afirmando que esta labor debería construirse a partir de los procesos culturales y socio-jurídico culturales, de carácter empírico (1999: pp. 85-88).

A continuación, distingue la Política criminal de la Dogmática penal, ya que la primera surge como un intento por proponer soluciones a los problemas sociales que, a su vez, son concretados y definidos en ella. Sin embargo, formula un matiz significativo, pues estima que siempre se deben respetar los principios constitucionales limitadores del *ius puniendi* vigentes. En cambio, la Dogmática penal inicia su labor en el contenido de la ley que contiene la decisión de Política criminal, debiendo adaptarse metodológicamente para concretar la ley en la realidad fáctica, teniendo en cuenta el texto legal y las necesidades de la sociedad que está regulada por ella, expresadas en la Política criminal (Mir, 2003: pp. 269-270).

El alcance de dicho postulado se manifiesta en la teoría del bien jurídico, pues a partir de esa noción se fundamenta la aplicación de una pena si se produce una lesión relevante desde la perspectiva del daño social que excede del mero conflicto individual entre autor y sujeto pasivo. Debido a ello se pone de relieve que el Derecho penal necesita nutrirse de los aportes de otras ciencias sociales adicionales en la etapa de configuración de la legislación punitiva, de manera que sus disposiciones respondan a las necesidades e intereses de la sociedad, de acuerdo con los antecedentes fácticos del objeto de la regulación. Además, respecto de las etapas de juzgamiento y ejecución Hassemer estima que el conocimiento empírico igualmente debe ser considerado por el juez al momento de determinar la pena y su cumplimiento, ya que deben apuntar a que el condenado consiga en el futuro vivir socialmente sin volver a delinquir (1984: p. 38).

A partir de esta descripción general, cabe señalar que, a primera vista, esta corriente tendría ciertas características metodológicas que admitirían incorporar datos de la realidad fáctica relevante para interpretar la ley penal, sobre todo por la fuerte influencia ejercida por la Sociología. Sin embargo, al revisar las peculiaridades de las propuestas de sus representantes, se puede descartar totalmente la utilización de la metodología del funcionalismo radical, ya que la total dominación del método sociológico impide comprender a la ley penal en su aspecto valorativo, respetando al individuo como tal.

Tratándose de la metodología desarrollada por Roxin y Hassemer se puede distinguir elementos que contribuyen a incorporar datos de la realidad fáctica informado por la Criminología. Sucintamente, las decisiones que componen la Política criminal quedan estampadas en ley penal, también las razones de su configuración y los fines perseguidos con su dictación. Entonces si la Política criminal recogió antecedentes sobre el fenómeno delictivo regulado, estos materiales pueden ser utilizados en la interpretación de la ley criminal.

## 2.2. CONCEPCIONES DE LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL

El objetivo principal de este apartado es explicar el papel metodológico que ha tenido la interpretación de la ley penal en el trabajo de los juristas. Tal como recuerda Bellavista, el problema de la interpretación de la ley ha sido ampliamente desarrollado en el campo de la Teoría general del Derecho a partir de los problemas derivados de la teoría de las fuentes (1975: p. 1).

Para comenzar el análisis es necesario realizar una precisión conceptual, pues a lo largo de esta investigación se entenderá por ley penal, desde una perspectiva formal, aquella manifestación de voluntad de los órganos legislativos constitucionalmente autorizados (Bettioli, 1986: p. 124). Desde una perspectiva material la ley punitiva contiene normas jurídicas generales (Cerezo, 2006: p. 187) que establecen delitos y sus sanciones (Jiménez, 1973: p. 92). En ese sentido, los enunciados lingüísticos contenidos en la ley penal reflejan el desvalor social de las conductas descritas de forma abstracta (Sánchez, 2005: p. 32).

A continuación se debe recordar que el problema de la interpretación de la ley penal es un asunto reiterado en la obra de los principales juristas dedicados a esta disciplina. Es más, históricamente el rol de la actividad interpretativa ha sido cuestionado. Destacados pensadores ilustrados como Montesquieu y Beccaria manifestaron su rechazo a la actividad interpretativa, entendiendo que en los gobiernos republicanos los jueces deben seguir la letra de la ley (Montesquieu, 2002: p. 163), pues ellos no son legisladores y carecen de facultades de interpretar (Beccaria, 2014: p. 46). El origen de estas apreciaciones surge de la desconfianza profunda en la judicatura por temor a que burlen los mandatos del órgano político, realizando interpretaciones contrarias a la voluntad popular. En consecuencia, para ellos, la labor judicial debería ser mecánica, dedicada solamente a aplicar el silogismo judicial, asegurando con ello su fidelidad a la ley (Rivacoba, 1968: p. 134-135).

Esta postura ha recibido críticas pues, tal como señala Jescheck, “prohibir la interpretación supondría tratar de impedir que la vida ofrezca casos en los que el legislador no ha pensado” y obligaría a los jueces a olvidar sus sentencias anteriores (1980: p.14). Afortunadamente, esta concepción no es predominante en la Dogmática jurídico-penal de nuestra época. Por el contrario, se entiende que la interpretación de la ley es necesaria para determinar su contenido (Bettioli, Mantovani, 1986: p. 142).

Sin perjuicio de lo anterior, existen diversas concepciones de la interpretación, dependiendo de la noción de Derecho que cada autor asume y su postura metodológica. Esto es consecuencia del extenso debate en torno a la relación objeto-método. De las propuestas doctrinales sobre este tema, podemos anticipar que reproducen de forma limitada el debate desarrollado en la filosofía jurídica, respecto de si acaso estamos frente a una actividad cognoscitiva, escéptica o intermedia, normalmente, sin dar a conocer su punto de partida epistemológico.

Así, en torno a la extensión de la labor, algunos autores asumen un concepto amplio que comprende tanto la determinación de sentido de las expresiones como su aplicación. Por

ejemplo, Maurach señala que se trata de “la determinación del sentido de los preceptos jurídicos para el objeto de su aplicación a situaciones concretas de hecho” (Maurach, 1994: p. 142).

Otros destacados especialistas como Fiandaca acogen la distinción planteada en la Filosofía del Derecho, concibiéndola como una actividad constituida por el “el complejo de operaciones intelectuales que finalizan en la individualización del significado de la norma para aplicarla”. Sin perjuicio de ello, precisó que la voz interpretación también hace referencia al resultado de la labor interpretativa misma (Fiandaca, 2007: p. 111). Igualmente, Rivacoba asumió que este trabajo intelectual media entre los signos exteriores de la disposición jurídica y su contenido íntimo (1968: p. 136).

Por otro lado, Cid y Moreso están a favor de un sentido más restringido, pues entienden que la interpretación es una actividad cognitiva, distinta de su resultado, que se compone de enunciados interpretativos no susceptibles de calificación de verdaderos o falsos (1991: p. 148). En virtud de ello, el intérprete se debe limitar a constatar los casos genéricos que forman parte del núcleo de certeza de la norma respecto de aquellos que se encuentran en la zona de penumbra (1991: p. 150). Así, la Dogmática debe abstenerse y solamente describir el ordenamiento jurídico, sin desarrollar una labor valorativa, ni un procedimiento tópico, retórico o hermenéutico (1991: p. 152).

Cabe agregar que, desde la teoría lógica de las normas, Alonso asume una concepción más amplia de la interpretación entendiéndola como una actividad intelectual que comprende diversos niveles de análisis, compuestos por tipologías heterogéneas de casos difíciles. Así, en el primer nivel de *identificación* podremos distinguir las ambigüedades. En cambio, en el segundo nivel de *sistematización* aparecen las lagunas y contradicciones normativas o la coherencia o incoherencia entre las normas (2016: p. 361). La solución a cada uno de estos problemas exige al intérprete desarrollar razonamientos distintos según las necesidades de cada uno.

Luego, dependiendo de la posibilidad de conocer o crear el contenido de los enunciados normativos, algunos autores son partidarios de concebir la interpretación jurídica como una actividad cognoscitiva pues, según ellos, el intérprete puede y debe captar el contenido de la ley, buscando y descubriendo el sentido de la disposición conforme a un caso concreto (Jescheck, 1993: p. 135, Rodríguez, 1977: p. 104, Rivacoba, 1968: p. 136).

Finalmente, otro sector considera que esta actividad tiene naturaleza creadora, asumiendo un escepticismo moderado, al afirmar que la interpretación “tiene que extraer los elementos decisivos para un caso concreto” (Rodríguez, 1995: p. 190). Según Mezger su carácter creador surge de la formación conceptual realizada por la ciencia del Derecho, ya que tiene un cariz cognitivo, derivado de que su construcción necesita orientarse conforme a fines. Precisamente, esos valores siempre deben ser adecuados a la ley (1946: p. 149). De ello se desprende que la actividad interpretativa permite expresar el contenido del Derecho (Ramón, 2014: p. 121).

En definitiva, en todas estas propuestas se recogen arduos debates que han tenido lugar en la Filosofía jurídica. Para sintetizar, algunos autores asumen un concepto muy

amplio de interpretación, casi concibiéndola como sinónimo de metodología jurídica, y otros presentan propuestas más restringidas, usualmente diferenciando adecuadamente las tareas de interpretación y de integración de la ley. Seguidamente, tienen lugar diversas posturas que entienden la actividad interpretativa desde una perspectiva cognoscitiva, escéptica o intermedia. De esta forma, se reitera el panorama vigente en la Filosofía del Derecho, aunque con una serie de limitaciones teóricas que a continuación se explicarán.

### 2.3. NECESIDAD DE LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL

Tal como se ha señalado en las páginas anteriores, mayoritariamente la Dogmática jurídico-penal reconoce la necesidad de interpretar la ley. Esta actividad tiene gran importancia práctica, pues las leyes punitivas padecen de los mismos defectos sintácticos y semánticos de redacción que el resto de la legislación. Otra razón se funda en que el legislador utiliza expresiones que pueden ser entendidas de diversa forma según su uso común o técnico. Además, no debemos olvidar que una misma palabra puede poseer significados diversos dependiendo del contexto lingüístico en que se emplee (Di Giovine, 2016: pp. 128-137). Todos estos casos nos recuerdan que los problemas interpretativos son numerosos y sumamente comunes, pues tienen diversas fuentes de origen.

Es más, tal como reconoce Fiandaca, al momento de configurar un tipo penal el legislador debe propender a un equilibrio entre precisión y elasticidad de las expresiones que se contienen en el texto, por exigencia del principio de legalidad. Entonces, los signos lingüísticos no siempre pueden reflejar plenamente todas las facetas de los datos de la realidad que son abarcados en la letra de la ley, produciéndose una inevitable diferencia entre lenguaje y realidad (2007: p. 113).

Todo ello trasciende a la ley penal, de modo que encontraremos tipos penales abiertos o en blanco, la incorporación de elementos valorativos, conceptos jurídicos indeterminados o cláusulas generales (García Pablos, 2006: p. 827). Basta con pensar la situación de los elementos normativos de carácter extrajurídico, que presentan problemas para delimitar su contenido por su propia naturaleza, ya que encuentran su raíz en antecedentes sociales y valorativos que superan lo normativo. Asimismo, los conceptos jurídicos indeterminados plantean dificultades por remitir al intérprete obligatoriamente a categorías sociales y valorativas, que exigen ser subsanadas mediante la elaboración de un juicio valorativo, cotejando las características de la realidad social regulada por la disposición (Ossandón, 2009: pp. 109- 111).

A continuación, hay que hacer notar que existen otras dificultades interpretativas, en virtud de la redacción de las causas de justificación (Moreso, 2001: pp. 527-532), toda vez que su formulación normalmente está caracterizada por contemplar conceptos valorativos, densos y vagos. Por ejemplo, el uso de las expresiones “necesidad racional” como requisito de la legítima defensa o “evitar un mal propio o ajeno” en el estado de necesidad, enfrentan al intérprete a “proposiciones que presuponen un juicio de valor” (Moreso, 2001: p. 530). En todos estos casos estamos frente a conceptos valorativos densos, pues muestran un mayor contenido descriptivo, a diferencia de los conceptos valorativos ligeros cuyo contenido

descriptivo es muy escaso, como son las expresiones bueno, correcto o inmoral (2001: p. 530).

En pocas palabras, tal como señala García Pablos “una ley no es un producto definido y acabado” ni es absolutamente clara (2006: pp. 825-826), sino que contiene enunciados abiertos e incompletos que necesitan ser precisados. Por ello, a partir del resultado de la interpretación, se podrá determinar, dentro de los numerosos supuestos contemplados en abstracto por la disposición, aquellos que deben aplicarse a los casos concretos (Rodríguez, 1967: p. 103). Este abanico de posibilidades nos muestra que se trata de una operación intelectual indispensable para delimitar las conductas que pueden ser subsumidas en la ley.

En definitiva, este panorama deja entrever numerosas razones para afirmar que no solamente deben interpretarse las disposiciones jurídicas oscuras, sino que toda ley penal necesita de esta labor (Rivacoba, 1968: p. 136). No obstante, hay que tener presente que esta distinción teórica necesita diferenciar el grado de dificultad del problema pues, tal como precisaba Gianformaggio, se requiere averiguar si estamos frente a una interpretación noética o dianoética, en cuyo caso se exige al intérprete desarrollar razonamientos más o menos complejos.

#### 2.4. FINALIDAD DE LA ACTIVIDAD INTERPRETATIVA DE LA LEY PENAL

Otra pregunta relevante dice relación con aquello que persigue el intérprete al realizar esta actividad intelectual, tomando en consideración las diversas posturas desarrolladas por los juristas sobre todo en la Filosofía del Derecho. En primer lugar, si asumimos las doctrinas subjetivas el hermeneuta debe buscar la intención o voluntad de la autoridad normativa, ya sea que se persiga la intención del legislador, o bien, se busque el significado original de un documento normativo. Ello inoide en la Dogmática jurídico-penal en el debate que pretende determinar si la interpretación busca averiguar la voluntad del legislador histórico o de la ley (Polaino, 1984: p. 429).

Como muestra de lo anterior, basta constatar la crítica generalizada a vertientes subjetivas en la interpretación de la ley penal, incluso Bettiol y Mantovani señalaron que era una posición insensata. Los argumentos que fundan estos reparos son similares a los desarrollados por los iusfilósofos, ya que se debe aceptar que el legislador en nuestra época no es un ente unipersonal y su concepto solamente se sustenta en una ficción (García Pablos, 2006: p. 824). Además, es usual que las intenciones de quienes concurren a aprobar las leyes estén fundadas en objetivos diversos e incompatibles. Acto seguido, los redactores del texto normativo no pueden prever todos los casos aplicables. Finalmente, asumir una postura subjetiva promovería la rigidez en el contenido de la ley penal (Antolisei, 1988: p. 59).

Consiguientemente, en nuestra disciplina la mayoría de los autores manifiestan opiniones a favor de alguna corriente objetivista. Por ejemplo, Jimenez de Asúa se acerca en forma moderada a una posición originalista, pues afirma que la interpretación busca hallar la voluntad de la ley, pero no la del legislador (1964: p. 440). En cambio, Cobo y Vives sostienen que se debe fijar el sentido objetivo de la ley (1987: p. 79). Con todo, Rodríguez

asume una postura matizada, pues asevera que la labor interpretativa busca indagar el verdadero sentido de la norma conforme al caso concreto en que se debe aplicar (1977: p. 268).

Sin perjuicio de ello, Roxin defiende una postura intermedia al entender que no es posible reconocer la existencia de un ente que sea el legislador, creador de un texto legal, razón por la cual estamos impedidos de conocer su voluntad. Ahora bien, admite que el intérprete debe apegarse a la “decisión valorativa político jurídica del legislador histórico” (2008: pp. 150-151). Finalmente, su afirmación puede criticarse pues, esa valoración consagrada en la Política criminal de una comunidad puede haber cambiado sustancialmente con el paso del tiempo. A pesar de ello, la ley que mantiene su vigencia, debe tener un contenido y ser aplicada. Entonces, es necesario realizar una interpretación progresiva que permita adaptar su contenido a las valoraciones vigentes al momento de su aplicación. Así, un grupo extenso de autores abogan por realizar interpretaciones que permitan dar una aplicación actual a los textos legales, por ende, proponen una labor progresiva.

## 2.5. EXIGENCIAS DE LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL

Para empezar, hay que tener en cuenta que la labor interpretativa de la ley penal presenta características peculiares derivadas de la aplicación del principio de legalidad. Como es conocido, este axioma consagra la supremacía legal en el Derecho punitivo. A partir de ello, deriva el principio de taxatividad o determinación, que abarca la necesidad de delimitación del delito y la pena, como una forma de contribuir a alcanzar la certeza y seguridad jurídica (García Pablos, 2006: p. 478). Así, una manifestación de este principio se expresa en la consagración de una garantía para el ciudadano, pero también un deber especial para el legislador de redactar leyes punitivas conforme a límites claros.

Específicamente, impone una exigencia mayor en la redacción de la ley penal, pues tal como señaló Wessels, es necesario que los tipos penales contengan características descritas en forma concreta para proceder a su interpretación. Si bien es cierto que la legislación penal posee cláusulas generales y conceptos cuyo contenido debe obtenerse de valores, igualmente es necesario que los tipos penales estén fijados lo más limitadamente posible (1980: p. 14). En ese sentido un texto bien escrito facilita la labor del intérprete (Di Giovine, 2016: pp. 128-129) y contribuye a conseguir la añorada seguridad y certeza jurídica.

Las razones que fundamentan estas limitaciones surgen de las consecuencias jurídicas de la resolución del problema interpretativo, pues la aplicación de una pena o la impunidad dependerán de la labor interpretativa (Muñoz, 1996: p. 124), vinculada a los fines que persigue el Derecho penal (Hurtado, 1992: p. 348). Cabe agregar que una adecuada descripción de las leyes penales confiere a los ciudadanos un mecanismo efectivo de control del ejercicio del *ius puniendi* estatal (Gómez, 2008: pp. 40-41). Vale la pena recordar la razón que subyace al reconocimiento de este principio en el Derecho penal, deriva del respeto de la autonomía personal de los individuos, en orden a tomar decisiones sobre sus planes de vida (Moreso, 2001: p. 532).

Otro aspecto discutido surge de la vinculación entre el principio *indubio pro reo* y la interpretación de la ley penal. Una mirada rápida del asunto puede mover a conclusiones; sin embargo, no hay que olvidar que los alcances de este axioma son de naturaleza eminentemente procesal, concretamente de valoración de la prueba; por lo tanto, no compete al Derecho penal. Entonces, no es una máxima que deba aplicarse a la interpretación de la ley penal. Por el contrario, lo que debe hacer el intérprete es atribuir sentido al texto legal, independientemente de que el resultado de la actividad sea favorable o desfavorable al reo, ya que el intérprete busca el contenido de la ley (García Pablos, 2006: p. 830).

Según se mencionó anteriormente, otro problema complejo se presenta en la redacción de las causas de justificación y su relación con el principio de legalidad, en la medida que aceptemos que “la taxatividad es una cuestión de grado” (Moreso, 2001: p. 534). Según Roxin, las causas de justificación se refieren a circunstancias que se aplican ampliamente a los tipos penales, sentando principios de orden social (1997: p. 286). Las dificultades teóricas surgen pues su incorporación en los ordenamientos jurídicos punitivos busca dar certeza jurídica a los jueces, brindando pautas legales para eximir de responsabilidad al que desarrolló una conducta típica, las que se construyen recogiendo las disposiciones consagradas en otras ramas del Derecho.

Ahora bien, si se persiguiera la certeza total en su configuración solamente podrían emplearse rígidas técnicas de redacción. Por ello, una posibilidad es componerlas de forma extremadamente casuística. La segunda opción consiste en incorporarlas en cada tipo penal. De ambas alternativas se desprendería, probablemente, la infra-inclusión de casos que efectivamente se encuentran comprendidos en la razón subyacente que les da origen (Moreso, 2001: p. 536). En síntesis, la propuesta que intenta compatibilizar la complejidad de su contenido y el principio de taxatividad, supondrá necesariamente “limitar la fuerza de la taxatividad” para conseguir causas de justificación más flexibles, que puedan adaptarse a nuevas circunstancias difícilmente previsibles por el legislador (Moreso, 2001: p. 538).

## 2.6. LÍMITES DE LA ACTIVIDAD INTERPRETATIVA DE LA LEY PENAL

Para analizar este asunto debemos remontarnos a los resultados de la actividad interpretativa. Como es sabido, según ese criterio se distingue la *interpretación restrictiva*, *declarativa* y *extensiva*. Tratándose de la primera, el intérprete concluye que el significado de la disposición coincide con su tenor literal. Por otro lado, en la *extensiva* incorpora en el resultado “el máximo de acepciones” (García Pablos, 2006: p. 848). Ahora bien, la *restrictiva* tiene lugar cuando solamente comprende algunos de los posibles significados abarcados en el tenor literal. Es indispensable destacar que las tres conclusiones mencionadas imponen al intérprete un límite determinado por el tenor literal de la disposición (García Pablos, 2006: p. 848).

De estas posibilidades la que presenta mayor dificultad en la interpretación del Derecho punitivo es la *extensiva*, por su vinculación con la analogía. Sobre ello es relevante tener en cuenta ciertas precisiones conceptuales y metodológicas relevantes que no han sido necesariamente tratadas por la Dogmática jurídico-penal nacional.

En primer lugar, hay que traer a la memoria que no existe solamente un concepto de analogía, a pesar de su gran importancia en diversas disciplinas, por ello, es posible repasar una pluralidad de conceptos (Atienza, 1986: p. 15). En términos generales, una opción es entenderla como la proporción o semejanza entre relaciones. También se concibe como un “argumento que permite pasar de lo particular a lo particular, de lo semejante a lo semejante” (Atienza, 1985: p. 223), sin olvidar que no se trata de una operación estrictamente lógica, sino que también tiene un contenido axiológico (Atienza, 1985: p. 224).

Comúnmente, la analogía permite resolver distintos problemas. Operará frente a una laguna normativa y cuando una norma vigente reciba una aplicación extensiva a un supuesto no previsto por ella. Su utilización es ventajosa, pues facilita una solución jurídica similar a casos que son diferentes, pero que comparten algunos elementos semejantes. Además, con este razonamiento se optimiza la estructura del Derecho y proporciona herramientas para lograr seguridad jurídica. Finalmente, constituye un instrumento de justificación formal que busca concretar el principio de igualdad (Atienza, 1985: pp. 224-227).

Respecto de su rol en el Derecho punitivo, Atienza destaca que si bien en el Derecho penal se aplica el principio de legalidad, no se puede afirmar categóricamente que la analogía no tiene ningún papel “más allá de hacer extensivos los efectos favorables de sus normas, incluso en países cuyo ordenamiento jurídico descansa en los principios del liberalismo democrático” (1985: p. 227). Frente a ello, se debe revisar si existe alguna diferencia entre analogía e interpretación extensiva. Luego, si se acepta la distinción, surgen dudas sobre los casos en que ella será permitida, sin llegar a desarrollar una argumentación analógica que trasgreda el principio de legalidad, en materia penal (Fiandaca, 2007: p. 106).

En torno a la primera pregunta, es preciso indicar que en la Filosofía jurídica se han desarrollado diversas posturas. Una de ellas entiende que se trata de dos actividades distintas, asumiendo que la interpretación extensiva “extiende el contenido de una norma jurídica a casos no previstos, sin salirse de la norma” y que la analogía supone aplicar una norma superior a partir de la cual se crea otra norma (Atienza, 1987: p. 274). Pero, por otro lado, se ha afirmado que interpretación extensiva y analogía son un mismo proceso de argumentación lógica (Atienza, 1987: p. 275), cuyo objeto es imposible de deslindar totalmente, descartando criterios distintivos propuestos por los teóricos.

A pesar de este debate, la mayoría de los juristas dedicados al estudio del Derecho criminal dan por supuesto que se trata de dos actividades argumentativas distintas. A partir de ello, en un intento de resguardar el principio de legalidad, limitan el uso de la analogía *in malam partem* declarándola prohibida. Así, García Pablos señala que estaremos frente a ella cuando utilizando estos argumentos “se cree un título de responsabilidad penal o una circunstancia de agravación de ésta”, en cuyo evento el juez excedería sus facultades para terminar convirtiéndose en un legislador en el caso concreto que resuelve (2006: pp. 499-500). Teniendo a la vista la razón detrás de la prohibición, no parece haber inconvenientes para aceptar la analogía *in bonam partem*, aunque otro sector de la doctrina rechaza ambas posibilidades (Fiandaca, Musco, 2007: p. 108).

Seguidamente, hay que destacar que el problema de establecer la frontera entre la analogía permitida y prohibida ha sido tratado con mayor profundidad, surgiendo distintas

respuestas. Una opción consiste en entender que el margen está fijado por el límite máximo del sentido literal posible del precepto penal (Ramón, 2014: p. 133), en cuyo caso exceder ese marco traería consigo la analogía prohibida (Roxin: 1997 p. 140).

Con todo, Roxin advirtió que si bien podemos encontrar una igualdad entre ambos razonamientos, el tenor literal considerado aisladamente, no contribuye a fijar el tope de lo prohibido penalmente; por el contrario, la decisión se justificaría revisando el tenor literal a la luz de consideraciones político criminales. Solo así el intérprete podrá distinguir aquello que se ubica dentro o fuera del tenor literal, restringiendo su actividad a resultados que queden comprendidos en él (2008: pp. 153-154). Solamente queda por agregar que otra opción metodológica afirmó que el resultado de la interpretación extensiva puede graduarse, aunque siempre acotado al campo del tenor literal (Ramón, 2014: p. 134).

En cambio, Jescheck desarrolló una solución diversa al cuestionar la existencia de la interpretación extensiva ya que lo determinante sería hallar el sentido razonable de la disposición, de modo que cualquier resultado que lo supere será analogía prohibida (Jescheck, 2002: p. 169). Igualmente, se ha señalado que, en todo caso, la interpretación extensiva es lícita en la medida que la conclusión se obtenga utilizando los métodos interpretativos autorizados por el Derecho, con independencia de que sea favorable al reo (Mir, 2005: p. 124).

De esta forma, un tema que parecía mayoritariamente afinado en la doctrina penal muestra grietas, al reconocer que es sumamente difícil distinguir la analogía prohibida de la permitida, tomando en cuenta la complejidad de precisar resultados interpretativos que den lugar a conclusiones restrictivas, extensivas o declarativas.

### 3. MATERIALES PARA LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA DE LA LEY PENAL

#### 3.1. REFERENCIA A ELEMENTOS DE INTERPRETACIÓN

Para comenzar el análisis, es necesario formular una precisión terminológica, pues los autores generalmente utilizan diversas nomenclaturas al referirse a los cánones de interpretación. Chiassoni advierte que existen directivas interpretativas en tres niveles. Respecto de las directivas de primer nivel detentan una inmediata eficiencia hermenéutica y reciben distintas denominaciones; por ejemplo, son conocidas como cánones, elementos, medios, métodos, entre otros (2011: p.89).

A lo largo de este apartado se exhibirá el estado actual del debate sobre los elementos de interpretación. Hay que advertir que la Dogmática jurídico-penal ha analizado abundantemente el problema de los elementos interpretativos, es decir, las directrices de primer nivel. Mientras los razonamientos interpretativos resultarán de la aplicación de distintas directrices y cánones, no podemos olvidar que estamos frente a una actividad unitaria (Fiandaca, et al., 2007: p. 117).

Precisamente, se debe dejar constancia que la Dogmática jurídico-penal nacional ha dedicado larguísimas páginas al estudio de los cánones de interpretación, aunque sin agotar su complejidad, descuidando gravemente el análisis de las directivas que operan en los otros niveles de la actividad interpretativa; por ende, quedan sin respuesta numerosos problemas para determinar la operatividad de las directivas de primer grado cuando se contradicen entre sí, o explicar el funcionamiento de las directrices de tercer nivel. Una excepción que confirma la regla es el trabajo de Antonio Bascuñán a propósito de las reglas de interpretación del Código civil chileno y su sistematización.

Por lo antes dicho, la doctrina penal deberá dedicar mayores esfuerzos a su estudio considerando rol fundamental para medir la razonabilidad de los resultados interpretativos propuestos, evitando con ello el sincretismo metodológico criticado por Silva (2006: p. 369). Por añadidura, en ese contexto se podría discutir sobre la incorporación de otros datos empíricos en la labor interpretativa.

Tal como se ha adelantado, la interpretación de la ley penal tiene singularidades derivadas del respeto del principio de legalidad. Conjuntamente, debe emplear las técnicas y procedimientos previstos por la semiótica y la semántica (Sánchez, 2005: p. 36), respetando los cánones regulados por el legislador, sin perjuicio de aceptar que estas disposiciones no tienen rango constitucional. Todos estos esfuerzos deben encaminarse a elaborar buenas razones que expliquen cómo el intérprete arribó al resultado interpretativo.

En términos generales, existe una postura predominante en la doctrina jurídico-penal, que entiende que la actividad interpretativa no puede ejecutarse sobre la base de consideraciones estrictamente gramaticales (Silva, 2006: p. 369). Incluso más, en nuestros días se ha propiciado con bastante fuerza, la utilización de metodologías antiformalistas, advirtiendo que ellas no conducirán a resultados arbitrarios (Di Giovane, 2016: p. 127) en la medida que sea revisada la construcción formal y material de sus razonamientos (Di Giovane, 2016: p. 142).

Seguidamente, es aceptado que la atribución de sentido a los textos normativos legales, en materia penal, responde a la utilización de criterios gramaticales, históricos, sistemáticos y teleológicos, aunque todavía falta conocer la forma como se relacionan entre sí y las razones que tuvo el intérprete para hacerlos funcionar en cierto orden. A pesar de esta diversidad de expresiones, conceptos, y metodología, se destaca el amplio consenso de opiniones a favor de utilizar la finalidad del precepto penal (Maurach, 1994: p. 148).

Para comprobar las características del debate actual, debemos revisar las diversas denominaciones utilizadas y sistematizaciones heterogéneas. Así, Rivacoba emplea la nomenclatura “métodos” refiriéndose a los procedimientos, criterios u orientaciones del razonamiento del intérprete que “le permiten pasar de los signos exteriores al contenido de la ley” (1968: p. 146) y los elementos como aquellos datos o materiales que permiten desarrollar la labor (1968: p. 164).

Por otro lado, Antolisei entiende que los métodos serán lógico-constructivo y teleológico (1988: p. 61), mientras que Velásquez señala que los medios interpretativos no deben confundirse con los elementos que lo integran (2009: p. 338). Igualmente, Maurach

afirma que los medios de interpretación serán los elementos de Velásquez. Mientras Jiménez indicó que los medios de interpretación son el gramatical y el teleológico sin precisar qué entiende por medios (1964: p. 444).

Otra sistematización desarrolló Sainz, quien afirmó que los medios pueden ser intrajurídicos o extrajurídicos (1985: p. 115). De este modo, en los internos ubica la letra de la ley, el sistema jurídico y los principios generales del Derecho, mientras que “son extrajurídicos la génesis de la norma, el fin que ella persigue, el instrumento histórico, la legislación comparada, la lógica, los elementos irracionales” siendo estos últimos, por ejemplo, los de conveniencia política (1985: pp. 117-118).

Un esfuerzo por continuar aumentando el número de autores que propone nomenclaturas y conceptos distintos no contribuye a mejorar la situación actual. Con todo, debemos recordar que la Teoría general o estándar de la interpretación de la ley no desarrolla un único modelo correcto aplicable, ni menos fija una exclusiva nomenclatura como válida. El problema se complica si recordamos que el trabajo de la Dogmática jurídico-penal solamente ha desarrollado contenido de las directivas primarias, sin estudiar las directivas secundarias y de tercer grado, lo que plantea desafíos en torno al progreso teórico de la interpretación de la ley penal.

Tomando en consideración lo anterior, para avanzar en esta investigación se empleará la clasificación propuesta por Velásquez que distingue medios y elementos de interpretación. Los primeros podrán ser semánticos o lógicos, dependiendo si la actividad intelectual se realiza con arreglo al tenor literal de la ley o bien se apoya en la lógica, respectivamente (2009: p. 338). La razón se encuentra en su claridad conceptual y completitud. Mediante este aparato conceptual se sustentará una revisión de las diversas propuestas desarrolladas por otros juristas, con otras nomenclaturas y contenidos sustantivos. Todo ello, sin perder de vista que estos elementos, a su vez, pueden organizarse según sean criterios intra-jurídicos o extrajurídicos.

Concretamente, su propuesta ofrece un mejor sistema pues entiende que los elementos son cosas que sirven para algo. Así, la semántica y lógica permiten determinar el significado de las expresiones contenidas en la ley. Dentro de esos medios, podemos apreciar como elementos constitutivos del medio semántico a la sintáctica, gramática y los elementos jurídico-terminológicos. Finalmente, serán elementos del medio lógico el racional, histórico, sistemático y político. También su análisis es más completo porque comprende mayores elementos dentro de los medios semánticos.

En términos sencillos, la interpretación semántica intenta determinar el contenido de la ley atendiendo al significado propio de las palabras utilizadas (Jiménez, 1964: p. 444). Se trataría del método interpretativo más elemental (García Pablos, 2006: p. 831). Continuando con el análisis de Velásquez, se debe distinguir el elemento sintáctico en cuya virtud es posible interpretar valiéndose de la sintaxis y reglas gramáticas en la composición de frases y oraciones.

Seguidamente, el elemento gramatical propiamente dicho busca determinar el sentido de las palabras según el significado que ellas tengan en el lenguaje común, mientras que el

elemento filológico analiza la evolución de la lengua. Finalmente, comprende el elemento jurídico-terminológico tomando como base el lenguaje especial empleado por el legislador, sin prescindir de un mínimo del sentido general de las palabras (2009: pp. 338- 339). Con todo, no debemos olvidar la advertencia de Fiandaca y Musco de que el amplio espacio semántico del lenguaje concreto ofrece al intérprete un espacio de elección (2007: p. 117).

Ahora bien, de acuerdo con Velásquez, dentro del medio lógico se ubica la lógica formal y material, la que opera subsidiariamente y en forma complementaria del elemento y se utiliza para realizar un control del resultado de la aplicación del primer medio, el que alberga los elementos racional, teleológico, sistemático, histórico y político social (2009: p. 342) y, en rigor, estos elementos son los más ampliamente analizados por la Dogmática jurídico-penal.

### 3.2. ELEMENTOS DE LA INTERPRETACIÓN POR MEDIOS SEMÁNTICOS

#### 3.2.1. ELEMENTO GRAMATICAL

En términos generales, Bettioli entiende que la *interpretación gramatical* corresponde a la primera etapa de la labor interpretativa, reconociendo que normalmente es insuficiente en su propósito (1986: p. 148); por lo tanto, requerirá ser complementada por otros elementos (Rodríguez, 1998: p. 270, Rivacoba, 1965: p. 154). La finalidad que persigue consiste en “determinar el sentido de las expresiones lingüísticas contenidas en las disposiciones de acuerdo al lenguaje usual o al más culto, incluso buscar su significado etimológico, o bien, conforme al lenguaje técnico jurídico” (Luzón, 2004: pp. 165-166).

Si bien se ha reconocido su relevancia, también hay consenso respecto a la utilización en los casos difíciles, ya que usualmente un razonamiento interpretativo que emplea en forma exclusiva el elemento gramatical estará incompleto, proporcionando un resultado extremadamente formalista. Por esta razón se propicia su empleo complementado por los otros elementos (Muñoz, García, 1996: p. 129), aunque esta advertencia ha sido desatendida en nuestra cultura jurídica y, al igual que en otras disciplinas, la jurisprudencia penal se muestra propensa a aplicarlo en forma autónoma y excluyente.

Para su empleo deben ser tenidos en consideración diversos aspectos. En primer lugar, existe consenso en que el lenguaje jurídico no es inalterable, ya que no existen conceptos jurídicos uniformes; es más, tratándose del Derecho punitivo esta afirmación se vincula con las características de los valores protegidos por el Derecho criminal y las agresiones que se ejercen en su contra (Maurach, 1962: p. 108). Otros problemas adicionales se producen en los casos en que la ley penal adopta una expresión lingüística que tiene un significado usual y otro técnico, en cuyo caso, no se debe adoptar mecánicamente el segundo, sino que el intérprete necesita revisar “la conexión de los vocablos y el sistema en que figuran” (Jiménez, 1964: p. 445).

En cuanto a su utilidad, tradicionalmente se ha señalado que este elemento es fundamental para la interpretación jurídico-penal por las exigencias derivadas del respeto del

principio de legalidad vigente en el Estado de Derecho (García Pablos, 2006: p. 831). Concretamente, el contenido de las expresiones legales serviría de límite fijando el contenido máximo que puede tener una disposición de acuerdo a los posibles significados del tenor literal (Luzón, 2004: p. 165). Por ello, una de sus versiones, impide la petrificación de la ley, en virtud de una aplicación excesiva del formalismo jurídico (Jescheck, 2002: p. 142).

Se suma a lo anterior que este elemento contribuye a establecer la extensión máxima del ámbito de aplicación de los preceptos penales (Rodríguez, 1990: p. 270). Es el principal instrumento para marcar el límite de la analogía prohibida en el trabajo de los juristas dedicados a la Dogmática penal (García Pablos, 2006: p. 832). Por ello, en forma usual se ha expresado que fuera de ese margen encontraremos una “creación jurídica complementaria” (Jescheck, 2002: p. 142). Entonces cualquier interpretación que sobrepase aquel margen vulneraría de la autolimitación que se impone el Estado, mediante el *nullum crimen sine lege* y carecerá de fundamentación democrática (Roxin, 2008: pp. 149-150).

También advierte García Pablos que este elemento opera como punto de partida de la labor del intérprete, contribuyendo a generar un indicio del resultado, pero por sí solo no es suficiente para fijar el sentido de la disposición. Por el contrario, será necesario apoyarse en otros elementos verificando la rectitud de la interpretación (2006: p. 832). A modo de recapitulación, el autor español estimula a utilizarla con cautela, sin perder de vista las múltiples dificultades que presenta el idioma para la delimitación del contenido de las leyes, en especial las punitivas (2006: p. 832). A esta advertencia se debe añadir la complejidad derivada de la manipulación del uso del elemento del tenor literal (Roxin, 2008: p. 154).

En la doctrina penal chilena Novoa señala que, conforme lo previsto en el artículo 19 del Código de Bello, el intérprete debe examinar el texto de la ley, a partir de lo cual podrá concluir si tiene un contenido claro o si parece dudoso (2005: p. 134). Respecto de estas posibilidades, si sostiene su claridad deberá atenerse a dicho resultado. Por el contrario, si estima que es dudoso corresponde aplicar el artículo 20 del citado código, es decir, preferir el sentido de las expresiones. Por lo tanto, en primer lugar, se entenderán las palabras en su “sentido natural y obvio”, no obstante, si ellas son de naturaleza técnica, se tomará el contenido que le brinde la ciencia o arte que la comprende (Novoa, 2005: pp. 134-135).

Esta propuesta pasa por alto algunas dificultades profundas al no cuestionarse cuándo un texto legal tiene un significado claro y si se trata algo diferente del tenor literal. Además queda abierta la interrogante de si es posible desatender el tenor literal cuando se den razones fuertes que justifiquen su abandono (Núñez, 2016: pp. 141-142). Se suma a ello que no se reconocen los defectos derivados asuntos semánticos, sintácticos o pragmáticos (Núñez, 2016: p. 143).

Del tratamiento penal que se ha dado al elemento gramatical se puede advertir que los juristas han omitido varios problemas metodológicos destacados por los iusfilósofos, por lo que se presentan diversas dificultades para propiciar su aplicación. En cuanto a la plausibilidad de utilizarlo como elemento para incorporar los datos criminológicos a la interpretación de la ley penal, a simple vista, el empleo de expresiones técnicas podría sugerir indirectamente que es posible acudir a los aportes de dicha disciplina para colmar de

contenido sus palabras. Preliminarmente, podría concluirse que su empleo sería idóneo respecto de otro tipo de expresiones referidas a fenómenos constatables.

### 3.3. ELEMENTOS POR MEDIOS LÓGICOS

El análisis se debe iniciar desde una perspectiva metodológica, recordando que el origen de la utilización de este elemento se encuentra en la necesidad de superar el formalismo jurídico excesivo, a partir de las propuestas neokantianas. Expresa la retirada del método conceptualista y el positivismo legalista (Silva, 2006: p. 389), abandonando sugerencias interpretativas marcadas excesivamente por tendencias sociológicas (Jiménez, 1964: p. 449).

Recogiendo los aspectos centrales García Pablos ha señalado que este tipo de interpretación pretende “delimitar el objeto de protección de la norma” (2006: p. 389) debiendo considerar los valores fundamentales del orden jurídico (Jescheck, 1993: p. 137). Con esa finalidad, busca establecer el fin último para el cual la disposición fue creada teniendo en cuenta el *telos* de la institución jurídico penal, del orden jurídico punitivo y del Derecho en general. Se trata de un elemento que convoca al intérprete a recordar las valoraciones y ser sensible a la materia referida a ellos. Por esta razón, se introducen consideraciones de carácter ético que fundamentan el contenido de la ley penal y sus instituciones (Bettioli, 1986: pp. 151-152).

El uso de este elemento presenta una amplia utilidad y ventaja, tomando en cuenta que el *razonamiento teleológico* exige buscar la finalidad objetiva y actual del precepto, permite la adaptación de la disposición a nuevos acontecimientos, conocimientos y situaciones que el legislador histórico no tuvo en consideración al dictarla (Maurach, 1994: p. 151). A causa de ello, se pueden desarrollar interpretaciones progresivas o evolutivas (García Pablos, 2006: p. 839), aproximándolas a una ideología dinámica de la interpretación, evitando que los razonamientos interpretativos tengan un carácter extremadamente formalista (Morrillas, 1990: p. 274). Entonces, cuando se interpreta un tipo penal es posible actualizar el contenido de la ley y captar su potencialidad (Fiandaca, et al., 2007: p. 121).

Desde otra perspectiva, Jiménez de Asúa entiende que en la labor interpretativa la denominada *interpretación teleológica* debe valerse de diversos elementos: “*telos* y *ratio legis*, conjunto sistemático, elemento histórico, derecho comparado y extranjero, elemento extrapenal y extrajurídico”. En particular, el elemento *telos* y *ratio legis* está inspirado en la necesidad de formar conceptos que no obedezcan a un pensamiento extremadamente formalista, ni tampoco a un excesivo sociologismo, exigiendo buscar el fin para el cual fue establecida la ley, teniendo en cuenta su vinculación con el resto del ordenamiento jurídico (1964: p. 449). Además, este método posibilita revisar las consecuencias de ciertos resultados interpretativos (Maurach, 1994: p. 151).

Con respecto a los requisitos de procedencia del *elemento teleológico*, Silva recuerda la necesidad de asumir ciertas premisas metodológicas. En primer lugar, es indispensable aceptar la existencia de un *telos* regulativo. A continuación se debe admitir que ese *telos*

regulativo no siempre se expresa en el texto de la ley, o bien, se enuncia de forma incompleta. En tercer lugar, es fundamental que dicho *telos* sea enunciado. Finalmente, una vez asignado, se necesita reconstruir el sentido en términos de racionalidad teleológica, es decir, configurarlo como un medio para alcanzar cierto fin (2006: p. 373).

Tratándose del primer presupuesto, se trata del más elemental, pues supone asumir que existe un *telos* o “fin de regulación”, “idea fundamental” o “razón justificante”. Aceptando esta idea tendremos dos opciones metodológicas. La primera implicará reconocer su naturaleza subjetiva, por lo tanto, estará referida a los fines que el legislador histórico pretendía con la dictación de la ley. En cambio, si tiene un carácter objetivo, se asumirá que el enunciado penal que se intenta interpretar persigue un fin distinto e independiente al buscado por el legislador histórico. Cabe recordar que subsisten numerosos cuestionamientos sobre qué es la finalidad objetiva y cómo la obtiene el intérprete (Silva, 2006: pp. 373-375).

Respecto de la primera pregunta, es decir, qué entendemos por *telos*, la postura doctrinal mayoritaria entiende que el fin perseguido es la protección de bienes jurídicos; por esto, el intérprete necesita indicar “el interés tutelado, su naturaleza y cómo se puede saber cuál o cuáles de los bienes jurídicos protegidos por ella”. Esta labor siempre debe desarrollarse analizando y respetando la perspectiva material, concretamente “el hecho social que fue tenido como base de la norma” (Velásquez, 2009: p. 340). Consiguientemente, en la Parte especial contribuye a formar el criterio ordenador de los tipos penales, mientras que en la Parte general indica la función objetiva de cada precepto, ya sea como garantía del ciudadano o instrumento del *ius puniendi* (García Pablos, 2006: p. 839).

Considerando los antecedentes se ha llegado a decir que es el instrumento más idóneo y que debería prevalecer para captar el sentido de la ley penal (Morillas, 1990: p. 274). De este modo, en caso de conflicto entre la llamada interpretación literal (que se vale del medio literal) y la teleológica, el resultado de la interpretación será permitido en la medida que se enmarque en los límites de los posibles significados de las palabras (Maurach, 1994: p. 151).

No obstante lo anterior, Jakobs desarrolló otra postura, pues criticó fuertemente el concepto de bien jurídico, en virtud de ciertas limitaciones en torno a su construcción y contenido. A partir de ahí afirmó que lo lesionado con el delito se refiere a la oposición a una norma subyacente (1997: p. 46) que concreta el incumplimiento de un deber de respetarla, es decir, expresa la exteriorización negativa de comportarse como se debía (1997: p. 54). Entonces, el sentido de las leyes penales sería asegurar la vigencia de las normas que son infringidas, buscando la paz jurídica y el adecuado funcionamiento del sistema jurídico para mantener la “configuración social y estatal” (1997: p. 43), excluyendo la tutela de intereses concretos, individuales o colectivos.

En cambio, Silva Sánchez indica que el análisis del *telos regulativo* comprende consideraciones basadas en las consecuencias fácticas que intenta alcanzar el Derecho penal con las normas y principios axiológicos de rango constitucional e infra constitucional. Dichos fines se concretan en la Política criminal que se ve expresada en la Parte general y en la Parte especial del Derecho penal (2006: p. 376). De este modo, es fácil advertir que dichas consideraciones no se obtienen sencillamente: por lo mismo, el autor se manifiesta contrario a la idea tradicional consistente en que el *telos* de la ley se descubre.

En este sentido señala que es posible obtenerlo a partir de la interacción que se desarrolla entre el legislador que dictó el texto legal y el intérprete. Para ello es indispensable que la interacción atribuya premisas de rango constitucional o supraconstitucional, enunciados legales más generales que el interpretado, enmarcado en diversas corrientes doctrinales (2006: p. 376). De este modo, el autor acoge la propuesta de Alexy en torno a que siempre la interpretación teleológica necesita sustentarse en un marco teórico previo cuyo fundamento estaría en los “fines resultantes de la toma de decisiones sobre bases de argumentación racional por parte de la comunidad de sujetos en el marco del ordenamiento jurídico” (Silva Sánchez, 2006: p. 375).

El segundo presupuesto para la procedencia de este elemento interpretativo consiste en asumir que el *telos* de la ley no se expresa en la disposición legal, o bien, está expresado de forma incompleta en el tenor literal (Silva, 2006: p. 376). El fenómeno encuentra su origen en los casos de *sobreinclusión* o *infrainclusión* de términos en los enunciados lingüísticos del texto de la ley penal. Ello es consecuencia del proceso de desnormativización, entendida como la tendencia que propende incorporar en los textos legales elementos descriptivos, limitando la utilización de expresiones valorativas, asumiendo que esta redacción facilitaría la aplicación de las disposiciones legales. Lejos de producir los efectos esperados esta técnica legislativa ha traído consigo mayor vaguedad, en virtud de fomentar la incorporación legal de cláusulas generales, elementos normativos, leyes penales en blanco, entre otras.

Para remediar esa vaguedad se ha fomentado la utilización de la interpretación restrictiva tratándose de casos de *sobreinclusión* y la interpretación extensiva, teleológica y la analogía respecto de la *infrainclusión* (Silva, 2006: p. 378); por lo tanto, según Silva, el mayor campo de aplicación de la interpretación teleológica se presenta en los intentos de solucionar la disconformidad entre la respuesta que se desprenda del sentido literal de la disposición interpretada y el “conjunto de supuestos de hecho pretendidamente comprendidos en su fin regulativo” (2006: p. 378).

La tercera premisa supone aceptar que es posible averiguar el *telos* regulativo de los enunciados jurídico-penales. Para ello se han planteado dos opciones viables. La opinión tradicional utiliza el concepto de bien jurídico como herramienta que permite encontrar el fin de la disposición y, según Luzón, este criterio revisa la finalidad objetiva de la ley y las valoraciones explícitas o implícitas de las disposiciones. Asimismo, analiza los objetivos de Política criminal perseguidos por el legislador, los valores que se desprenden de las disposiciones y su relación con principios limitadores del *ius puniendi*, orientado de acuerdo al resto de las normas penales que en ese momento no están siendo interpretadas. El último factor relevante destacado por el autor es la lesión del bien jurídico protegido, entendiéndolo como el fin legislativamente tutelado, de lo que se obtiene la exclusión de la tutela penal todas las conductas que no afecten algún bien jurídico resguardado por el Derecho punitivo (2004: pp. 169-170).

Por su parte, García Pablos igualmente estima que entre “las referencias axiológicas o valorativas, los objetivos político criminales ocupan un lugar destacado” (2006: p. 839), incluso agrega que la forma de identificarlos exige revisar diversos asuntos: el tenor literal de la disposición, redacción de los hechos típicos, penalidad prevista para cada uno, límites genéricos del *ius puniendi* y de la orientación del propio sistema punitivo.

Cabe precisar que el autor estima que para determinar el contenido de las disposiciones, el intérprete debe sustentar sus razonamientos teniendo en cuenta valoraciones referidas a la justicia material y las consagradas con rango constitucional, como son la libertad e igualdad. Desde esta perspectiva, los argumentos y las reglas de la lógica tienen un rol bastante circunscrito tratándose del elemento teleológico (García Pablos, 2006: p. 840).

En un sentido similar Fiandaca y Musco fundan el *razonamiento teleológico* en la noción de bien jurídico o interés protegido y para estos fines adoptan una concepción dinámica de la interpretación. Asumen que el intérprete está autorizado a buscar y llevar al extremo las consecuencias, consideraciones valorativas y los objetivos finales tenidos en cuenta al momento de dictar la norma. Todo ello, permite alejarse de formulaciones de estáticas vinculadas a la voluntad original del legislador histórico (2007: p. 121).

Sin embargo, esta posibilidad es descartada por Silva, en virtud de la crítica tradicional que revela el problema de circularidad en los argumentos teleológicos, lo que a su juicio fundamenta la decisión de descartar dicha operación. Ante este panorama, estima que es necesario acudir al sistema jurídico y al subsistema “Derecho penal” en atención a los fines que persigue cada uno. De ese inicio, el intérprete podría concluir que existen varias finalidades perseguidas por el legislador al establecer la norma y que, incluso presumiblemente, entrarían en colisión. Si ese fuese el caso, es factible que la pugna se resuelva mediante la utilización de los criterios de necesidad y merecimiento de pena.

Siguiendo esta postura es indispensable preguntarse cómo se obtienen esos intereses, para lo cual el autor señala que debemos seguir un criterio rector, emanado de un modelo teórico general que desarrolle “una idea de Derecho penal más o menos estructurada y sistematizada”, lo que conducirá a una interpretación guiada por las consecuencias empíricas de la norma, o bien, teniendo en cuenta los “criterios valorativos rectores del Derecho penal” (Silva, 2006: p. 386). Por lo tanto, a pesar de estar frente a una voz disidente, volvemos a arribar a los conceptos tradicionales de idea y fin del Derecho punitivo.

El cuarto presupuesto afirma que una vez fijado el fin de la disposición, podemos asignar sentido a los enunciados jurídico-penales de conformidad al mismo. Esta fase alberga el proceso más relevante de la utilización del elemento teleológico (Silva, 2006: p. 386). Para analizarlo, se utilizará como guía la estructura de los argumentos desarrollados Alexy (2014: pp. 232 -233).

“g. El enunciado A pretende objetivamente alcanzar el fin B

h. Para alcanzar el fin B es necesaria la asignación a A de sentido X

i. Por tanto debe procederse a la interpretación A/X”

A simple vista da la impresión que estamos frente a un silogismo sencillo, compuesto por argumentos de carácter empírico, basados en la idea de que una vez constatado el fin podemos asignar el significado. Sin embargo, si se analiza cuidadosamente el planteamiento se constata que su construcción no depende únicamente de criterios de corrección formal, sino que también de su rectitud material, lo que representa un problema, pues tendremos que

considerar premisas de naturaleza empírica que no son totalmente compatibles con la noción de fin en el Derecho penal (Silva, 2006: p. 388).

A este criterio de corrección debemos agregar que probablemente no exista un único fin perseguido, sino que el legislador procura alcanzar varios fines, desde los cuales surgen inconvenientes derivados de la necesidad de establecer criterios de priorización que permitan prevalecer unos sobre otros. Como si el problema no fuese suficiente, hay que constatar que la premisa “g” igualmente debe construirse a partir del mismo procedimiento teleológico de naturaleza valorativa, que exige pasar por diversos niveles de abstracción, desarrollando una cadena de argumentos extendida a través de ellos, en que se analizará el fin del Derecho penal, pero también del sistema jurídico completo teniendo en cuenta las disposiciones constitucionales (Silva, 2006: p. 389).

En la doctrina nacional, Cury siguiendo a Radbruch, asumió que la interpretación es una actividad objetiva, afirmando que el método teleológico busca hallar la voluntad de la ley prescindiendo de aquel perseguido por el legislador concreto (2005: p. 188). Por su parte, Politoff, Matus y Ramírez sostienen que se debe aplicar este canon solamente cuando las expresiones empleadas por la ley sean oscuras. Así, el bien jurídico protegido detenta un rol trascendental (2003: p.111 y 112). Novoa lo propuso como medio de interpretación el determinante para precisar la finalidad perseguida por el legislador (2005: p. 135).

Es más, Matus ha señalado que el elemento más relevante que debe utilizarse por el intérprete es el teleológico. La finalidad de la ley penal expresa la Política criminal consagrada en el texto normativo, la que tiende a proteger bienes jurídicos y a propiciar su utilización. Reconoce que si bien esa postura respeta el principio de legalidad, el concepto de fin tiene naturaleza elástica, pudiendo comprender categorías abstractas e ideales, como son la seguridad jurídica, la búsqueda de la paz, conservación el orden público, entre otros (2012: pp. 209-210).

Finalmente, queda por destacar que ninguno de los autores nacionales ha incorporado en sus trabajos algún tipo de referencia a los problemas presentes en el uso de sus elementos y sus limitaciones.

Como es fácil advertir, el empleo de este elemento de interpretación ha sido objeto de numerosas críticas. En primer lugar, según había indicado Silva Sánchez, estamos frente a una argumentación falaz que incurre en una petición de principio, ya que al “extraer criterios interpretativos para unos conceptos, según el bien jurídico delimitado por esos mismos conceptos, cuando precisamente tal delimitación dependerá del significado que se le haya dado a esos conceptos” (Sánchez, 2005: p.41). Con ello, se intenta utilizar un argumento teleológico-objetivo, que en realidad es netamente subjetivo, pues para elaborar la noción de bien jurídico, necesitaríamos anclar los razonamientos en un concepto pre jurídico, que tendría carácter personal (Sánchez, 2005: p. 41).

Otra crítica desarrollada dice relación con algunos problemas ontológicos, derivados de la complejidad de asumir que la ley tiene una finalidad distinta de la que perseguía el legislador, que sería recogida en la noción de bien jurídico. En palabras de Gómez, dicho concepto no aporta datos concluyentes acerca de estas cuestiones, sino que sólo los términos

judiciales estipulan el alcance de esta tutela (2008: p. 54). En el fondo, su empleo acarrea una revisión dificultosa, pues la elaboración de interpretaciones teleológicas se articula basada en distintas opiniones.

A partir de lo señalado, queda por agregar que existen evidentes dificultades metodológicas para incorporar por esta vía, en forma exclusiva, los datos sobre el fenómeno delictivo investigados por la Criminología. La composición de estos razonamientos exige un análisis bastante complejo, a nivel general del sistema jurídico y específico del subsistema penal. Además el hermeneuta podría analizar la pertinencia de la disposición en orden a proteger el bien jurídico respectivo, en cuya dimensión sí es importante analizar la realidad social valorada en la ley penal.

### 3.4. ELEMENTO SISTEMÁTICO

Para empezar se debe precisar la premisa básica que lo sustenta y recordar las ventajas de su utilización. Concretamente, el empleo de este elemento admite que los enunciados lingüísticos contenidos en la ley penal no se encuentran aislados, sino que están situados en un contexto particular del ordenamiento jurídico (Bettioli, 1986: p. 151).

Por esa razón su uso intenta obtener conclusiones lógicas a partir de la ubicación jurídica (Morillas, 1990: p. 273). De este modo, los intérpretes que se valen del elemento, procuran contribuir a la unidad del ordenamiento jurídico, estableciendo conexiones y coordinaciones entre sus normas (Morillas, 1990: p. 273). Finalmente, su empleo reporta otro beneficio, pues es un medio de control de las interpretaciones nuevas que son discordantes de aquellas ya consolidadas (Fiandaca et al., 2007: p. 120).

La utilidad de este elemento se presenta cuando el problema interpretativo surge porque un tipo penal contiene elementos normativos, es decir, aquellos que hacen remisiones a normas de carácter extrapenal; por ejemplo, tratándose de las referencias necesarias que el tipo de hurto hace a los conceptos desarrollados en el Derecho civil. Igualmente, es idóneo para resolver situaciones de conflictos normativo derivados de la concurrencia de causas de justificación que pueden encontrar su fuente normativa en otros sectores del ordenamiento jurídico, como ocurre con el ejercicio legítimo de un derecho (Fiandaca et al., 2007: p. 127).

Su funcionamiento toma en consideración las conexiones existentes entre la norma por aplicar y las restantes, tanto de Derecho punitivo como del resto del ordenamiento jurídico (Fiandaca et al., 2007: p. 120). Concretamente, según García Pablos, confronta el tenor o el término lingüístico contenido en un precepto con las otras disposiciones que están ubicadas en la misma división, intentando atribuir a todos ellos un significado común, “que se obtiene del sistema y del sentido general del ordenamiento al que pertenecen” (2006: p. 836).

El empleo de este elemento presenta una serie de inconvenientes y dificultades derivadas de diversos aspectos. En primer lugar, surge un problema serio a partir de las posibles vinculaciones entre los elementos teleológico y sistemático, derivado de que no

existe una interpretación axiológicamente neutra (Di Giovane, 2016: p. 138). Así, no debiese iniciar su razonamiento en la noción de bien jurídico, a pesar de la tentación surgida de la sistematización de los tipos de la Parte especial, según ese concepto.

Otra limitación surge porque el intérprete podría errar al buscar leyes o un sistema perfecto al seguir sin prudencia el rigor sistemático, llegando a un resultado totalmente alejado de la realidad social regulada que determinará soluciones injustas (Morillas, 1990: p. 273).

De acuerdo a lo previsto en el artículo 22 del Código civil chileno cabe preguntarse ¿cuándo está permitida la interpretación sistemática en general? ¿solamente cuando el texto es “oscuro”? Además subsisten las dudas sobre la interpretación de textos fundada en el contenido de disposiciones de menor jerarquía normativa (Núñez, 2016: pp. 153-154).

Para finalizar, es fundamental no agotar el razonamiento interpretativo en este elemento, pues estrictamente, solo nos entregará un indicio, a partir de la valoración de la ubicación de la disposición, de acuerdo con la rúbrica que titula esa parte de la ley, ya que ese antecedente es netamente formal e incluso puede ser erróneo (García Pablos, 2006: p. 836). Siguiendo lo anterior, es sumamente difícil emplearlo para incorporar los datos criminológicos en la actividad interpretativa de la ley penal.

### 3.5. ELEMENTO HISTÓRICO

Antes que todo, es necesario señalar que el *elemento histórico* intenta resolver el problema interpretativo mediante una revisión de diversos aspectos que determinaron la configuración del texto de la ley penal (Novoa, 2005: p. 105).

En particular, su uso requerirá examinar los fundamentos que motivaron dichas decisiones (Luzón, 2004: p. 186) los que se desprenden de diversas fuentes. El intérprete deberá repasar y comparar un cúmulo de antecedentes, algunos extraídos de las disposiciones legales vigentes antes de la dictación del texto interpretado, otros surgidos de los anteproyectos legislativos y las iniciativas de ley propiamente tales. Se suma a lo anterior el estudio de la historia fidedigna del debate legislativo, específicamente las opiniones de expertos, todo ello sin perder de vista las razones que sirvieron de fundamento para utilizar u omitir ciertos signos lingüísticos (Velásquez, 2009: p. 341).

Se distinguen varias razones que promueven el empleo del elemento histórico. Más posibilidades de aplicarlas tendrán aquellos intérpretes que adoptan la postura metodológica que concibe al Derecho como un producto histórico-cultural, que puede ser comprendido mediante la revisión de los procesos de formación y modificaciones (Morillas, 1990: p. 272). Igualmente, otro fundamento encuentra su raíz en la doctrina de separación de poderes vigente en un Estado de Derecho, en cuya virtud el encargado de dictar las leyes penales es el legislador; por lo tanto el juez debe limitarse a interpretarlas para aplicar el Derecho, de modo que la interpretación supondría directamente invocar al órgano que dictó la ley (Fiandaca et al., 2007: p. 118).

En particular, la utilización del elemento histórico es recomendada tratándose de la entrada en vigencia de nuevas leyes, ya que todavía no existe elaboración doctrinal consolidada en el tema, por ello, brinda ciertos elementos clarificadores (Fiandaca et al., 2007: p. 119); sin embargo, tal como se advirtió en páginas precedentes, su empleo es sumamente problemático.

Además, hay las numerosas dificultades metodológicas destacándose la falta de consenso entre los autores si acaso la voluntad que se busca fue la que tuvo el legislador histórico al momento de dictar la ley, o bien, se persigue encontrar la voluntad objetiva de la ley. De igual forma surgen inconvenientes derivados de la composición del parlamento, pues es sabido que por la configuración actual no existe un solo mandato, sino que un concurso de ellos. Cabe agregar que, normalmente, ese acuerdo dice relación únicamente sobre el contenido del texto, pero no de las posibles interpretaciones que se le otorguen (Fiandaca et al., 2007: p. 119). Este problema puede ampliarse si revisamos los datos reales. Usualmente, cada voto en los parlamentos encuentra su origen en razones explícitas y implícitas. Estas últimas son desconocidas y no deben ser empleadas en la labor interpretativa.

No se debe olvidar que acudir a la historia supone emplear algunos documentos que registren los acontecimientos. Por ende, también surgen dudas en el proceso de determinación de los documentos que deben emplearse. También surgen cuestionamientos si acaso son los únicos textos fiables. Particularmente, subsiste el problema de si se trata de cualquier antecedente o solamente nos referiremos a los documentos emanados de la Biblioteca del Congreso Nacional o el mensaje del proyecto de ley cuando la iniciativa la tomó el Presidente, a pesar de que durante el debate legislativo su contenido haya mutado (Núñez, 2016: p. 148).

Por todos estos motivos los autores sugieren emplear este elemento de forma secundaria (Novoa, 2005: p. 105), utilizándolo como un antecedente o posibilidad de interpretación, siempre complementaria (Morillas, 1990: p. 272), o bien, para reforzar otros elementos interpretativos, sin que tenga un rol determinante en el proceso de atribución de sentido (Luzón, 2004: p. 166).

Para finalizar, hay que señalar que este elemento, indirectamente, puede tener relevancia en esta investigación, pues a través de la revisión de la historia de la ley es posible remitirse a la información que el legislador tuvo en vista al proponer el contenido de la ley penal, la que en algunos casos será suministrada por especialistas durante el debate legislativo. De este modo, ciertos datos criminológicos pueden configurar directamente los contornos de la legislación criminal.

### 3.6. ELEMENTO POLÍTICO-SOCIAL, ELEMENTO EXTRAPENAL Y ELEMENTO EXTRAJURÍDICO

Tratándose estos elementos es necesario aclarar que no han sido recogidos por la doctrina en forma unánime, e incluso se le ha dado tratamiento dispar. A raíz de ello se exhibirán sus aspectos fundamentales, sin perder de vista que algunos de ellos están íntimamente vinculados a los elementos histórico y teleológicos. Así, a partir de la obra de

Jiménez de Asúa distinguimos el *elemento político social o extrapenal* y el *extrajurídico*. Por otro lado, conforme al trabajo de Bellavista se presenta el *elemento sociológico*, la *interpretación psicológica*, el *valor del derecho natural*, la *antijuridicidad material* como criterio directivo, el método histórico evolutivo y la escuela libre. Para concluir, se revisará la propuesta de Fiandaca que expone la *tesis del vínculo socio-criminológico* en la hermenéutica de textos normativos.

Respecto del *elemento político social o elemento extrapenal*, Velásquez entiende que se trata de un elemento autónomo, en cuya virtud el intérprete podrá atribuir sentido a la disposición considerando “las directrices particulares que inspiran la acción estatal” (2009: p. 342). En concreto, debería tener en cuenta las directivas impuestas por la Constitución política en su Preámbulo y Principios fundamentales. Sobre el asunto Jiménez, asumiendo que este elemento se encuentra radicado en la interpretación teleológica, sostuvo que las instituciones políticas del Estado influyen de forma determinante en la configuración del contenido de las leyes penales, ya sea empírica o prácticamente (1964: p. 455). En consecuencia, metodológicamente se consagra la máxima que asume al Derecho penal como expresión del Derecho político de un Estado.

Por otro lado, según el autor madrileño, el *elemento extrajurídico* podría utilizarse en la interpretación teleológica en aquellos casos en que el propio legislador empleó en el texto de la ley penal conceptos ajenos al Derecho, ya que dichas nociones legales son resultado de investigaciones de “carácter sociales, económicos, científicos, psiquiátricos” provenientes de otras ciencias, ya sea de carácter moral o particulares (Jiménez, 1964: p. 456). Este elemento resulta de particular relevancia para los fines de esta investigación, pues a través de su utilización puede incorporarse directamente los datos obtenidos de investigaciones criminológicas, lo que evidencia una relación con el elemento histórico y teleológico.

Desde una perspectiva distinta, Bellavista señaló que los especialistas en Derecho penal han desarrollado otros métodos de interpretación que no han sido consagrados en el ordenamiento jurídico, respecto de los cuáles vale la pena reflexionar si acaso deben ser excluidos del razonamiento del intérprete. A su juicio, estos elementos adicionales no parecen ser adecuados en la actividad interpretativa de la ley punitiva (1975: p. 162). Sin embargo, estima que la valoración de elementos extrajurídicos contribuye a determinar el verdadero fin de la norma; por ejemplo, tratándose de los aportes de otras disciplinas como la sociología, antropología, estadística, economía e incluso la química. De modo que, en ciertos casos, necesitaremos conocer la finalidad de una disposición para interpretarla y no resulta útil acudir solamente a las disposiciones del Código penal (1975: p. 163).

Con ello, asume que el intérprete necesita aproximarse a los conocimientos de otras áreas, tal como ocurre tratándose de los delitos que dañan el honor sexual de la mujer o para distinguir la mafia de una asociación criminal, en cuyo caso podremos acudir a la investigación sociológica. Ahora bien, no estaríamos frente a un elemento autónomo, sino que ante la utilización del teleológico, advirtiendo que su empleo en forma independiente puede configurar interpretaciones progresivas que alterarán el sentido de la norma y, en consecuencia, fomentará un despliegue abusivo de las facultades del intérprete (Bellavista, 1975: pp. 163-164).

Respecto de los otros elementos adicionales analizados por Bellavista, señala que no se han admitidos mayoritariamente en la doctrina jurídico-penal o en la jurisprudencia. Con todo queda por agregar las razones que excluyen su funcionamiento. Tratándose del elemento psicológico, hay que recordar que fue comprendido a la manera de Ferri, es decir, incluyendo la peligrosidad como un aspecto determinante en la interpretación jurídica, además de considerar las condiciones de la vida social, entre otras. Esto ha sido descartado ampliamente, pues si se usan esos elementos no se interpreta la ley, sino a la persona del delincuente, evidenciando un desprecio por el principio de reserva legal, sin perjuicio de que estos antecedentes puedan ser considerados al momento de cuantificar la pena (1975: p. 165).

Seguidamente, la interpretación de acuerdo al derecho natural presenta diversos inconvenientes. Para comenzar hay cuestionamientos sobre la concepción que utilice el intérprete, también del riesgo de torcer la voluntad del legislador invocándolo, sumado a todas las dificultades de su puesta en práctica, pues cabe preguntarse ¿se adaptará el contenido de la ley positiva al derecho natural? ¿qué ocurre en caso de contradicción expresa? ¿cómo debe razonar si subsisten las dudas? (1975: pp. 169-173).

Para terminar, la antijuridicidad material es rechazada como método interpretativo, al igual que el histórico evolutivo, pues este último fundamenta la interpretación progresiva en virtud de la cual el significado que tenía la norma penal en el momento de su dictación puede adaptarse al tiempo de su utilización. A juicio de Bellavista, dicho elemento propende la aplicación de la teoría de la evolución de la disposición y no fija su sentido y alcance (1975: p. 180). Igualmente, desestima la propuesta de la Escuela de Derecho libre que excluye absolutamente los elementos tradicionales de interpretación, fundado en las limitaciones constitucionales fijadas a la labor del hermeneuta en el Derecho punitivo, que busca evitar resultados arbitrarios y caprichosos (1975: pp. 186-189).

Adoptando una postura diversa emerge la propuesta de Fiandaca, desde una concepción hermenéutica y orientada a la práctica, según la cual la interpretación puede realizarse de acuerdo con la *tesis del vínculo socio-criminológico*, que exige al intérprete referirse a las valoraciones y características propias del fenómeno regulado en el enunciado normativo que se intenta interpretar. En particular, analizando el elemento de la participación en una asociación mafiosa, afirma que el juez criminal, como método interpretativo, puede aplicar la *tesis del vínculo socio-criminológico*, considerando los criterios de valoración internos de la misma organización criminal o bien adoptar de los métodos tradicionales de interpretación (2002: p. 41).

Concretamente, estima que la interpretación y aplicación de las leyes penales implican un paso de lo abstracto a lo concreto, cuya interacción da lugar a “un proceso singular o espiral entre la norma y el caso, que permite acentuar la discrecionalidad valorativa del intérprete y la incidencia de los factores ajenos al texto o de contexto, lo que puede reconducirse a la precomprensión de origen gadameriano y antes heideggeriana” (Fiandaca, 2002: p. 37). Así, “el singular tipo legal se plasma, concretiza y especifica siguiendo lineamientos que son también influenciados por la real fenomenología criminal que viene de vez en vez en estos asuntos” (Fiandaca, 2002: p. 39).

El contexto también es un elemento reconocido en el Código civil chileno, aunque se trata de un canon que también genera bastantes dificultades en su aplicación. En primer lugar, no se sabe con certeza qué significa “el contexto de la ley”. Por ello, algunos afirman que hace referencia “una reiteración del criterio intencionalista, o una remisión al criterio histórico”, ya que se debería analizar el contexto social de dictación de la ley. Otra posibilidad es asumir que se debe revisar el contexto lingüístico en que se dictó el texto. La última opción entiende que se debe revisar un análisis sistemático jurídico (Núñez, 2016: p. 152).

Con ello, la información aportada por criminólogos y sociólogos contribuye en forma clara a configurar los elementos típicos de ciertos delitos particulares. En pocas palabras, el *elemento extrajurídico* y la *tesis del vínculo socio-criminológico* hacen plausible la incorporación de elementos extra-sistémicos en los razonamientos interpretativos, pues exigen considerar las investigaciones de estos especialistas sobre las características fenomenológicas del delito regulado.

### 3.7. SITUACIÓN EN CHILE

De acuerdo con lo expuesto, es posible afirmar que el trabajo desarrollado por la mayoría de los especialistas en nuestro país se basa en un análisis de las reglas de interpretación previstas en los artículos del Título Preliminar del Código civil. Las razones que permiten comprender esta situación radican en ciertas características de la cultura jurídica nacional, dado que durante largos años la doctrina civilista predominó respecto de las otras disciplinas y, además, las áreas del conocimiento jurídico trabajaron en forma alejada, sin promoverse una interdisciplinariedad (Bascuñán, 2013: p. 264).

En los últimos años han tenido lugar otras propuestas, sobre todo como consecuencia del auge de la primacía del texto constitucional –la denominada interpretación conforme a la constitución-, sumado al proceso constituyente en curso, que han abierto el debate sobre la interpretación de la carta fundamental y su vinculación con las leyes punitivas. A ello se suma la recepción en la academia chilena de autores defensores del realismo jurídico que han cuestionado las soluciones tradicionales.

Por su parte, Núñez describió el estado actual del debate afirmando que “las técnicas interpretativas de la comunidad lingüística jurídica chilena – del mismo modo que las de cualquier otra comunidad jurídica occidental- son sincrónicamente múltiples y diversas, es decir, disponemos en esta comunidad jurídica de una serie de técnicas interpretativas que permiten, al menos en relación a algunos enunciados, atribuir diferentes significados a las disposiciones jurídicas” (2016: p. 134). Más precisamente, en su opinión, estas distintas soluciones propuestas permiten afirmar que no existe una única interpretación correcta de los artículos 19 al 24 del Código civil (2016: p. 161).

En ese contexto, cabe destacar el trabajo desarrollado por Bascuñán y su memorable discusión con Guzmán, interrumpiendo el tratamiento tradicional que ha tenido lugar en la dogmática jurídico-penal, analizando en profundidad las reglas de interpretación del Código

de Bello. Además, en últimos años el trabajo realista de Núñez constituye un aporte para revisar estos problemas.

La tendencia tradicional de corte civilista recibió fuertes cuestionamientos de parte de Bascuñán, en cuyo trabajo tuvo en cuenta el aparato conceptual elaborado por los teóricos del Derecho, en especial la propuesta de Jerzy Wróblewski. Concretamente, revisó los aportes en la comprensión del contenido de los artículos del título preliminar ya enunciados. Vale la pena recordar que el iusfilósofo sueco asumió que la interpretación jurídica es una serie razonada de argumentos que se justifica a partir de reglas interpretativas de distintos niveles.

Ahora bien, el análisis de Bascuñán buscó demostrar la falsedad de la antigua y arraigada creencia de que las reglas de interpretación del Código civil tienen una vinculación con la teoría de las leyes “en su estado saludable” de Savigny. Para ello, precisó que esta obra se desarrolló en torno a las leyes defectuosas (2013: p. 265). Se debe recordar que Guzmán ya había analizado la tradicional asimilación que se hace entre los artículos 19 al 24 del Código de Bello y los cuatro elementos interpretativos de Savigny, predominante durante el siglo XIX y parte del siglo XX, explicándola como una forma errada de propiciar una mayor operatividad de esas reglas al superponer dicho sistema a cada uno de los enunciados normativos e indicar el orden en que debían operar estos cánones interpretativos (2011: p. 168).

Posteriormente, Bascuñán contradijo las conclusiones de Guzmán en orden a que las reglas de los artículos 19 al 24 del Código civil tenían su origen en la retórica latina y la cultura jurídica romana, siendo complementadas en el trabajo de Domat, lo que se expresaría en la similitud conceptual entre ellas; por ejemplo, en el uso de las nociones de “letra”, “sentido”, “razón de la ley”, “espíritu”, traída desde los textos de Ulpiano, diferenciada con mayor claridad por Suárez y perfeccionada por Domat (Guzmán, 2011: pp. 71-77). Para ello, demostró que “los artículos 19 inciso segundo, 20, 21 y 22 provienen de la obra de William Blackstone, y la primera oración del artículo 23 proviene de la recepción francesa de una tesis de Christian Thomasius, crítica de la concepción de la interpretación de la ley que compartía Domat” (Bascuñán, 2013: pp. 313-314), mientras que la última oración del artículo 23 e íntegramente el artículo 24 son creaciones de Bello, reafirmando la postura mayoritaria en el medio nacional (Bascuñán, 2013: pp. 317-318).

Entrando al fondo del problema, según se advierte, Bascuñán expresó una clara discrepancia material y metodológica con los resultados de las investigaciones de Alejandro Guzmán en la materia. En concreto, para desechar el mito de la atribución del origen de las reglas a Domat explicó las falencias de la reconstrucción histórica desarrollada por el romanista, pero también utilizó diversas explicaciones desarrolladas en la Teoría del Derecho respecto de la interpretación jurídica, aprovechando esta extensa y compleja obra.

En primer lugar, tomó postura entendiendo que el debate está referido a la *interpretación en sentido estricto*, centrada en la verificación del contenido de un texto normativo que presenta una oscuridad o produce dudas respecto de su significado (Bascuñán, 2013: p. 277). A continuación, una vez constatado el problema, el intérprete deberá resolverlo mediante la construcción de una justificación recaída en la “afirmación de una norma como

la interpretación correcta” (Bascañán, 2013: p. 272), siguiendo el modelo de Wróblewski, diferenciando reglas interpretativas de distintos niveles.

En lo esencial, asumió que en el conjunto de enunciados normativos comprendidos en el Título Preliminar del Código civil existen reglas de primer y segundo nivel. Tratándose de estas últimas, debemos recordar que le indican al intérprete cómo emplear las directivas de primer nivel y el procedimiento para seleccionar resultados distintos, en caso que sea necesario (Wróblewski, 1985: p. 66), que en palabras de Bascañán, concretan disposiciones expresivas de “la matriz de principios de justicia política y concepciones institucionales más generales que legitiman la adjudicación” de sentido (2013: p. 277), tal como ocurre en los artículos 19, 23, en su segunda parte y el artículo 24.

Concretamente, tratándose del artículo 19, Bascañán reconoce que dicho enunciado recoge una regla favorable a dar una preferencia al sentido lingüístico de las expresiones por sobre criterios pragmáticos (2013: p. 308). En una opinión contraria, Guzmán había concluido que constituye una máxima de prudencia hermenéutica, que entrega al intérprete un criterio de corrección que guíe el resultado acertado de su labor, basado en el espíritu de la ley y la equidad, desconociendo la existencia de una regla de segundo grado que resuelve el modo de operar de las otras reglas hermenéuticas. En palabras del autor romanista “el espíritu general de la legislación y la equidad natural (en función interpretativa) no son principios, sino “conjeturas” para descubrir el sentido oculto de un texto legal, como si se dijera que a partir de lo conocido (el espíritu general y la equidad natural) se deduce o presume lo desconocido (el sentido)” (2011: p. 187).

Por otro lado, tratándose del artículo 24 del Código civil, Bascañán discute si acaso es un enunciado normativo que otorga al intérprete un mandato para preferir criterios institucionalmente más diferenciados sobre aquellos institucionalmente menos diferenciados (2013: pp. 318-319), siguiendo la usanza propuesta por Bello o bien, asumiendo que solamente propende a la equidad, según ha afirmado Guzmán. Este último concibió esta regla como general respecto del resto de los artículos, ya que la equidad estaría siempre presente en la naturaleza de las leyes. En consecuencia, la tarea de interpretación guarda armonía con la equidad, reconociendo que en ciertos casos el sentido posible de una disposición no contribuye a alcanzarla, por lo que el intérprete deberá priorizar el espíritu de la legislación y la equidad natural en desmedro cualquier otro criterio hermenéutico (Guzmán, 2011: p. 317-320).

A partir de este interesante debate se puede concluir que el tratamiento tradicional que se ha dado por la doctrina penalista, que siguió las conclusiones de los civilistas, fue incompleto y errado. En consecuencia, las investigaciones de Guzmán y las respectivas refutaciones de Bascañán permitieron complejizar el análisis, realizando una revisión histórica profunda del Título Preliminar el Código civil y aclarar que no existe un orden específico de utilización de los artículos analizados.

Por el contrario, en la construcción del esquema interpretativo, el intérprete contará con distintas reglas, de diferentes niveles, que le permitirán elaborar soluciones más acabadas y justificadas respecto de los problemas interpretativos. En ese sentido, los resultados de Bascañán parecen una reformulación actualizada del problema, dejando de lado el método

histórico, al asumir que los artículos 19, 23 segunda parte y 24, expresan reglas de segundo nivel y las restantes albergan aquellas de primer nivel, permitiendo la elaboración de razonamientos que apliquen las disposiciones redactadas por Bello, cuidando la adecuación formal y material de estos argumentos.

Desde la perspectiva realista Núñez ha cuestionado todo el tratamiento que se le ha dado al problema de la interpretación jurídica en Chile, a la luz de las disposiciones previstas en los artículos mencionados, afirmando que estos aportes tienen un valor teórico filosófico político, pero que no consiguen sustentar una única forma correcta de interpretar esas reglas. Más precisamente, reconoce que no se trata de entender que estamos frente una comunidad jurídica que no es el reino de la confusión, sino que el trabajo hermeneútico tiene límites, pero son opciones amplias. Además, afirma que muy probablemente no todas las reglas de interpretación están reguladas en el título preliminar del Código civil, y que si bien se podrían organizar en directrices de primer y segundo orden, no existiría una meta regla que indique cómo deben funcionar las directrices de segundo nivel (2016: pp. 135-137).

Finalmente, identifica un amplio abanico de otros problemas interpretativos emanados del texto del título preliminar que generan dudas serias sobre su uso práctico; por ejemplo: ¿se trata de un catálogo cerrado? (Núñez, 2016: p. 160); si estas disposiciones sirven para interpretar, también deberían usarse para precisar el sentido de si mismas, es decir, adolecen del defecto de la circularidad. Además, un asunto bastante relevante queda al descubierto al preguntarse por el alcance de la expresión ley, concretamente, si se debe usar para todos los textos jurídicos de jerarquía inferior o superior, incluyendo la Constitución política o solo tiene un alcance restrictivo (Núñez, 2016: p. 140).

Luego, el problema de la relación de estas disposiciones con el la Carta fundamental es sumamente relevante en materia penal, ya que la interpretación conforme a la constitución, aceptada en Italia y también desarrollada en Alemania, provoca, un desplazamiento de la aplicación y predominancia de las reglas civiles sobre la materia. Ello pues la jerarquía de las reglas civiles es similar a las reglas penales; sin embargo, las garantías fundamentales previstas constitucionalmente son superiores a ambas y, por tanto, en materia criminal, la solución a la que arribe el intérprete requiere no poner en conflicto los significados constitucionales, sino todo lo contrario, debe respetarlos o adecuarse a ellos, considerando los principios criminales que son directrices cardinales en el trabajo de penalistas.

Con todo, dicha afirmación puede matizarse, ya que cada problema interpretativo asume distintos niveles de complejidad. Recordemos en este asunto la interpretación como actividad noética o dianoética explicada por Gianformaggio: en algunos casos se trata de un asunto sencillo y rápido de resolver, pero en otros requerirá de un esfuerzo mayúsculo; por ejemplo, si bien no es tan sencillo, en ocasiones será necesario introducir en los razonamientos las garantías fundamentales expresadas en algún principio cardinal, pero en otros, cuando el texto legal sea vago o ambiguo, el intérprete podrá y deberá valerse de los cánones interpretativos contemplados en el Código de Bello y de aquellos desarrollados por la dogmática penal, operando ella como una fuente mediata del Derecho penal. Una de las múltiples dificultades que surgen es precisar cuándo emplear unas u otras.

Este abanico de instrumentos le permite al intérprete contar con mayores herramientas teóricas para justificar la atribución de significados al texto, asumiendo que su propuesta no es la única correcta, pero al menos es plausible desde una perspectiva formal y material, reconociendo que su postura valorativa individual juega también un papel fundamental en el trabajo hermenéutico.

Reconociendo que estamos frente a un ejercicio teórico sobre cómo deberían entenderse estas normas, que por supuesto puede tener deficiencias, es posible revisitar las reglas contenidas en el Código civil chileno al constituir una herramienta útil para el intérprete respecto de ciertos problemas interpretativos. En ese sentido, Núñez distingue tres niveles de directrices y dicho esquema podría ayudar a comprender el significado del sistema que propuso Bello, teniendo claro que no agota todo el método que puede seguir el intérprete en materia penal.

Se distinguen directrices de segundo nivel en los artículos 19, 23 y 24. Específicamente, en la primera parte del artículo 19 se prescribe los elementos o cánones que debe usar el intérprete; por tanto, es una disposición de carácter selectiva. Además, del mismo inciso primero se distingue una directriz procedimental que ordena al intérprete preferir el sentido claro de una expresión, desplazando otras opciones. Mientras que en el inciso segundo se detecta otra directriz, de segundo nivel, de carácter procedimental, que ordena que si estamos frente a una expresión oscura se debe acudir a la intención o espíritu de la ley, manifestado claramente o a la historia de su establecimiento. Por su parte, en el artículo 23 se pueden vislumbrar dos tipos de directrices secundarias. La primera excluye significados que sean atribuidos en virtud de un resultado favorable u odioso. La segunda ordena que el significado se precise de acuerdo a la aplicación de los elementos de interpretación previstos en las páginas anteriores y su genuino sentido, lo que por supuesto deja abierto el cuestionamiento sobre qué entendemos por genuino sentido. Finalmente, en el artículo 24 se expresa una directriz secundaria de cierre o clausura para aquellos casos en que no sea posible resolver el problema interpretativo siguiendo las reglas anteriores.

Para terminar, reconociendo que no existe un único sistema correcto para desarrollar la labor interpretativa, se puede concluir que el hermeneuta empleará diversas disposiciones jurídicas, de diferentes jerarquías normativas, pero también se valdrá de otros elementos extra sistémicos, partiendo desde una posición valorativa personal, que debe ser reconocida. Por ello, en nuestra disciplina los principios constitucionales y las reglas del título preliminar del Código de Bello son elementos muy relevantes. Con todo, no hay que perder de vista que estas últimas tienen rango legal, por lo que no son superiores a las disposiciones del Código penal ni a las diversas leyes que regulan el subsistema sistema criminal. Desde luego el cuerpo normativo consagrado en el Código civil puede interpretarse siguiendo un modelo de tres niveles de directrices, ya que contribuye a visualizar claramente cada elemento interpretativo. Estas conclusiones preliminares servirán de base para resolver los casos penales tratados en el tercer capítulo de esta investigación doctoral.

## CAPÍTULO II:

### RELACIONES EPISTEMOLÓGICAS ENTRE LA DENOMINADA CIENCIA JURÍDICO-PENAL Y LA CRIMINOLOGÍA

#### 1. UNA APROXIMACIÓN AL PROBLEMA DE LA CIENCIA JURÍDICA

Tradicionalmente se ha señalado que existe una vinculación entre la Criminología y el Derecho penal. Su origen se funda en la propuesta de la enciclopedia criminal desarrollada a partir del trabajo de Von Liszt, que tuvo como antecedente el concepto de Ciencia integral del Derecho penal propuesto por la Asociación Internacional de Criminalística y su programa (Vormbaum: 2018: p. 201). Esta obra, desarrollada progresivamente, “tiene un claro objetivo, obtener el control del delito y del delincuente que mejore sustancialmente los logros de la escuela clásica” (Díez, 2018: p. 29). Con ello quedó demostrado que una respuesta más completa al fenómeno criminal necesita mayores insumos teóricos que los desarrollados hasta ese momento en la Dogmática penal.

El trabajo de Von Liszt contribuyó a establecer un estatuto epistemológico para el Derecho penal, la Criminología y la Política Criminal, vigente hasta nuestros días. Desde ahí en adelante la investigación criminológica se enfocará en estudiar las causas del delito y los efectos de las penas. En el plano teórico, ese material será suministro indispensable para diseñar la Política Criminal; concretamente, las decisiones legislativas se tomarán a partir del conocimiento científico recaído en las causas del delito (Díez, 2018: p. 16), que luego se expresará en el Derecho penal. Tal como concluyó Díez la obra de Von Liszt dio un impulso definitivo al conocimiento penal, por lo que “desde entonces, el saber penal ha retornado a la situación precedente” (2018: p. 31).

En el desarrollo de esta investigación, partiendo de la propuesta desarrollada por Von Liszt, recogida y modificada por innumerables especialistas, se cuestionará si es posible detectar nuevas conexiones metodológicas entre Criminología y Dogmática penal, como actividad dedicada al Derecho penal, procurando no desnaturalizar ambas disciplinas, manteniendo los métodos de cada una y los compartimentos epistemológicos antes descritos.

En ese sentido, la hipótesis planteada en esta investigación es que la interpretación de la ley penal permite conectar el trabajo de la Ciencia jurídico-penal con la información sobre el fenómeno criminal aportada por la Criminología, siendo esta un área no explorada profundamente en el desarrollo teórico. No olvidemos que usualmente se reconoce el valor que los estudios criminológicos tienen en el desarrollo de la Política Criminal, es decir, en un momento anterior a la dictación de la ley penal, pero no se ha explorado lo suficiente su aporte metodológico *a posteriori*, es decir, una vez configurado el texto de la ley punitiva en los problemas de determinación de su significado. Es más, diversos especialistas han reconocido la necesidad de interpretar la ley penal siguiendo los conocimientos criminológicos, pero ninguno de ellos ha desarrollado una propuesta concreta para llevar a cabo dicha tarea.

Para materializar esa idea, es necesario analizar algunos aspectos derivados del estatuto epistemológico de ambas disciplinas. Ello se traduce en diversas preguntas, una de las cuales supone reflexionar, en general, acerca del carácter científico del trabajo de la Dogmática jurídica y, en particular, del trabajo que realiza la Dogmática jurídico-penal. Por otro lado, en el campo criminológico igualmente se ha cuestionado su carácter de ciencia. Todas estas dudas conducen a analizar la relación entre ambas disciplinas.

En segundo lugar, considerando las características y complejidades ya mencionadas, surgen dudas sobre la posibilidad de desarrollar una propuesta metodológica para la Dogmática penal más abierta, que permita incorporar información desde fuera de los textos legales; es decir, si es realizable un trabajo metodológico que mire hacia fuera del Derecho penal. Luego, si se puede llevar a cabo de acuerdo a los métodos de interpretación tradicionales propuestos por la Dogmática jurídico penal o bien necesita algún elemento intermediador adicional.

A lo largo de este trabajo de investigación se responderá afirmativamente a estas preguntas. Los argumentos que justifican dicha afirmación necesitan revisar la clasificación de las ciencias, al igual que lo estimó Rivacoba. En el fondo, se busca distinguir más precisamente los contornos y características de ambas, precisar los métodos de trabajo y su susceptibilidad de recibir conocimientos provenientes de otras disciplinas (1982: pp. 28-29).

Con ello, se pretende describir más claramente ambos estatutos epistemológicos, teniendo en consideración la posible incorporación de información criminológica en el proceso de atribución de significado de las leyes penales. Como ha señalado recientemente Perin “se defiende la necesidad de “no inmunizar” el pensamiento jurídico de la evolución del debate epistemológico contemporáneo” (2016: p. 152). Al fin y al cabo, si estamos analizando relaciones entre ciencias, es relevante conocer su ubicación en el panorama general y la forma en que procesan los antecedentes que provienen desde otras áreas del conocimiento.

### 1.1. EL TRABAJO DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA Y EL PROBLEMA DE SU CARÁCTER CIENTÍFICO

Una aproximación al carácter científico del trabajo de la Ciencia jurídico-penal requiere revisar la epistemología de las Ciencia jurídica, pues, a pesar de ciertas diferencias, bajo ese marco desarrollan su labor los estudiosos del Derecho punitivo. Como consecuencia de lo anterior, una buena parte de las dificultades que sortea la primera también se replican en la Dogmática penal.

Ello nos obliga a recordar las numerosas discusiones referidas a la epistemología de la ciencia, que han ido develando diversos problemas que trascienden a todas las ciencias y que hacen dudar respecto de aspectos que se consideraron verdades absolutas por bastantes años. Un ejemplo es el problema de la comprensión de los hechos, su interpretación y su supuesta objetividad, la preferencia por determinadas teorías en desmedro de otras (Haba, 1993: p. 276).

La envergadura del problema es amplísima; durante décadas ha sido uno de los asuntos más cuestionados, generando un volumen numeroso de trabajos (Nuñez, 2015: p. 602). A pesar de ello diversos especialistas consideran que se trata de una tarea ya abandonada (Nuñez, 2012: p. 718).

De ahí que la pregunta por la científicidad del trabajo de los juristas difícilmente puede resolverse en esta investigación. Por ello estas reflexiones persiguen un propósito más modesto, consistente en constatar algunas de las problemáticas más relevantes referidas al conocimiento del Derecho, intentando fijar las vinculaciones y diferencias entre la Ciencia jurídica y la Criminología.

En ese sentido se debe reconocer que a lo largo de la historia, por lo menos a partir del auge del positivismo científico, los juristas han aspirado a trabajar científicamente. Ello no parece extraño ya que, hasta el día de hoy, la investigación científica es importante para “reconstruir conceptualmente, de forma profunda y amplia el mundo” (Bunge, 2009: p. 12), sumado al recordatorio de Calsamiglia de que la definición de una disciplina como científica, obedece a un asunto de poder y de valoración social (1986: p. 49). Esta postura predominante durante años ha traído como consecuencia indeseada el reduccionismo epistemológico que ha llevado a mirar con cierto desdén el trabajo de la Dogmática jurídica y, más en general, de las humanidades, lo que ciertamente es lamentable.

El camino a seguir no es sencillo, tanto por las dificultades que surgen para dar un significado a la expresión ciencia, como por sus múltiples clasificaciones. En ese sentido, Nino nos advierte que la expresión ciencia está caracterizada por un contenido probablemente ambiguo, vago y con una carga emotiva fuerte, sumado a que “no existe una esencia ontológica por descubrir en el concepto de ciencia” (2014: p. 318).

La complejidad del problema se expresa, también, en los numerosos planteamientos que han intentado fijar un método que dote al conocimiento del carácter científico. Recordemos que algunos filósofos han propuesto la adopción del método racionalista clásico, mientras otros son partidarios del anarquismo metodológico. Estas últimas posturas han llevado a reflexionar sobre la plausibilidad de afirmar la existencia de la ciencia normal, es decir, una sola actividad uniforme, unificada, basada en distintos paradigmas, que puede desarrollarse con o sin reglas explícitas “en la medida que la comunidad científica acepte las soluciones de los problemas particulares” (Kuhn, 2004: pp. 86-89). Claramente la ciencia no es así. Como lo precisa Kuhn “con frecuencia, vistos todos los campos al mismo tiempo, parece más bien una estructura desvencijada con muy poca coherencia entre sus partes” (2004: p. 89).

Si revisamos la historia hallaremos algunas propuestas filosóficas que propusieron que el método permitía dotar al conocimiento del carácter científico. Una fue desarrollada por Descartes respecto de la predominancia de la razón como facultad humana para conocer y la necesidad de usar el método deductivo. La otra resultó de la influencia del pensamiento empirista, expresado en las ideas de Bacon, al concluir que el método experimental, la observación neutral y el método inductivo conducirían al conocimiento científico (Calsamiglia, 1986: p. 24).

Desde luego se formularon diversas críticas que encaminaron el predominio de los aportes kantianos, cuestionando el racionalismo y empirismo. En concreto, “el investigador no desempeña el papel de repetidor de lo que el profesor quiere, sino el papel de un juez de oficio que obliga a los testigos a contestar las pregunta que él le formula (Hoffe, 1996: p. 52).

En consecuencia, la persona pasó a estar en el centro del conocimiento, ya que “el pensamiento no se dirige a un mundo ya estructurado, pues sin pensamiento solo se da algo inconexo e indeterminado, un caos de sensaciones, sin el pensamiento no hay mundo, el pensamiento no supone un trato directo con la realidad, es discursivo, interviene mediante conceptos” (Hoffe, 1996: p. 84). De ahí que se confía absolutamente en la capacidad de la razón para descubrir sus propios objetos del pensamiento, es decir, “sólo la razón descubre lo que ella ha producido según sus propias pautas”. En otras palabras, la ciencia crea su objeto y el conocimiento humano no lo extrae de ellas, sino que impone sus propias leyes a la naturaleza (Calsamiglia, 1986: p. 25), dando predominancia al contexto de descubrimiento por sobre el de justificación.

Las refutaciones a este pensamiento promovieron el desarrollo del empirismo lógico que encontró en Hume uno de sus principales representantes. Con ello se afirmó, en primer lugar, la necesidad de usar el principio de verificación. En segundo término, se sostuvo que los resultados de la ciencia solo se pueden formular en enunciados significativos y ellos deben ser verificables. A partir de estas propuestas, el trabajo de Popper propició el falsacionismo, destacando la importancia de las cuestiones de justificación por sobre los aspectos de hecho. De esta forma, reconociendo que la ciencia se construye sobre la base de enunciados complejos y la dificultad de falsear un enunciado de carácter universal, se concluyó que “mediante inferencias deductivas es posible demostrar la falsedad de los enunciados universales a partir de enunciados particulares”. Consecuentemente “nunca se puede afirmar que un enunciado universal es verdadero, pero sí se puede afirmar que es falso” (Calsamiglia, 1986: p. 35).

### 1.1.1. ALGUNOS CUESTIONAMIENTOS AL TRABAJO CIENTÍFICO DE LOS JURISTAS

Considerando este panorama general el jurista no debiese sorprenderse al examinar y cuestionar su propio estatuto epistemológico. Obviamente surgirán dudas sobre la calidad científica de la Dogmática jurídica. No olvidemos que desde la crítica de Von Kirchmann se ha cuestionado la posibilidad de que los estudiosos del Derecho realicen ciencia y algunos reparos subsisten hasta nuestros días. A ello se suma que, tal como ya se ha dicho, sus concepciones han cambiado según las circunstancias históricas, sociales, ideológicas, entre otros.

El autor alemán polemizó al negar el carácter científico de la Dogmática pues a su parecer estudia un objeto mutable y contingente. Ello conduciría a conclusiones inútiles que no contribuyen al progreso del conocimiento. Sus duras palabras expresan una crítica fuerte a la forma en que se venía trabajando, pues refiriéndose a la Ciencia jurídica señaló que “de una sacerdotisa de la verdad se convierte en una sirvienta del azar, del error, de la pasión y

de la premeditación. Su objeto ya no es lo eterno y lo absoluto, sino lo fortuito, lo defectuoso, el éter celeste desciende al fangó de la tierra” (Von Kirchmann, 2015: p. 32).

Sin perjuicio de que el discurso de Von Kirchmann fue sumamente relevante para cuestionar el trabajo de los juristas y motivar una mejora en el método de conocimiento, algunas de sus críticas fueron contestadas por Millas en el siguiente sentido. Si bien el contenido del Derecho cambia constantemente, ello no permite privar de validez el trabajo de los juristas, ya que las modificaciones legales son usualmente parciales. Es bastante difícil e improbable que un ordenamiento jurídico desaparezca totalmente, pues incluso en épocas de revolución ciertos aspectos troncales subsisten, ya sea en el Derecho civil, penal o procesal (2012: p, 143). Además, el proceso de derogación de leyes no elimina de la faz de la tierra una regla jurídica, pues podría aplicarse en ciertos casos excepcionales, cumpliendo determinados requisitos; todo ello sin mencionar las relaciones que existirán entre la norma derogada y la nueva que entró en vigencia.

De las palabras de Von Kirchmann se desprende una alabanza hacia la naturaleza que no tiene sustento científico, ya que “los fenómenos naturales se rinden fácilmente a los requerimientos de unidad, generalidad, determinabilidad y otros que les hace el pensamiento racional” y el jurista, igualmente, debe moldear este material, muchas veces espinudo; sin embargo, una cosa es el saber jurídico y otra la legislación entendida como objeto de dicho conocimiento. De ahí que, según Millas, el error de Von Kirchmann fue confundir ambas cosas (2012: pp. 145- 147).

En la actualidad, subsisten las críticas al carácter científico del Derecho, fundadas en otras razones. Se ha denunciado que no emplea el método hipotético deductivo como en otras ciencias, sino se vale uno mucho más modesto, basado en las reglas académicas surgidas en las escuelas universitarias de Derecho (De Lima, 2016: p. 50).

Además, se cuestiona el hecho de no aplicar criterios de causalidad sino que de imputación. Esa característica impediría hablar de ciencia propiamente tal, ya que “las ciencias en el fondo buscan explicar algo, de modo que cuando se buscan explicaciones se requiere salir de la normatividad jurídica” (Follari. 2016: pp. 243-244). Por ende, que la Ciencia jurídica no pretenda explicar la realidad empírica la reduce a la construcción de un objeto teórico recaído sobre prohibiciones y permisos, es decir, respecto de cosas que no existen en la naturaleza (De Lima, 2016: pp. 50-51). A estos cuestionamientos añade que los juristas tendrían poca conciencia de las limitaciones epistemológicas de su trabajo, a diferencia de las otras ciencias en que esos límites son bastante reconocidos y aceptados (Haba, 1993: p. 285).

La forma de analizar el problema se ha ido enriqueciendo con el paso del tiempo, sobre todo por el reconocimiento de las diversas actividades que desarrolla la Dogmática jurídica. Por ejemplo, en Chile, Bascuñán sostuvo que requiere estudiar las distintas formas de trabajo según el ámbito o rama del Derecho de que se trate (1998: p. 17); como ha reconocido Kindhäuser, dentro de la Ciencia jurídico-penal hay actividades heterogéneas (2019: pp. 19-36). Una posición similar ha desarrollado Atienza, reconociendo una multiplicidad de saberes jurídicos, lo que permite afirmar que algunos tienen un desarrollo

más acabado que otros; por lo tanto, se cuestiona la posibilidad de afirmar que todas sus conclusiones son científicas.

Ahora bien, a pesar de estas diferencias, se reconoce que se trata de una disciplina normativa en cuanto a su objeto, método y función. Responde a una actividad valorativa y no simplemente descriptiva, pues se orienta a su aplicación e interpretación, desarrollando argumentos y operaciones que expresan valoraciones, brindando herramientas para modificar su objeto de estudio, el Derecho. También existe consenso en que se trata de una tarea orientada a la práctica (Atienza, 2014: pp. 249- 255).

Desde posiciones más críticas, en cuanto al método, se ha cuestionado el hermetismo que la Dogmática jurídica ha mantenido, en cuanto a la selección de los materiales que emplea y su objeto de estudio. En particular, se ha criticado la preponderancia que han tenido los trabajos que incluyen razonamientos muy cerrados, que empobrecen el análisis jurídico, sobre todo en la resolución de los problemas prácticos, desatendiendo los resultados de estudios provenientes de otras ciencias a las que se puede acceder fácilmente (Atienza, 2017: p. 186).

Esa misma crítica ha profundizado aún más el problema, pues según Haba, esta delimitación del objeto de estudio impide que conocimientos provenientes desde fuera, es decir, desarrollados por otras disciplinas, influyan en los análisis jurídicos. Si bien es cierto que todas las disciplinas seleccionan su objeto de estudio, no adoptan una aptitud tan cerrada como la Ciencia jurídica (Haba, 1993: p. 287). Por lo tanto, tratándose de los estudios jurídicos “sus limitaciones formales, y en general sus preconcepciones, tanto las vulgares como las “técnicas”, llevan a que se conozca mucho menos sobre asuntos tratados que si el telón de la dogmática no le impidiera el acceso a ellos” (Haba, 1993: pp. 228-229). De esta forma, la discusión apunta a una especie de actitud tendiente a impedir la apertura hacia esos conocimientos, sobre todo proveniente desde metodologías formalistas.

Otro factor que complica el panorama se funda en el denominado reduccionismo naturalista, denunciado por Bunge, que conduce a la “tentativa de resolver toda suerte de problemas con ayuda de las técnicas creadas por las ciencias naturales, desdeñando las cualidades específicas, irreductibles, de cada nivel de la realidad” (2009: p. 88). Incluso en nuestros días permanece vigente la crítica de que las humanidades y las artes están presionadas bajo los parámetros exigidos para las denominadas ciencias duras (Valdés, 2018: p. 13) y quizás durante los años venideros, la situación permanecerá inalterable.

La tendencia actual, caracterizada por este reduccionismo epistemológico, expresa una mayor valoración hacia los trabajos de marcado carácter empírico, al gozar de la mejor reputación proveniente de la metodología de las ciencias sociales (Uribe, 2016: p. 49-55). En consecuencia, el trabajo dogmático ha sido puesto en un segundo lugar (Sarlo, 2003: p. 186).

Con el paso de los años se ha ido desplegando una apertura epistemológica que permite vincular la Ciencia jurídica con las ciencias sociales. Han conseguido un reconocimiento especial los discursos socio-jurídicos o de investigación aplicada que recaen sobre la sociología o antropología jurídica. Ellos conviven con el trabajo tradicionalmente

entendido dogmático, destinado a la elaboración conceptual o a análisis sobre textos normativos. Se debe advertir que ellos no son objeto de estudio de esta investigación.

No debemos olvidar que el Derecho es un fenómeno social inserto en una cultura determinada, que no puede estudiarse de forma aislada a hechos y valores (Sastre, 2016: 159). Así, la Ciencia jurídica comparte aspectos comunes con otras disciplinas sociales, como son el Trabajo social o la Sociología. Todas analizan el mismo objeto, pero desde perspectivas distintas. Tal como señala Follari, cada una tiene su propio acervo explicativo, y ninguna de ellas se encuentra por sobre la otra. Por lo tanto, los análisis jurídicos deben tener la capacidad de insertar su objeto de estudio vinculado con las otras prácticas sociales, si no quieren caer en análisis muy limitados (2016: pp. 243-246).

Con todo subsisten las opiniones que descartan el carácter científico del trabajo de la Dogmática. En particular se destaca la idea de que más que una ciencia sería una tecnología, es decir, una especie de tecno-praxis. Los fundamentos de dicha afirmación son varios; en primer lugar se trataría de un conocimiento relativamente cerrado; sumado a que los problemas que analiza, sus objetivos y funciones son más bien prácticos, también el funcionamiento de los razonamientos sería secuencial, sin olvidar que los juicios de valor son relevantes en la resolución de problemas (Atienza, 2017: 178). Es decir, “no se trataría exactamente de una rama de la filosofía práctica, sino más bien un híbrido entre técnica social y filosofía práctica”, que debe ampliarse a analizar medios para conseguir fines y los valores en que se sustentan (Atienza, 2017: pp. 191-192). No olvidemos que Calsamiglia ya había sostenido que se encontraría entre el conocimiento científico y en la técnica, incluso podría serlo simultáneamente (1986: p. 118).

Todos los cuestionamientos planteados han conducido a algunos iusfilósofos a refutar el camino de la comparación entre las ciencias sociales con las Ciencias jurídicas como método para resolver el problema de la científicidad del trabajo de los juristas. Incluso más, diversos especialistas han propuesto dejar de lado la búsqueda y comparación de modelos abstractos, para concretar las reflexiones respecto de las funciones, métodos y presupuestos del trabajo que realiza la Dogmática jurídica (Nino, 2014: p. 320). Obviamente esta evaluación deben desarrollarla los propios juristas.

## 1.2. UBICACIÓN DE LA CIENCIA JURÍDICA EN EL PANORAMA GENERAL DE LAS CIENCIAS

A pesar de los cuestionamientos sobre la científicidad del trabajo de la Doctrina jurídica, históricamente los juristas han ubicado sus obras bajo diversas coordenadas epistemológicas. Este asunto es relevante considerando que el objeto de esta investigación radica en establecer algunos vínculos epistemológicos entre la Criminología y la Dogmática penal.

Desde luego, en la filosofía de la ciencia se ha debatido arduamente sobre la posible división de las disciplinas que la integran. No olvidemos que Kant dividió las ciencias siguiendo el criterio proveniente de la antigua filosofía griega. De esta forma, la física recae sobre objetos, estudiando las leyes de la naturaleza; la ética versa sobre las leyes de la

libertad; además la lógica corresponde a filosofía formal, careciendo de una parte empírica. A partir de esta ordenación algunos de sus cuestionamientos recayeron sobre la pregunta de si “la naturaleza de las ciencias no exige separar siempre cuidadosamente la parte empírica de la racional” (2012: pp. 67-70). Con reflexiones de esta índole surgió la clasificación que distinguió entre leyes generales del pensamiento, leyes especiales a que están sujetos los objetos por sí mismos y leyes que sólo actúan por ser representadas o sabidas (Müller, Adler, 2001: pp. 72-74).

Posteriormente, los autores neokantianos, en especial Rickert, dividieron las ciencias según sean de la naturaleza o de la cultura. Las primeras generalizan la explicación generando leyes generales y descubriéndolas, mientras que las ciencias de la cultura operan a la inversa, individualizando lo particular a los valores. Igualmente otras clasificaciones diferenciaron ciencias reales o empíricas. Incluso otras distinguieron según el método entre ciencias exactas y descriptivas; o bien, entre ciencias explicativas y comprensivas (Müller et al., 2001: pp. 72-74).

Las denominadas ciencias del espíritu aspiran a comprender “testimonios y acontecimientos individuales, históricamente únicos e irrepetibles por el todo envolvente se un sentido espiritual”, mientras que las ciencias de la naturaleza persiguen la explicación de cosas y hechos. En ese sentido, “dado que la fuerza de la realización de valores es el “espíritu” y dado que el ámbito de esta realización es la “historia”, que no se repite, resulta de aquí que la posibilidad de poner esta teoría de las ciencias de la cultura en relación con las de las “ciencias del espíritu” y de las “ciencias históricas”. Cada una de ellas debía aplicar su método de conocimiento respectivamente. Esto fue recogido, en alguna medida, por la hermenéutica moderna, que se ha empeñado en desarrollar la noción de ciencias del espíritu y el camino que debe asumir el conocimiento para la comprensión (Müller et al., 2001: pp. 72-75).

Sin embargo, durante los siglos XIX y XX, dentro de las ciencias sociales, han existido complejos debates en orden a determinar qué disciplinas las integran. Incluso más, “el cuadro consolidado a mediados del siglo XX, que ya no considera vigente la noción de ciencias del espíritu, separa ciencias sociales y humanidades incluyendo en estas últimas a disciplinas como la filosofía, lingüística y la historia. Genéricamente, la definición de ciencia social proviene del objeto que los incumbe que son los hechos sociales” (Gibert, Otero, 2016: p. 49).

Teniendo en consideración estas disputas en el diseño de la clasificación de las ciencias, y sin perder la mirada del trabajo de los juristas, debiésemos enmarcarlo dentro, o al menos próximo, a aquellas ciencias empíricas, particularmente en las ciencias de la cultura o ideográficas, pues permiten comprender aquellos problemas de las denominadas ciencias de la cultura o del espíritu (Gibert et al., 2016: pp. 48-49). Como ya se ha señalado anteriormente, la tarea que desarrollan los juristas pretende contribuir –de alguna u otra forma– a la comprensión del contenido del Derecho, descartando mayoritariamente razonamientos que persigan explicar en términos de causalidad el fenómeno jurídico, por lo que el vínculo con las ciencias culturales es mucho más intenso.

### 1.3. ¿QUÉ SE HA ENTENDIDO POR CIENCIA DEL DERECHO?

Como se puede apreciar, el panorama epistemológico en la denominada Ciencia jurídica es bastante complejo. Una de las dificultades proviene de que en ciertas ocasiones se emplea indistintamente la expresión *Ciencia, Dogmática o Doctrina jurídica*; mientras que en otros casos se utilizan las expresiones metodología jurídica y, dependiendo de la latitud geográfica, también se utiliza la nomenclatura jurisprudencia (Nuñez, 2012: pp. 718-719). Sin embargo, el uso de cada una tampoco nos indica claramente a qué nos referimos cuando las pronunciamos. A ello hay que añadir otra pregunta para complicar un poco más el debate, pues surgen dudas a propósito de ¿qué entendemos con Ciencia jurídica?

Sobre este asunto Nuñez ha sostenido que no es fácil hablar lisa y llanamente de *Ciencia jurídica*, pues no existe una terminología unívoca o compartida en los amplios caminos del Derecho (2015: p. 603) y las expresiones *Dogmática jurídica* no tendrían un sentido específico. En estricto rigor, podríamos distinguir entre *Ciencia jurídica en sentido amplio*, comprensiva de la labor descriptiva del Derecho y del intento de influir u orientar la resolución de casos difíciles en sede judicial, es decir, quedan comprendidas las tareas descriptivas y prescriptivas; mientras que respecto de *la Ciencia jurídica en sentido estricto* solo comprende la labor descriptiva; por lo tanto esta labor persigue “determinar cuál es el contenido del Derecho, es decir, fijar si una conducta está permitida, prohibida o es obligatoria en un determinado ordenamiento jurídico” (2012: pp.721-723).

La expresión *Dogmática jurídica* también ofrece distintos significados. Uno de ellos la concibe como “la actividad –pero también su método y resultado- que pretende precisar la consecuencia jurídica que un ordenamiento jurídico vigente asocia a un determinado ordenamiento jurídico” (Nuñez, 2014: p. 247).

Desde otra perspectiva Haba planteó que el quehacer de los juristas se ha desarrollado a través de distintas metodologías y que, a partir de ella se distinguen distintos niveles de trabajo. En el *primer nivel* se ubican las labores de los *juristas prácticos*, desarrollados a través de razonamientos que persiguen resolver problemas de corte profesional en determinadas áreas del Derecho. Concretamente “este género de discursos pueden ser tomados como lenguaje-objeto para someterlos a exámenes que conforman el siguiente nivel” (2006: p. 157).

Luego, en el *segundo nivel* se desarrollan *reflexiones y análisis conceptuales sobre razonamientos prácticos de primer nivel* e intentos por modificarlos, reflejando, en el fondo un metalenguaje sobre el discurso jurídico que se ampara bajo la Filosofía del Derecho o la Teoría general del Derecho (Haba, 2006: p. 157).

En consecuencia, la cientificidad de ambos depende del criterio asumido. Los análisis del segundo nivel serán científicos en la medida que asumamos un concepto de ciencia en un sentido amplio, mientras que los razonamientos del primer nivel lo serán sólo si se acepta un sentido muy amplio de ciencia (Haba, 2006: p. 164).

Para efectos de este estudio se asume que, cualquiera sea la expresión empleada, estaremos siempre refiriéndonos al quehacer que realizan las personas que se dedican a la investigación jurídica. Con ello se excluye el trabajo que desempeñan los operadores del sistema jurídico; sin perjuicio de que sus conclusiones y análisis pueden ser estudiados por la Ciencia jurídica. Además, tal como se explicará más adelante, dentro de la Dogmática jurídico-penal es posible distinguir actividades y resultados. Algunos serán científicos indudablemente, pero otros permanecerán en una zona de duda, o serán contribuciones para que otras obras consigan el estatus científico.

#### 1.4. MODELOS DE CIENCIA JURÍDICA

Una de las principales divergencias en el pensamiento de los juristas ha surgido por la inevitable adopción de diversos modelos de *Ciencia jurídica en sentido amplio*. Estos desacuerdos se expresan en las propuestas normativistas, realistas, argumentativistas, tecnológicas y críticas (Nuñez, 2015: p. 610). Precisamente, en términos muy generales, su estructuración obedece a esfuerzos para precisar qué tarea hacen y deben realizar los científicos del Derecho.

Para estructurar ordenadamente estas posturas es fundamental analizar la concepción que tienen los autores sobre el Derecho, pues algunos trabajos asumen que recae sobre normas, en cuyo caso la Ciencia jurídica es *normativa*, es decir, está dedicada a estudiarlas. En particular, se dedica a describirlas y sistematizarlas, previendo las consecuencias jurídicas de las normas, sistematizándolas de forma más económica, componiendo sus conceptos. A ello se agregan las labores de solución de los defectos lógicos de los sistemas jurídicos (Nuñez, 2015: pp. 611-614).

Por el contrario, aquellos autores que han concebido al Derecho como un hecho, pueden agruparse en las distintas vertientes del *realismo jurídico*. Sus trabajos se encuentran empapados de la filosofía empirista; por lo tanto, su objeto de estudio son hechos en mayor o menor grado, asumiendo que “todo discurso que no tenga por objeto entidades del mundo sensible debe ser expulsado del estatuto científico del Derecho o, cuando menos, debe ser empleado con extrema cautela”; con ello toman una postura crítica de la metodología usualmente empleada en la Ciencia jurídica para elaborar y emplear los conceptos dogmáticos y teóricos, escépticos de la teoría de la interpretación jurídica, de ahí que dicha labor solamente debería enfocarse en describir el sistema jurídico y, en ciertos casos, predecirlo (Nuñez, 2012: pp. 725-728).

La noción de Ciencia jurídica alcanzó su actual delimitación epistemológica, entre otros factores, por la influencia de las ciencias naturales, ya que a partir de su auge se asumió que el objeto de estudio de los juristas eran las leyes, códigos y precedentes. Es decir, por influencia del racionalismo se impulsó la construcción de sistemas inmutables, que debían ser conocidos mediante la razón y el método deductivo (Calsamiglia, 1986: pp. 62-63). Ello contribuyó a concebirla como una *ciencia de carácter formal*, pues su objeto de análisis eran las definiciones y sistemas conceptuales construidas por derivación de ellas (De Lima, 2016: p. 41). Posteriormente, este modelo fue reemplazado por una construcción más abierta a otras

disciplinas, dando origen a áreas de trabajo como la Sociología y Psicología jurídica (Calsamiglia, 1986: pp. 64-65).

Con todo, el modelo tradicional de Dogmática jurídica ha estado marcado, en mayor o menor medida, por un carácter *formalista*. Asumir esta perspectiva conduce a separar el trabajo jurídico de otras disciplinas, incluyendo el área de las humanidades. Si bien el término formalismo jurídico es ambiguo, Bobbio precisó que bajo el rótulo del formalismo se pueden distinguir cuatro distintos tipos de problemas ya sea de la teoría de la justicia, de la Teoría del Derecho, de la Ciencia del Derecho y de la interpretación jurídica (1965: p. 31). En todos estos aspectos está vigente la tendencia a acentuar el elemento formal por sobre el elemento material, sin perjuicio de que comunmente ellas no se dan en forma simultánea, sino que “un autor sigue una de las cuatro teorías y no las otras y que difícilmente las cuatro son sostenidas al mismo tiempo” (Bobbio, 1965: p. 32).

Por su parte, Atienza lo describe explicando que bajo su noción han quedado comprendido el trabajo de distintas escuelas jurídicas, como la Exégesis, la Jurisprudencia de los conceptos y el Formalismo jurisprudencial estadounidense (2015: p. 23). Estas escuelas comparten una visión del Derecho y algunos elementos del método de trabajo. Para ellos, el ordenamiento jurídico es un sistema coherente y unitario, cuyo contenido solamente puede ser establecido por el legislador, persiguiendo la certeza y previsibilidad, desalentando los cambios jurídicos. Estas proposiciones traen varias consecuencias. En resumen, desarrollaron un trabajo descriptivo y sistemático, aparentemente neutral (Nino, 2014: p. 336). Sus propuestas se alejaron de aspectos prácticos, enfocándose estrictamente en el derecho positivo, excluyendo los valores incorporados en las normas jurídicas.

Metodológicamente, la interpretación jurídica se limitará a descubrir la voluntad del legislador, ya que lo valioso en la tarea hermenéutica son los textos jurídicos (Atienza, 2015: p. 23), sumado a “la preferencia dada a la interpretación lógica y sistemática frente a la histórica y teleológica” (Bobbio, 1965: p. 27). Se propició la interpretación literal, los argumentos de autoridad, descartando los razonamientos teleológicos (Atienza, 2017: p. 181) y argumentos valorativos (Nino, 2014: p. 336). Con ello desalentaron el uso de elementos extrajurídicos, como la lingüística, economía o la lógica, e incentivaron el uso de razonamientos con justificación deductiva basado en el silogismo subsuntivo (Atienza, 2015: p. 23).

Todo ello, sumado a la herencia del iusnaturalismo conceptualista, condujo al predominio teórico de las partes generales del Derecho. La Dogmática mantuvo como objetivo la generación de un conocimiento válido universalmente, que superara las peculiaridades del texto legal.

Esta tendencia formalista no ha sido la única que ha configurado el trabajo de la Ciencia jurídica. Afortunadamente diversas escuelas han enriquecido esta disciplina, incluso combatiendo los postulados ya descritos. Uno de los trabajos más destacables, entre aquellos que entienden al Derecho como norma, fue el desarrollado por Kelsen, en su *teoría pura del Derecho*.

El autor austríaco expresó la necesidad de construir una Ciencia jurídica alejada de ideologías políticas y de elementos provenientes de las ciencias naturales (1960: p. 9). Con ello, reconoció las limitaciones existentes, lo que condujo a una propuesta para refinar el trabajo de los juristas, descartando los elementos extraños a esta disciplina (1960: p. 15). En consecuencia, debía estudiar la sociedad, en especial la conducta de las personas, de acuerdo a las normas jurídicas que la regulan, aplicando el principio de imputación, descartando criterios de causalidad (1960: pp. 16-25). En pocas palabras, el objeto de estudio recae en el orden social y los actos creadores y aplicadores del sistema normativo (1960: p. 34).

Otra visión de la Ciencia jurídica impulsó Radbruch, concibiéndola como una *ciencia cultural*, de carácter comprensiva, individualizadora y referida a valores, ya que “únicamente acoge en sí aquellos hechos que se refieran a valores culturales a que ella se oriente” (1959: p.160). En particular, sostuvo que la labor de los juristas tiene por objeto el Derecho vigente en una época y lugar determinado, es decir, referida a consideraciones objetivas, por lo que sus preceptos deben ser comprenderse insertos en el fenómeno cultural en que se desarrollan. De ahí que los juristas “deben explicar el Derecho como un dato cuyo sentido reside en la realización de la idea de Derecho” (1959: p. 155).

Por esta razón, la tarea de interpretación jurídica no es la única que debe realizarse, sino que también la reconstrucción de las instituciones jurídicas y la sistematización de todo el ordenamiento jurídico. Todo ello “permite una doble construcción, entendida como sistemática y categorial, en la que los tres tipos de tareas se van desplazando entre sí, apoyando la tarea recíproca” (1959: p. 158); sin olvidar lo que ya se ha señalado en el capítulo anterior de esta investigación, pues para Radbruch “la ciencia del Derecho presupone una preformación conceptual de su materia; no es producción conceptual primitiva, sino trabajo conceptual de segundo grado” (2013: p. 40). Para el autor, el intérprete debe enter las disposiciones positivas considerando la dimensión normativa y los elementos derivados de la realidad social, sin olvidar que las disposiciones legales y la reconstrucción de sus conceptos fundamentales persiguen ciertos fines (Carlizzi, 2011: p. 416).

Por otro lado, dentro del trabajo de los iusfilósofos realistas destacaron los aportes de Ross, quien asumió que la Ciencia del Derecho está referida a las normas jurídicas vigentes en una sociedad, ocupándose de ellas; por lo tanto, es una disciplina *descriptiva* que analiza su contenido abstracto. Esta labor debe realizarse de la mano con el trabajo de la Sociología jurídica, pues de esta forma se estudiará la efectividad de las normas (2011: pp. 42-44). En resumen, “la genuina Ciencia del Derecho debe ser “aserciones acerca del Derecho vigente””. El resultado del trabajo de las ciencias jurídicas será la predicción de las directrices que aplicarán los jueces y, para ello, pueden valerse de los aportes de la Sociología o la Psicología (Nino, 2014: p. 316).

## 1.5. ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS DE LA CIENCIA JURÍDICA

Siguiendo a Calsamiglia, en primer lugar, la Dogmática es una actividad que aspira a entregar *respuestas racionales*; entonces, no puede concebirse como pura arbitrariedad u olvidar que esta característica está presente en todas las ciencias, en distintos grados. En

segundo lugar, no es una actividad totalmente arbitraria y la entidad de la arbitrariedad también está presente en otro tipo de ciencias. En resumen, “a pesar de las diferencias entre escuelas, existe unidad de planteamientos, de presupuestos y de reglas del juego que son las que caracterizan esa comunidad que practica la Dogmática” (1986: pp. 86-87).

Los *presupuestos* indispensables de la Dogmática jurídica son: asumir la sistematicidad del Derecho, su enfoque en la justicia del caso y que debe sujetarse siempre a la ley (Calsamiglia, 1986: pp. 144-145).

Además existían *reglas básicas* que ordenan el trabajo de los juristas. En primer lugar se reconoce que los argumentos morales son pilares fundamentales del trabajo dogmático. En segundo lugar, se identifica que las reglas jurídicas tienen un contenido flexible, por lo que los especialistas tienen margen para adecuar la realidad al Derecho, lo que también puede ocurrir a la inversa. En tercer lugar, las personas dedicadas a la Dogmática jurídica pueden construir argumentos jurídicos combinando aspectos normativos y subjetivos, expresando valoraciones personales. Finalmente, a partir de las críticas al contenido del Derecho se ha contribuido a su modificación (Calsamiglia, 1986: pp. 118-119).

Dentro de los materiales usados por los juristas, se encuentran los antecedentes históricos, obtenidos mediante la revisión de la historia social o externa al Derecho o a partir de la reconstrucción de la historia de normativa o interna. Igualmente, las investigaciones jurídicas emplean la metodología de análisis comparado, la jurisprudencia y el trabajo de otros dogmáticos del derecho (Courtis, 2016: pp.136-142).

Dependiendo del área de trabajo, los juristas tienden más a mirar *hacia dentro* del sistema jurídico que a reflexionar observando hacia fuera. Ante este panorama se puede cuestionar ¿por qué solamente estudiar la historia y no recurrir a otros antecedentes fiables que permiten reconstruir racionalmente el fenómeno regulado?

Actualmente, considerando la diversidad de estudios de la Ciencia jurídica se distinguen varias opciones metodológicas. En algunas oportunidades se opta por desarrollar análisis del lenguaje, en otras se lleva a cabo estudios de carácter lógico, reconstrucciones sistemáticas, reflexiones ideológicas o empíricas. Para ello se obtiene apoyo teórico de la Dogmática orientada hacia las consecuencias, la sociología o el análisis económico del Derecho (Courtis, 2016: pp. 142-152). Como ya se ha señalado anteriormente, estos métodos son antagonistas del formalismo, pues todos propenden a incorporar elementos extrasistémicos en las investigaciones jurídicas.

## 1.6. FUNCIONES DE LA CIENCIA JURÍDICA

Tal como recuerda Haba, es sumamente difícil desarrollar una opinión general respecto de la ciencia y, en especial, la Ciencia jurídica, tanto por la ambigüedad de su significado como por la realización de diversas actividades bajo ese rótulo (2006: p.163). En consecuencia, para comprender la situación del trabajo de los juristas propone, en primer

lugar, que ciencia debe entenderse como “el saber teórico-sistemático, intersubjetivamente comunicable e intersubjetivamente controlable” (2006: p. 122).

Algunos análisis buscan comprender aspectos epistemológicos relevantes en la ciencia, reconociendo diferencias relevantes en el trabajo de la Dogmática. Por un lado, los juristas desarrollarán análisis diversos, según pertenezcan al sistema continental o al *common law*. Tratándose de aquellos trabajos desarrollados en países con derecho legislado propiamente tal, se vislumbran distintos aportes según sea la disciplina temática. En ese amplio ámbito, algunas áreas presentan un desarrollo mucho más avanzado y complejo que otras, por ejemplo, el Derecho civil y el Derecho punitivo, por supuesto influenciados por su extensión histórica. En palabras de Nino “presentan una mayor abstracción y generalidad, similar a las leyes teóricas, incluso con mayor utilidad que las leyes obtenidas de la observación”. Por lo tanto, desde una perspectiva práctica, su rendimiento ha sido amplísimo, ya que de ellas se han inferido un extenso catálogo de reglas nuevas, sin olvidar que el ejercicio práctico de la teoría ha contribuido a olvidar que ellas no están expresamente contempladas en los textos legales (Nino, 2014: pp. 334-335).

Lo que sí tienen en común, son ciertas actitudes ideológicas y la adopción de ideales racionales. En general predomina la aceptación dogmática de la fuerza obligatoria del Derecho y el modelo del legislador racional. Además de algunas técnicas como son la sistematización del Derecho y la elaboración de teorías (Nino, 2014: p. 321).

En nuestros días la mayoría de las investigaciones de la Ciencia jurídica comprenden *funciones prescriptivas y descriptivas*. Tal como precisó Calsamiglia, el trabajo de la Dogmática jurídica cumple dos cometidos. El primero tiene *carácter cognoscitivo*, en cuya virtud el estudioso del Derecho elabora un esquema de todo el material jurídico a partir de una sistematización y simplificación previa, para facilitar su comprensión coherente. Por lo tanto, “la Doctrina es una escala intermedia entre la ley y los hechos”. Su segunda función es *prescriptiva*, pues los especialistas buscan incidir en la configuración de la comprensión del Derecho, en especial, tratándose de los casos difíciles, aspira a suministrar criterios para su resolución (1986: pp. 78-79).

En el horizonte del trabajo dogmático podemos encontrar una pretensión de racionalidad que guía las investigaciones (Bascañán, 1998: p. 14). Cuando los autores desarrollan una actividad argumentativa procuran disminuir la arbitrariedad en la aplicación del Derecho, integrando los enunciados jurídicos en un sistema coherente, o en los esfuerzos de fundamentar el derecho positivo. En ambos casos la Dogmática reconoce presupuestos básicos indispensables que le permiten superar el carácter contingente del derecho legislado. Para ello analizará presupuestos legitimadores generales propios de la Teoría de la Justicia, premisas metafísicas, antropológicas o de la teoría de las normas. También revisará presupuestos genéticos, que corresponden a las referencias que usó el legislador para dictar el texto legal (Bascañán, 1998: p. 23-24).

## 1.7. ASPECTOS EPISTEMOLÓGICOS RELEVANTES EN LA CIENCIA JURÍDICO-PENAL

En el seno de la Dogmática jurídico-penal se ha discutido extensamente sobre diversos aspectos metodológicos, incluyendo la científicidad de su trabajo y conclusiones. La lucha de las Escuelas permite visualizar propuestas teóricas heterogéneas. Si nos remontamos a los aportes de Von Liszt distinguiremos el carácter científico de la Dogmática penal y procesal penal, cumpliendo una función y aplicando un método distinto que las otras disciplinas que componen la enciclopedia de disciplinas criminales (Díez, 2018: p. 6).

A pesar de ese punto de partida inicial, a lo largo de los años los paradigmas cambiaron y ello repercutió en la construcción teórica más relevante de la disciplina punitiva, la Teoría del Delito. Tal como recuerda Schurmann, a partir del tránsito de teorías causalistas, finalistas y funcionalistas, “es posible observar períodos de coexistencia de programas de investigación, entre la emergencia y la obsolescencia de ellos. Al contrario, en todos los casos el cambio teórico ha sido calificado como racional, dado que la teoría sucesora tuvo un mayor poder explicativo y heurístico que la antecesora, en los términos previstos por Lakatos” (2019: p. 591).

Si esa historia es analizada bajo el prisma de su cercanía al formalismo jurídico debemos concluir que la *Jurisprudencia de los conceptos* tendió al hermetismo epistemológico, cerrándose en sí misma a partir de la construcción del sistema jurídico, basado en un concepto que lideraba la teoría que permitía explicar el resto de las nociones. Por otro lado, el *positivismo criminológico italiano* disputó la dominación teórica con el Derecho punitivo, incorporando en los análisis jurídicos aspectos sobre el fenómeno criminal, especialmente sobre la persona del delincuente y la sociedad. Recordemos que dicha propuesta intentó reemplazar el análisis estrictamente jurídico, y terminó siendo desplazado por otras tendencias penales.

Avanzando en la historia, la *escuela técnico-jurídica* adoptó un paradigma conceptualista y formalista, pero aceptando una apertura a la realidad social regulada, a partir de la incorporación de análisis sobre la noción de bien jurídico. Por lo tanto, no excluyó del todo la información social. Posteriormente, como ya se ha mencionado, la obra de Von Liszt propuso un enfoque marcadamente empírico, de modo que la Ciencia penal no debía reducirse al estudio de sus instituciones jurídicas, sino que también debía abordar el conocimiento sobre el delito, delincuente y las penas, con el apoyo de la Criminología, Política criminal, Estadística criminal y la Criminalística (Vormbaum, 2019: pp. 200-201). La *Jurisprudencia de los intereses*, propició una apertura metodológica para incorporar elementos extrasistémicos en la construcción de la teoría del delito.

Respecto de la *Jurisprudencia de los valores*, sus partidarios se opusieron a las pretensiones de científicidad, específicamente a la aplicación del paradigma positivista emanado de las ciencias naturales. Para ello propusieron adaptar el trabajo jurídico a partir de ciencias del espíritu o culturales (Vormbaum, 2019: p. 240-241); asumiendo que el Derecho realiza una reconstrucción conceptual de segundo grado a partir de los antecedentes de la realidad regulada. Además, orientaron su pensamiento refiriéndolo a valores.

Por supuesto esas propuestas fueron cuestionadas a partir de la *filosofía fenomenológica*, especialmente aplicada por el finalismo. El desarrollo de las estructuras lógico-objetivas se alejó de la Criminología y la información sobre la realidad social. Con ello se configuró un esquema conceptual hermético.

Finalmente, la corriente *funcionalista* más extrema, influida por la teoría sociológica, recibe sus aportes, pero sus teorías siguen respondiendo a una metodología cerrada, que desplaza los aspectos valorativos que venían integrando fuertemente el trabajo jurídico desde la escuela Neokantiana. Como se indicó en el capítulo anterior, se rescatan otros aportes, enmarcados en el funcionalismo, que se han abierto al conocimiento de la Política criminal, permitiendo la permeabilidad de los aportes de otras disciplinas. Por ello Roxin afirmaba que la Dogmática debe realizar una corrección valorativa del sistema penal, ya que los problemas político criminales configuran el contenido de la teoría del delito (2000: p. 43). Es decir, propone una “equiparación conceptual entre lo axiológico y lo político-criminal” (Díez, 2021: p. 3).

Tal como algunas voces defienden el carácter científico del trabajo realizado por la Dogmática jurídica, sobre todo fundado en la distinción kantiana que entiende que ciencia representa una ordenación sistemática del conocimiento (Schurnmann, 2019: p. 588) o, en general, tal como señala Gimbernat siguiendo cualquier criterio que no sea naturalista (1999: p. 41).

En nuestros días, un amplio sector de la Doctrina penal asume que su trabajo es científico. Tal como señaló Zaffaroni, lo es en la medida que emplea el método jurídico, consistente en analizar, interpretar y comprender textos legales (2012b: p. 69), encaminado a contener y restringir las pulsiones del poder punitivo (2012b: p. 76). También, desde una perspectiva garantista, Silva entiende que la Dogmática jurídico-penal constituye la Ciencia jurídico-penal por excelencia (2010: p. 66), sin perjuicio de reconocer expresamente las complejidades existentes para delimitar qué se entiende por ellas. Incluso, en Italia, Donini reconoce la vigencia de un modelo integrado por ciencias hermenéuticas y empíricas (2010: p. 1079). En Alemania, Jakobs entiende que realmente estamos frente a una ciencia (2008: p. 22) y Kindhäuser la describe como una ciencia de la justicia con vocación práctica (2019: p. 16).

Por el contrario, voces minoritarias afirman que estamos frente a un proyecto de ciencia, pues metodológicamente adolece de defectos graves. Así, Eusebi señala que esta disciplina tiene dificultades profundas para encaminar y armonizar el estudio de eventos empíricos con requisitos subjetivos. Sumado a los problemas para imponer categorías normativas de forma independiente a las conclusiones de las ciencias básicas. También cuestiona el carácter científico, pues no portaría un mínimo ético, lo que permite discutir sobre sus modelos, herramientas y reglas de intervención. Finalmente, descarta que se trate de una ciencia social, pues no pretende conocer las dinámicas sociales respecto del crimen (2006: pp. 38-39).

Este problema puede abordarse desde la perspectiva de aquellos autores que defienden un modelo integral, propiciando una ampliación del modelo vigente tradicionalmente en la Dogmática penal, abierto a la incorporación de los aportes de otras

disciplinas, como son otras ramas del Derecho, pero también hacia otras ciencias sociales como la Criminología, Sociología, Estadística, incluso ciencias empíricas.

Dichos planteamientos se basan en una forma especial de comprender al Derecho, que no se reduce solamente a normas, sino que abarca las decisiones judiciales y la dimensión institucional de los creadores y aplicadores del sistema jurídico. También han extendido el posible contenido de la norma jurídico penal, a partir de la incorporación de los intereses protegidos y la realidad política, económica, criminológica, entre otras. Además incluyen la dimensión social de la criminalidad, que podrá ser comprendida según la información suministradas por otros saberes no normativos.

Por lo tanto, estaríamos frente a una disciplina que estudia la realidad normativa y social. La Ciencia jurídico-penal no es solamente normativa, es también *ciencia social*. (Donini, 2010: p. 1078). La limitación racional a este tipo de trabajos argumentativos reside en el apego a soluciones normativas, aplicando las reglas o describiendo su contenido. No se trata únicamente de un ejercicio retórico, sino que materialmente debe ajustarse a la legislación (Donini, 2010: p. 1090).

Otra forma de solucionar el problema la propuso Kindhäuser, explicando que la Ciencia jurídica tiene como objeto un sector del ordenamiento jurídico, pero no es una disciplina homogénea. En realidad, bajo su amparo se desarrollan actividades intelectuales distintas, que siguen diferentes caminos metodológicos y asumen diversos paradigmas epistemológicos, lo que conduce a una confusión de teorías complejas (2019: p. 19).

En primer lugar, la *Dogmática o Ciencia penal en sentido estricto*, desarrolla las condiciones para la aplicación del derecho punitivo vigente (Kindhäuser 2019: p. 19). Para ello, aplica un método racional y sistemático. Mediante la interpretación intenta aclarar el contenido de las reglas jurídico-penales. Además elabora una red conceptual en el propio Derecho punitivo y armoniza las relaciones con las estructuras de otras áreas jurídicas (Kindhäuser 2019: pp. 34-35).

En este nivel se puede agregar la *propuesta racionalizadora* de Hruschka, ya que la Dogmática penal busca posibilitar el proceso de configuración de la legislación criminal y la aplicación de la jurisprudencia, mediante análisis comprensivos de sistemas complejos de casos (2009: p. 367).

En segundo lugar, la teoría jurídica desarrolla una *labor meta-dogmática*, sustentada en la teoría de la ciencia y la impulsada en el campo jurídico. Concretamente “se dedica a revisar las interacciones entre las distintas reglas que componen el derecho punitivo” (Kindhäuser, 2019: p. 40).

Seguidamente, distingue al *empirismo* (o investigación empírica de hechos jurídicos), como una dimensión de la Ciencia jurídica que busca asegurar que el Derecho se ajuste a los hechos naturales y sociales. Por lo tanto, “la adecuada comprensión de la realidad empíricamente cognoscible es un presupuesto necesario de la adecuada constitución de hechos jurídicos (2019: p. 40).

En cuarto lugar, reconoce la existencia de la *investigación básica sustancial*, de carácter filosófico, que estudia los paradigmas y conceptos esenciales de las teorías propuestas (2019: p. 20).

En términos estrictos, las dos primeras, analizadas autónomamente, constituyen tópicos, en el sentido planteado por Viehweg (2019: pp. 33-36). De modo que para alcanzar el carácter científico en términos profundos, es necesario desarrollar una investigación empírica de hechos jurídicos y los estudios básicos sustanciales.

Es interesante el planteamiento de Kindhäuser, pues, dependiendo del sector de trabajo de la Ciencia jurídico-penal, encontraremos una mayor recepción a la información aportada por otras disciplinas. Pero además, esa apertura epistemológica repercute en la configuración del resto de los niveles; por ejemplo, una recepción adecuada de los antecedentes fácticos para la construcción del contenido de los conceptos jurídicos –es decir, ciencia en el tercer continente– repercutirá en el trabajo que desarrolle la Dogmática penal propiamente tal, al permitir el ejercicio del proceso de autocomprensión normativa, que termina definiendo cuál es el contenido del Derecho criminal vigente, pero también en el campo de la filosofía o investigación básica, ya que integrará los paradigmas filosóficos que permiten comprender el fundamento hondo de la institución.

La propuesta anterior encuentra un punto de contacto con el trabajo de Jakobs, en especial a propósito de la determinación del Derecho legítimo y vigente como tarea de la Ciencia penal (2008: p. 21). Con otras palabras, hablaremos de ciencia si sus estudios precisan qué discurso es la verdadera expresión de la constitución normativa de la sociedad. Para ello debe desarrollar un proceso de autocomprensión normativa en un determinado tiempo y lugar, persiguiendo los cimientos que la legitiman. Como contrapartida “quien, como auxiliar del Derecho, solo se mantiene al interior del sistema jurídico, puede efectivamente contribuir al sistema, pero no por ello realizará una tarea científica” (2008: p. 22).

Finalmente, estas tres últimas propuestas contribuyen a sostener que la Dogmática jurídico-penal realiza una labor científica, estudiando el Derecho punitivo, pero de forma heterogénea. En algunos sentidos sus aportes serán indudablemente científicos, en cuanto se refieren a métodos y resultados que superan el contenido contingente de los textos jurídicos, profundizando en sus paradigmas y fundamentos. Tampoco se debe desconocer que los estudios que normalmente se reconocen como dogmáticos, referidos a tareas de interpretación y sistematización interna y externa, son un paso fundamental para alcanzar el estatus ya referido, en la medida que se encaminan por un método argumentativo racional, apegado a la legislación vigente.

## 2. PRINCIPALES ASPECTOS EPISTEMOLÓGICOS DE LA CRIMINOLOGÍA

### 2.1. NOTAS SOBRE ASPECTOS EPISTEMOLÓGICOS CENTRALES DE LA CRIMINOLOGÍA

Un análisis de los problemas epistemológicos centrales de la Criminología representa una empresa tan compleja como revisar los nudos conflictivos de la ciencia jurídica, en especial la dedicada al Derecho penal. Este desafío encuentra sus dificultades en diversas características de la Criminología que la vuelven una disciplina fascinante, pero complicada.

En primer lugar, existe consenso en que no hay un único concepto que la describa, incluso se reconoce como una tarea imposible (Newburn, 2017: p. 5). Además se trata de una ciencia en constante crecimiento y expansión, que funciona de forma dinámica, y se desarrolla de forma diferente en diversas latitudes del mundo (Bosworth, Hoyle, 2011: p. 1). Como si fuera poco, tiene raíces históricas heterogéneas y sus autores han asumido diversos paradigmas (Newburn, 2017: p. 5). También sus conceptos troncales son ambiguos y debatibles (Case, 2017: p. 31). A ello se suma el debate sobre sus objetos de estudio, y que en su seno conviven disciplinas diferentes, generando límites epistemológicos un poco difusos (Newborn, 2017: p. 4).

Igualmente hay voces que reconocen las múltiples dificultades epistemológicas que subsisten en la Criminología. Desde antaño que se cuestiona que realmente sea ciencia (Sutherland, 1939: p. 23) y en nuestros días algunos afirman que aún no madura. En particular, tratándose de la reducción de la delincuencia se sostuvo que “no estamos seguros de cómo reducir sistemáticamente la gravedad del delito. Tenemos algunas ideas y estamos progresando, pero todavía no hemos llegado” (Eskridge, 2013: p. 9).

Sin perjuicio de estos cuestionamientos existe un grado de consenso en que la Criminología entrega información relevante sobre el problema criminal. Más precisamente, brinda antecedentes válidos, fiables y contrastados, pues son obtenidos por aplicación del método científico (García Pablos, 2008: p. 2). Hoy en día, fruto de la crisis del concepto de causa, esta disciplina no proporciona una respuesta única, basada exclusivamente en un factor para explicar el fenómeno criminal y sus características; sin embargo, sus aportes, en conjunto, deben ser considerados si se pretende comprender la delincuencia y trabajar seriamente en su prevención y sanción.

### 2.2. CONCEPTO Y OBJETO DE ESTUDIO DE LA CRIMINOLOGÍA

La expresión Criminología habría sido inventada por Paul Topinard, aunque su uso fue impulsado en el trabajo de Garófalo (Rivacoba, 1982: p. 67). Existe consenso en orden a que no es posible asumir un concepto único de Criminología y que intentar dicha labor es poco fecunda. El panorama general está marcado por una multiplicidad de nociones, casi una definición por cada autor. Algunas son amplísimas y otros bastante más acotadas, y no consiguen desprenderse de un grado de ambigüedad en sus términos. A continuación se hará referencia a dos propuestas seleccionadas para representar las diversas posibilidades de trabajo de la Criminología.

Algunos especialistas han optado por proponer un *concepto amplio*, asumiendo que son los estudios académicos sobre el crimen (Case, 2017: p. 31) y la sanción punitiva (Jiménez, 1964: p. 102). Estas definiciones son problemáticas, porque no se precisa qué son los estudios académicos y tampoco qué se entenderá por crimen, ni cuáles aspectos de la dimensión criminal quedarán comprendidos en estas investigaciones. Hay que advertir que la mayoría de las nociones que se presentarán se encuentran en una situación similar.

En el medio anglosajón, se sintetiza el objeto de estudio de la siguiente forma: la Criminología describe, mira, explora y debate sobre qué es un delito, cómo se le considera, la oportunidad en que se comete, sus registros e informes, tipos de delitos cometidos o registrados (Case, 2017: p. 32).

Desde una perspectiva más *restringida* García Pablos la ha definido como una “ciencia empírica e interdisciplinaria, que se ocupa del estudio del crimen, de la persona del infractor, la víctima y el control social del comportamiento delictivo. En el fondo, trata de suministrar una información válida y contrastada, sobre la génesis, dinámica y variables principales de la delincuencia –contemplada como problema individual y social-, así como sobre los programas de intervención eficaz del mismo, las técnicas de intervención positiva en el hombre delincuente y los diversos métodos o sistemas de respuesta al delito” (2008: p. 1). Esta propuesta abarca algunos aspectos del método de trabajo, precisa su objeto de análisis y los fines sociales que intenta conseguir.

Respecto del objeto de estudio, Agüero desarrolla un resumen especialmente claro del tratamiento que se le ha dado en numerosos manuales relevantes. En concreto, distingue un grupo de autores que fijan “el delito o crimen, el delincuente o infractor, la víctima, y el proceso de criminalización o control social”. Otros especialistas centran sus investigaciones en: el crimen, el delincuente y el sistema penal o de control del delito. Un tercer grupo, sostiene que el saber criminológico se sustenta en dos pilares: el comportamiento delictivo y la reacción social a dichos comportamientos, para unos, y el delito y el delincuente como fenómenos sociales para otros. Finalmente, ciertos criminólogos se centran en el delito o crimen, entendido como un fenómeno omnicomprendivo de casi todas las materias recién enunciadas (2010: p. 52).

En pocas palabras, todas estas propuestas pueden reconducirse al estudio del fenómeno delictivo y la pena, como su reacción social. Es conveniente mencionarlo ya que la Criminología dedicada a las causas del delito, con el paso de los años fue complementada con los aportes de la Criminología crítica que, “al estudiar al delito en un contexto histórico, social y económico”, enfatizó la necesidad de examinar el proceso de criminalización (Larrauri, Cid, 2001: pp. 241-243). Así, contribuyó a ampliar notablemente el objeto de estudio, las perspectivas de análisis y los métodos de trabajos a campos nuevos, como son: la Criminología verde, la Criminología cultural, la Criminología de las personas condenadas (Case, 2017: p. 418) y la Criminología feminista.

No debemos olvidar que Baratta propuso superar el modelo integrado de la ciencia penal mediante el abandono de la relación auxiliar, incorporando al propio sistema punitivo entre los objetos estudiados (2006: p. 98). Concretamente, lo entendió como un “complejo dinámico de funciones (proceso de criminalización) al cual concurre la actividad de las

diversas instancias oficiales” (1980: p. 27). Con ello defendió la incorporación de teorías materialistas en la base de los análisis, es decir, aspectos económico-políticos de la desviación, de los comportamientos socialmente negativos y de la criminalización (1980b: p. 159).

### 2.3. FUNCIONES DE LA INVESTIGACIÓN CRIMINOLÓGICA

En términos sencillos, podría resumirse el propósito de la investigación criminológica con las palabras de Serrano: esta disciplina busca que el análisis del fenómeno criminal supere las creencias que conforman el sentido común (2009: p. 41). Para ello, analiza e interpreta la información existente, construyendo investigaciones destinadas a describir en forma objetiva y estructurada la realidad, apoyada en métodos cualitativos y cuantitativos (Marotta, 2017: p. 2).

Según Garrido y Redondo, la investigación criminológica busca desarrollar descripciones sobre el fenómeno y explicar sus orígenes; propondrá hipótesis, teorías y métodos para verificarlas. En torno al primer objetivo, las investigaciones pretenden retratar de forma general, pero en términos precisos, el objeto de estudio (2013: pp. 129-130.). Ello se materializa en relatos lo más objetivos posibles (Marotta, 2017: p. 2). Mientras que la segunda tarea se consigue detectando los factores que inciden en el desarrollo la delincuencia (2013: pp. 129-130).

### 2.4. EL MÉTODO DE TRABAJO EN LA CRIMINOLOGÍA

Es usual afirmar que se trata de una ciencia que aporta *información fiable* respecto del fenómeno criminal (García 2008: p. 2), es decir, estudia una dimensión de la realidad social, especialmente el crimen. En específico, desarrolla definiciones, explicaciones y respuestas al crimen (Case, p. 31-32). El proceso de generación del conocimiento sobre la delincuencia no es simple, pues esta disciplina tiene varias peculiaridades que requieren ser atendidas.

El paradigma que influyó fuertemente la investigación criminológica fue el positivista, que a su vez fue fruto de la corriente del pensamiento que propuso aplicar el estudio del comportamiento humano a través del método científico (Serrano, 2009: p.39). Dicho influjo ha sido criticado hasta nuestros días, por el excesivo uso de un lenguaje de las ciencias naturales, a pesar de que el objeto y la metodología de trabajo son propios de las ciencias sociales. Este rasgo encontraría su causa en que todavía busca ser reconocida por las políticas públicas (Hope, 2011: p. 466). Con el paso de los años la influencia del paradigma sociológico y de la tendencia a la interpretación es innegable (Larrauri, 2015: p. 33).

Hoy existe algún grado de consenso en aceptar que la Criminología es una *ciencia del ser* (García Pablos, 2008: p. 3), y que se trata de una *ciencia social* que estudia la realidad

(Jones, 2009: p. 10). Con ello se acentúa su carácter empírico, aunque no necesariamente experimental. Sin embargo, se sigue cuestionando la cientificidad de esta disciplina.

En primer lugar, se ha cuestionado la aptitud de las ciencias sociales, en especial de la Criminología, para establecer generalizaciones universales sobre la sociedad. Además, que no se especifica, con toda claridad, sus condiciones de aplicación. También se dice que sus postulados son difíciles de aplicar más allá del fenómeno observado. Finalmente, se duda de la capacidad de captar la realidad social, en particular el comportamiento humano, en virtud de su complejidad (Serrano 2009: pp. 48-50).

En respuesta a esas críticas se ha afirmado que la Criminología es una disciplina más joven que las ciencias naturales, con diversas limitaciones, sumado a que la excesiva confianza en las disciplinas naturales representa una exageración.

Reconociendo que el objeto de estudio de la ciencia criminológica es más complejo por los diversos factores que deben ser tenidos en cuenta en las investigaciones, se acepta que no es una disciplina autónoma y que, precisamente, esa complicación le han permitido desarrollar una serie de conocimientos sobre el fenómeno criminal. Por lo tanto, no existe razón de peso para excluirla del análisis de las ciencias sociales (Serrano, 2009: pp. 49-51).

En virtud de lo anterior, algunos autores han planteado que la investigación criminológica aspira a aplicar el método científico. Para ello, sus estudios se fundan en la observación y, en ciertos casos, en la experimentación (Serrano, 2009: pp. 39-41). Ahora bien, tratándose de una ciencia social, realiza un análisis empírico, empleando una metodología que permite contrastar, verificar y falsear sus resultados (Larrauri, 2015: p. 33), estableciendo hipótesis, explicaciones y predicciones (Garrido, 2013: p. 130).

Por lo tanto, emplea un método similar al de otras ciencias sociales y naturales, como el sociológico, biológico y el psicológico (Garrido, 2013: p. 130). En definitiva, estos trabajos aplican un procedimiento regular, explícito y repetible. No debemos olvidar que en estos estudios, igualmente, se consideran datos secundarios que no son empíricos (Case, 2017: p. 140). En pocas palabras, se trata de una disciplina que mantiene criterios básicos que permiten poner a prueba los resultados que aportan sobre el fenómeno delictivo.

Otro aspecto conflictivo ha sido la decisión metodológica sobre realizar estudios de carácter cuantitativo o cualitativo. Tal como se señaló en las primeras páginas de este apartado, los métodos para acceder al conocimiento han ido variando en cada época y lugar, de acuerdo con diversos paradigmas o modelos imperantes; por ejemplo, durante la década del cincuenta predominaron los análisis cuantitativos, pero entrando en la década de los setenta, se desarrollaron más investigaciones cualitativas (Jones, 2009: p. 10).

Con la irrupción de la *Criminología crítica* y el cuestionamiento profundo al método de trabajo tradicional, se asumió que la criminalidad no es solamente un fenómeno ontológico de comportamientos y de individuos determinados. Por el contrario, se destacó la existencia de un estado asignado para ciertos grupos de personas seleccionadas. A partir de ello surge la necesidad de que la Criminología cuestione al sistema penal (Baratta, 1980b: p. 161). En

consecuencia, se produjo una división ideológica que generó una pugna entre los investigadores, algunos fueron considerados conservadores y otros críticos.

En la época contemporánea, se ha llegado a una especie de consenso que permite emplear ambos tipos de métodos en las investigaciones (Jones, 2009: p. 10); mientras en el panorama norteamericano se mantiene la división entre investigadores (Bosworth, Hoyle, 2011: p. 5), puesto que la utilización única de métodos cuantitativos presenta limitaciones relevantes que deben ser resueltas mediante otro tipo de análisis (García, 2008: p. 10).

En consecuencia, los *estudios cualitativos* se aplican a áreas especialmente sensibles, como son los análisis sobre víctimas de delitos sexuales, mientras que las *investigaciones cuantitativas* suelen utilizarse en otras materias (Jones, 2009: p. 10), pues “favorecen el entendimiento por encima de los cuantitativos que priman la recogida y exposición de datos” (Larrauri et al., 2001: p.243). Obviamente se admite la combinación de ambos para enriquecer las conclusiones.

Además, dentro de la gama de estudios desarrollados, se distinguen análisis basados en métodos transversales, que solamente recogen información del fenómeno o variable en un momento preciso, por ejemplo, las estadísticas. También han tenido lugar las investigaciones longitudinales, más complejas metodológica y económicamente hablando, pues obtienen los datos a partir de distintos momentos. Ellas explicarían de mejor forma las dinámicas del fenómeno estudiado, como son los estudios de seguimiento (*follow up*), las biografías criminales y los *case studies* (García, 2008: p. 10).

También las investigaciones pueden clasificarse según los niveles de análisis, como *teorías micro* o *macro*. Los primeros estudian aspectos referidos a la persona del autor a nivel individual. Mientras que las denominadas teorías macro analizan estructuras o el sistema social (Serrano, 2009: pp. 206-207).

Otro aspecto complejo discutido, derivado de que la Criminología es una ciencia social, dice relación con la antigua convicción de que buscaba hallar la *causa de los delitos*. Dichos cuestionamientos contribuyeron a concluir que es imposible asumir un concepto teórico de causa aplicable a todas las preguntas que analiza la Criminología. Ello derivó en que los criminólogos hicieran lo que Mannheim calificó como una “renuncia teórica” a usar esa noción (1975: p. 15). En el fondo, abdicaron de aplicar una causalidad lineal al estudio del fenómeno criminal y sus diversos ámbitos (Marotta, 2017: p.2). En consecuencia, estas investigaciones no aspiran conseguir conclusiones exactas, asumiendo que su propio conocimiento será más “relativo, provisional, abierto e inacabado” (García Pablos, 2008: p. 4).

En vista de esta abdicación se han adoptado diversas posturas metodológicas para sustentar la investigación criminológica. En primer lugar, se ha propiciado el desarrollo de una teoría ecléctica multicausal (Mannheim, 1975: p. 15). Expresión de lo anterior son las denominadas teorías integradas, que reconocen las limitaciones de las teorías unitarias y “seleccionan diversos enfoques disciplinarios, variables y teorías criminológicas” (Serrano, 2009: p. 532). En segundo término, se han abierto espacios a trabajar con nociones como la probabilidad de ocurrencia de resultados. También se ha distinguido entre los conceptos de

correlación y causa. Es decir, estas investigaciones aspiran a identificar factores relevantes en la concurrencia de los hechos estudiados (Larrauri, 2015: p. 139).

Representando esta tendencia predominante en España y Latinoamérica, Rivacoba sostuvo que los factores permitían superar el concepto de causa (1982: p. 71). En un sentido similar Serrano propuso realizar investigaciones basadas en elementos concurrentes, reconociendo que en estos fenómenos, en especial el estudio del delincuente, concurren una serie de antecedentes que influyen en su comportamiento, los que, seguramente, tendrán un distinto valor de incidencia en el resultado (2009: p. 218).

Por ello, se puede decir que un evento tiene varias causas con distinta proximidad al resultado final. En consecuencia, parece que la existencia de una relación causal se refiere a una probabilidad más que a una certeza (Jones, 2009: p. 7). Este asunto es relevante al momento de intentar realizar una interpretación con información criminológica, ya que no se pretende arribar a conclusiones en términos absolutos, sino que debe operar como ilustración del hecho.

#### 2.4.1. EL TRABAJO INTERDISCIPLINARIO Y MULTIDISCIPLINARIO DE LA CRIMINOLOGÍA

Para algunos especialistas la Criminología es una disciplina muy desordenada (Bossworth, Hoyle, 2011: pp. 8-9), pues en sus investigaciones intervienen distintas ciencias. Sin embargo, otros estiman que justamente ahí radica la principal fortaleza (Newburn, 2017: p. 5).

La mayoría de los manuales de Criminología explican que en su interior confluyen análisis sobre el fenómeno criminal desarrollados por la Biología, Psicología, Sociología (Manheim, 1975: p. 23), Historia, Política, Economía, Geografía, Derecho, Antropología (Case, 2017: p. 34) y las ciencias médicas (Bossworth et al., 2011: p. 9).

Esta idea no debe hacer creer que el criminólogo es un experto en cada una de estas disciplinas (Seelin, 1970: p. 6). Por el contrario, los aportes de cada especialidad confluyen en la producción del conocimiento y, con ello, se propende a superar una dificultad metodológica fuerte, fundada en el excesivo encasillamiento entre el trabajo cualitativo y cuantitativo (Bottoms, 2008: pp. 79-80). Además, esta forma de trabajar permite prevenir la subordinación disciplinar y las conclusiones contradictorias respecto del fenómeno estudiado (Rivacoba, 1982: p. 78). En consecuencia, tal como señaló Manheim, la Criminología se convirtió en un terreno neutral para discutir (1975: p. 23).

Ahora bien, cómo la Criminología consigue superar estas dificultades es un asunto que sigue cuestionándose. Tal como constató Agüero, en su interior algunos autores sostienen que se trabaja mediante un sistema multidisciplinario o interdisciplinario, e incluso algunos son partidarios de que ambos conviven simultáneamente (2010: p. 54).

Respecto del *trabajo multidisciplinario* se ha afirmado que comprende el desarrollo de diversas investigaciones que abarcan distintas ciencias. En el fondo, cada una de ellas realiza sus estudios y sus objetos de análisis son revisados desde la perspectiva particular (Agüero, 2010: p. 54). Por ello aportan desde su propio campo de trabajo y, al final, convergen en las conclusiones.

Por otro lado, la *investigación interdisciplinaria* exige una cooperación más estrecha destinada a integrar esos conocimientos desarrollados separadamente. Consecuencialmente, la Criminología actúa como una disciplina superior que los transforma, integrando y coordinando cada aporte (Cobo, 2014: p. 55). Es decir, opera como una instancia que procesa los resultados individuales (García, 2008: p. 8). En concreto, su tarea es adoptar, adaptar y aplicar las características, métodos de estudio, temas y argumentos desarrollados por otras ciencias (Case, 2017: p. 34). Las conclusiones de la Criminología se traducirán en la reunión de distintos enfoques disciplinarios (Newborn, 2015: p. 5) que operará a modo de síntesis.

## 2.5. LA RELACIÓN ENTRE LA CRIMINOLOGÍA Y EL DERECHO PENAL

Considerando las características descritas anteriormente, es decir, que la Criminología permite que convivan en su interior diversas disciplinas, y el específico diverso objeto de estudio de esta investigación, se debe reflexionar sobre las vinculaciones que existen entre Criminología y Derecho penal.

Ya se ha explicado que las relaciones con las ciencias sociales son fundamentales en el estudio del fenómeno criminal, pues todas estudian el mismo fenómeno humano, revisando su dimensión social y antropológica (Ponti, 1980: p. 5). Dentro de las vinculaciones más importantes y complejas se destaca la vinculación con el Derecho punitivo. Esa dificultad se refleja en aportes recíprocos, es decir, son bidireccionales, aunque operan en momentos diversos y cumplen distintas funciones. En particular, se sostendrá que la legislación punitiva y la Dogmática penal aportan en la configuración de la Criminología y esta última contribuye a delimitar los textos jurídico penales y su interpretación.

Una premisa básica que se debe recordar la formuló Seelig, al afirmar que “cada una de esas dos ciencias, desde el punto de vista teórico gnoseológico es igualmente necesaria y trae su legitimación de su propio valor gnoseológico y no, por ejemplo, de la ayuda que presta a la disciplina hermana” (1958: p. 26). Tratándose de la Criminología y la Dogmática penal, ambas disciplinas pueden revisar las investigaciones de la otra para estudiar sus aportes. Ese análisis contribuye a desarrollar diversos trabajos y conclusiones.

En resumen, tienen una relación peculiar, pues la Criminología puede ir moldeando el contenido del texto legal punitivo y, a su vez, los tipos penales marcarán los contornos de las investigaciones criminológicas. Sin perjuicio de ello, existen diferencias metodológicas en el trabajo de cada investigación, las que serán abordadas en la medida que se desarrollen estas reflexiones.

Las vinculaciones entre ambas disciplinas no han sido pacíficas, pues durante muchos años existieron relaciones “poco cordiales” (García, 1998: p. 55) o tormentosas (Zaffaroni, 2012a: p. 10). Dicha tensión se originó en los constantes intentos de dominación epistemológica de una sobre la otra (Larrauri et al., 2011: p. 26).

Dichas disputas fueron consecuencia de las concepciones vigentes en la época del siglo XIX. Durante esos años la ciencia jurídico-penal realizaba sus análisis en un plano teórico, asumiendo un estudio totalmente abstracto del contenido de las leyes, destinando esfuerzos a fundamentar el *ius puniendi* a precisar el fin de las penas y la responsabilidad criminal. En definitiva, sus aportes reflejaban un trabajo de especulación filosófica.

Este panorama tuvo un vuelco con la influencia del método de las ciencias naturales. Comenzaron a desarrollarse estudios sobre el delito fundado en dicha metodología, concibiéndolo básicamente como un fenómeno natural y social. Ese paradigma influyó fuertemente, y por años, en Italia e Iberoamérica, siendo resistido en el pensamiento alemán (Rivacoba, 1982: pp. 38-39); consecuentemente, el Derecho penal quedó desplazado y reducido por la investigación criminológica. De ahí se pueden comprender las razones por las que algunos autores sostuvieron radicalmente que la Criminología era una meta-ciencia del Derecho criminal (Mannheim, 1975: p. 23), e incluso las afirmaciones que negaban la ideología jurídico-penal (Baratta, 1980: p. 19).

A lo largo de la compleja relación entre Dogmática penal y Criminología se ha reconocido su autonomía, pero con una fuerte vinculación (Ponti, 1980: p. 24), ya que ambas se desempeñan como auxiliares de la otra, y si bien observan el fenómeno delictivo, tienen objetos de estudios distintos, ya que la ciencia jurídico penal estudia “la ley positiva jurídico-penal; esto es determinar cuál es el contenido del Derecho penal, qué es lo que dice el Derecho penal” (Gimbernat, 1999: p. 36). Por otro lado, la Criminología apunta a establecer causas o factores que confluyen en la comisión del delito.

A pesar de las diferencias descritas anteriormente, desde la obra de Von Liszt se sostuvo que era necesario establecer una relación de interdependencia entre ambas. En este sentido, concluyó que “sólo la reunión de los dos métodos, recíprocamente examinados y completados por el otro permiten conducir a un conocimiento exacto del crimen”. Entonces, es perfectamente posible que un mismo hecho sea analizado mediante criterios normativos, valorativos, finalistas o a través cualquier otra clase de estudios, y eso no lo hará perder su unidad (1916: p. 9).

En la actualidad una tendencia amplia al interior de la doctrina penal propone desarrollar una relación equilibrada entre ambas (Maurach, 1994: p. 47), sin intentar dirigir la evolución de la otra (Serrano, 1983: p. 53). Por el contrario, deben trabajar como ciencias asociadas (Sainz, 1982: p. 86). La visión de Rivacoba reflejó este espíritu, entendiendo que el trabajo de los jueces en la construcción de las argumentaciones de sus sentencias, exige elaborar razonamientos de carácter lógico y expresando conocimientos sobre los datos de la criminalidad y juicios valorativos (1989: pp. 6-8).

### 2.5.1. PRIMERA VINCULACIÓN: CONFIGURACIÓN RECÍPROCA DEL OBJETO DE ESTUDIO

Una primera conexión epistemológica viene dada porque la Criminología, el Derecho penal y su dogmática, observan el mismo fenómeno, desde distintas perspectivas. Para estudiarlo utilizan metodologías de trabajo divergentes. Tal como señaló Zaffaroni, existe una superposición en el objeto de estudio entre ambas (2012b: p. 123). Estos acontecimientos se pueden estudiar como un fenómeno social llamado criminalidad o como hecho individual denominado delito (Hassemer, Muñoz, 1989: p. 27). A pesar de compartir el objeto sus interacciones son limitadas (Lacey, 2012: p. 58).

En el fondo, recíprocamente terminan influyendo en la fijación de sus métodos de trabajo al intervenir en la selección del objeto de cada una. Esta situación ha llevado a concluir que el Derecho penal es presupuesto indispensable de la Criminología (Bustos, 1983: p. 23). Por otro lado, “la Criminología suministra muchas veces las bases para la superestructura valorativa del Derecho penal” (Seelig, 1958: p. 26).

Precisamente la *definición del delito* como objeto de estudio de la Criminología ha dado lugar a un interesante debate. Serrano nos recuerda que este aspecto ha generado serios problemas, siendo el “más difícil que deba afrontar y también sus consecuencias son las más decisivas” (2009: p. 68). Se ha discutido la posibilidad de adoptar un concepto legal, obtenido a partir de los elementos que entrega la legislación, o bien uno natural, incluso la instauración de otro criminológico.

Tal como señalaba Pavarini, si el Derecho penal dota de objeto a la Criminología produce una doble reducción en el objeto, limitando sus posibilidades de conocimiento, porque sólo analizará lo que la legislación criminal defina como delito, y termina estudiando aquello que es efectivamente perseguido por los aparatos de control social, es decir, los crímenes en que sus autores son derivados a la cárcel, manicomio o las oficinas policiales (1992: p. 54). Consecuentemente, se buscaba avanzar en una ciencia criminológica que se mantuviera alejada de aspectos políticos, legisladores y abogados.

Dentro de esta postura destacó la concepción de Beccaria, pues asumió que el daño causado a una sociedad era la medida del delito (Garrido et al., 2013: p. 60). Posteriormente, en de la escuela positivista italiana, Garófalo afirmó que se trataba de la “infracción de ciertos comportamientos morales que sean fundamentales para una comunidad, independientemente de que estén tipificados en las leyes penales o no” (Serrano, 2009: p. 71). Dicha noción fue cuestionada en virtud de su ambigüedad. Sin embargo, los intentos por asentar nociones naturales no cesaron y, en su época, la propuesta de Gottfredson y Hirschi gozó de buena reputación al concebir que el delito se refiere a todo acto de fuerza física o engaño, realizado buscando el beneficio propio (Serrano, 2009: p. 71). En este caso se criticó lo restringido e impreciso de la definición, sumado a que termina recogiendo conductas irrelevantes (Serrano, 2008: p. 72). Otros autores han propuesto desarrollar un concepto natural de delito, pues sería fundamental que una ciencia defina autónomamente y con precisión el objeto de investigaciones. Parten sobre la base del reconocimiento de elementos o condiciones inherentes a ciertas conductas típicas, con prescindencia de su regulación legal.

Como contrapartida, otros autores consideraron que debe emplearse el concepto de delito consagrado en la ley (Ponti, 1980: p. 29), es decir, necesita acotarse a las conductas tipificadas como tal en la legislación criminal. Una postura que reconoce la relevancia de la definición legal fue defendida por Serrano. El criminólogo español afirmó que delito es “toda infracción de normas sociales recogidas en las leyes penales que tienda a ser perseguida oficialmente en caso de ser descubierta” (2009: p. 77). Igualmente, García-Pablos propuso la adopción de un concepto no unitario de delito que brinde mayor flexibilidad metodológica a la disciplina, de acuerdo con las necesidades que cada investigación debe satisfacer (2008: p. 54). Incluso Garrido y Redondo afirmaron que “los delitos consisten en conductas de agresión o engaño, cuyo propósito es lograr un beneficio o satisfacción propios, sin tomar en consideración el daño o riesgo que se causará a otras personas o a sus propiedades” (2013: p. 62).

Esta propuesta ha sido criticada desde una perspectiva científica. Primero, porque no sería apropiado que el objeto de investigación de una ciencia venga impuesto por otra disciplina. Segundo, ya que el legislador, al fijar los tipos penales, no se guía necesariamente por criterios adecuados desde una perspectiva explicativa causal. Por el contrario, se trata de una decisión política adoptada en determinados momentos. No olvidemos que, según posturas críticas, estas elecciones recogen los intereses de ciertos grupos sociales que detentan el poder. Tercero, las leyes punitivas generan problemas interpretativos porque sus enunciados son vagos, imprecisos, y modificados constantemente (Serrano, 2008: pp. 69-70).

Un matiz en el debate introdujo Rivacoba al concluir que se debe seguir el concepto legal, suprimiendo las referencias a valores, manteniendo solamente los aspectos del fenómeno natural que permitirán pesquisar las causas individuales o sociales de su comisión (1982: p. 73). En este sentido, numerosos criminólogos han propuesto tener en cuenta los elementos del delito según los textos legales, pero complejizando su estudio, reconociendo que la noción legal de delito no coincide con las categorías criminológicas (Larrauri, 2015: p. 17).

Por ejemplo, se podría distinguir tipologías de delitos a partir del rechazo y la reacción social que provocan; distinguiendo en comportamientos penalizados y castigados en casi cualquier sociedad moderna, conductas sancionadas en ciertos contextos concretos, también aquellos sobre los que la ley se aplica con baja frecuencia y los que están en vía de penalización o despenalización (Garrido et al., 2013: p. 58). De ello se desprende aquella afirmación criminológica propia del interaccionismo simbólico que reconoce que el delito no es solamente aquello que la ley define como tal, sino que también aquello que el sistema de justicia detecta, persigue y condena (Garrido et al., 2013: p. 58).

Además del control social formal, se debe analizar la interacción entre el autor del delito, la víctima y el objeto del delito, con el control social informal insuficiente (Garrido et al., 2013: p. 65). En palabras sencillas, se ha propuesto ampliar el objeto de estudio revisando el comportamiento antisocial (2009: p. 73), incluyendo las denominadas las conductas desviadas que son atípicas, jurídicamente hablando (Garrido et al., 1997: p. 119), o incluso la reacción de la sociedad hacia el crimen, prescindiendo de la definición legal (Mannheim, 1975: pp. 19-20). Entonces, como la Criminología estudia el proceso de criminalización,

analiza no solo los comportamientos tipificados, sino que todas aquellas que rodean el fenómeno delictivo.

En síntesis, los estudios criminológicos revisarán textos legales, sentencias judiciales y el trabajo de la Dogmática penal, para marcar los contornos de su propia investigación. En algunos casos se ceñirá estrictamente a aquellas conductas tipificadas como delitos en la ley penal, pero también seleccionará comportamientos y factores que no pueden ser calificados como tales, pero que son sumamente relevantes en el estudio de la criminalidad, por ejemplo, las primeras conductas antisociales del autor, antecedentes facilitadores de la comisión de delitos, la influencia de los controles sociales formales e informales y la reacción social (Garrido et al., 2013: p. 48).

Desde la perspectiva jurídica, los estudios sobre la realidad criminal influyen en el establecimiento de leyes penales, siendo esta una de las vinculaciones más aceptadas en la dogmática penal y las investigaciones criminológicas. En un plano ideal, Díez nos recuerda que criminólogos y otros especialistas debieran concurrir con planes de acción respecto del fenómeno de la delincuencia, proponiendo soluciones técnicas al respecto, basadas en el conocimiento especializado que detentan, sus equipos de estudio y medios técnicos para investigar; sin embargo, terminan defendiendo diversos intereses ideológicos, socioeconómicos o puramente científicos. Sus propuestas pueden oírse a nivel pre-legislativo o en las comisiones técnicas de los parlamentos, pero termina predominando una desconsideración de la pericia como rasgo característico de la actual política legislativa, principalmente en materia penal (2013: pp.30-31).

En consecuencia, en la práctica en muchas ocasiones se desconoce la información criminológica, anulando la pretensión de la Criminología en orden a influir en la generación de políticas públicas y en la configuración del contenido de las leyes penales. Si bien es cierto, muchos de sus estudios adoptan el método científico y un lenguaje cercano a las ciencias naturales para influir en las instituciones de toma de decisiones, finalmente terminan recibiendo fuertes críticas por el excesivo interés en ser oído, obtener reconocimiento y legitimación de las autoridades, en vez de cuestionar el funcionamiento del sistema punitivo (Hope, 2011: p. 466).

#### 2.5.2. SEGUNDA RELACIÓN: EL ESTUDIO DEL CONTROL SOCIAL FORMAL

Desde el desarrollo de la teoría del *Labeling approach* en los años sesenta se ha reconocido la relevancia los controles sociales en el fenómeno criminal (García Pablos, 2008: p. 148). En palabras sencillas, todas las sociedades necesitan de ciertos mecanismos internos que garanticen la cohesión social. Para ello despliegan una serie de procesos o instrumentos que aseguran el cumplimiento de las pautas de conducta, es decir, los *controles sociales*. Estos comprenden un “conjunto de instituciones, estrategias y sanciones sociales que pretenden promover y garantizar dicho sometimiento del individuo a los modelos y normas comunitarias” (García Pablos, 2008: p. 148). Desempeñan un rol fundamental en la formación de la personalidad y el autocontrol de los individuos (Garrido et al., 2013: p. 70).

A partir de lo anterior se reconocen dos tipos de control, el *informal* y el *formal*. El primero de ellos comprende entidades como la familia, religión, escuela, profesión y la opinión pública; mientras que los segundos son conformados por instituciones que funcionan ejerciendo mecanismos coercitivos, más intensos, respecto de conductas alejadas de las normas sociales, los que se aplican por el control social penal. Ambos intervienen conjuntamente para contribuir a la prevención de los delitos (Garrido et al. 2013: p. 69). De ahí que los mecanismos formalizados solamente operan cuando los controles informales no consiguieron que el individuo adaptara su conducta a las pautas de comportamiento mayormente aceptadas (García Pablos, 2008: pp. 148-150). Por su intensidad, los controles formales están regulados legalmente, precisando los organismos y sanciones que se utilizarán (Garrido et al., 2013: p. 69).

La influencia de los controles sociales en la configuración de la criminalidad, exige que la comprensión de la delincuencia analice el funcionamiento del sistema punitivo. El contenido y ejercicio del *ius puniendi* no es neutral y podrá traer consecuencias en la comisión de delitos, ya que “el sistema penal, por tanto, no responde a un delito, sino que cuando reacciona frente a un comportamiento, contribuye a que sea definido como delito”. De esta forma, se podrá analizar la regulación de las normas jurídicas y su aplicación institucional (Larrauri, 2015: p. 19).

Para ello se estudiará la actuación de las fuerzas policiales, el trabajo de jueces y fiscales y las penas impuestas (Larrauri, 2015: pp. 20- 22), analizando cómo estas personas y organizaciones trabajan juntos o no, integrando un sistema complejo que responde al fenómeno criminal. Incluso algunos estudios se han dedicado a trabajar incorporando a las víctimas afectadas por los crímenes (Case, 2017: p. 35). Los análisis también pueden comprender los efectos disuasorios de la vigilancia, tasas de esclarecimientos de delitos, efectos preventivos de las penas, entre otros (Garrido, 2013: p. 70).

Todo ello permite concluir, siguiendo a Baratta, que la ciencia integrada del Derecho penal debe emplear una interdisciplinariedad interna, para que todas las disciplinas se centren en un objeto único (2006: p. 168). Entonces una misión de la Criminología es cuestionar los procesos de definición criminal (Bustos, 2006: p. 26) revisando cómo funciona el sistema de justicia criminal (Case, 2017: p. 32).

Precisamente, uno de los caminos seguidos por los criminólogos consiste en estudiar los procesos de criminalización, pues permite precisar con mayor claridad las vinculaciones entre ley penal y sistema de justicia criminal (Lacey, 2012: p. 57). También se analizan los resultados de la criminalización, revisando las consecuencias del proceso de reforma legal, judicial (incorporando el rol del Ministerio Público) y otros procedimientos penales. Además, puede examinarse la práctica criminalizadora comprensiva de la creación, interpretación y aplicación de los órganos que componen el sistema criminal, incluyendo policías, fiscales, jueces, abogados y el público (Lacey, 2012: p. 59).

Desde la perspectiva jurídica algunas voces han propuesto estudiar el proceso de legitimación de las leyes punitivas revisando empíricamente cómo se aplican. Un ejemplo de esta propuesta la desarrolló Fernández al sostener que la delincuencia y los medios de control,

constituyen posibles objetos de estudio del análisis crítico del discurso, al contener aspectos sumamente conflictivos por reproducir el control y la desigualdad social (2013: p. 496).

Ello debe motivar a los investigadores a analizar el utilizado en instituciones públicas, puesto que “la realidad social está limitada y construida por la realidad colectiva del lenguaje” (Fernández, 2013: p. 481). Por lo tanto, si bien se ha hecho un estudio extenso del lenguaje empleado en los medios de comunicación masivos, también sería posible extenderlo a los textos legales en materia penal. Dicha tarea exige desarrollar un trabajo enmarcado en la denominada *Criminología posmoderna*, entendida como extensión de la *Criminología crítica*, que revisa los micro procesos del poder penal y el discurso utilizado en las relaciones de poder, “así, por ejemplo, el discurso de un policía reflejará lo que supone debe ser un policía, es decir, asumirá la posición del discurso policial dominante”. Su premisa de trabajo asume que el delito es resultado de una producción lingüística expresiva de relaciones de control y poder, por lo que la delincuencia se configura a partir del discurso dominante (Fernández, 2013: p. 482).

Entonces, si se analiza el lenguaje empleado por los funcionarios policiales ¿no debería dedicarse esfuerzos al examen del lenguaje de las leyes penales y de las sentencias dictadas por los jueces, en la medida que ambos contribuyen a definir el control social? Parece ser que esa vía es un camino que podrá recorrerse tanto por la Criminología como por aquellos especialistas dedicados al análisis de discursos en el Derecho punitivo.

La segunda posibilidad es que la propia Dogmática penal cumpla una de las principales funciones que se le ha asignado, consistente en “controlar críticamente la racionalidad de las decisiones adoptadas en el ejercicio del poder punitivo estatal” (Schurmann, 2019: p. 555). Una opción teórica ha sido desarrollada a partir la teoría de la argumentación jurídica, propone analizar diversos niveles racionalidad de las leyes penales siguiendo un modelo construido para estos fines.

Al efecto, Díez propone una adaptación del esquema de Atienza, enfocándolo únicamente en la legislación punitiva. Para ello asume que existen distintas racionalidades, compuestas por la racionalidad ética, teleológica, lingüística, jurídico formal, pragmática y teleológica. Todas deben funcionar de forma integrada la configuración la ley. Concretamente, “la racionalidad ética marcaría el ámbito de juego de las restantes racionalidades, la teleológica establecería los objetivos a satisfacer dentro de ese marco, y las restantes se suceden en un orden de proyección decreciente de instrumentalidad” (2013: pp. 90-96).

Por lo tanto, si un estudioso del Derecho penal o un criminólogo analiza la racionalidad de las leyes punitivas deberá converger en el análisis del cumplimiento de los estándares de la racionalidad pragmática. La irracionalidad en ese ámbito se verificará cuando estemos frente a “leyes penales que no son susceptibles de un apreciable cumplimiento por los ciudadanos o de una significativa aplicación por los órganos de control social jurídico sancionador, cuanto ante leyes que, en cualquier caso, no logran los objetivos pretendidos” (Díez, 2013: pp. 90-96).

### 2.5.3. TERCERA RELACIÓN: ANALIZAN EL MISMO OBJETO, PERO EMPLEANDO MÉTODOS DIFERENTES

Como ya se ha afirmado la Criminología y la Dogmática penal estudian el mismo objeto; sin embargo, la metodología que emplea cada una es diferente y ello no debería representar una sorpresa (Walklate, 2005: p. 5). En la tradición europea-continental, que ha predominado en nuestra región, y en el modelo anglosajón, estas disciplinas interactúan constantemente. Esto ha traído como consecuencia que “las tradicionales diferencias metodológicas han generado un oscurecimiento en el estudio del hecho que la elaboración, interpretación y aplicación del Derecho penal ocurre en un contexto social y, por lo tanto, no se ha puesto más atención a los procesos políticos que conllevan” (Lacey, 2012: p. 58).

Sin embargo, el hecho de compartir el objeto de estudio contribuye a generar distintas maneras de interpretar la realidad social y ofrecer mecanismos variados para disminuir la comisión de delitos. Un ejemplo de lo anterior son los estudios sobre mujeres privadas de libertad. En estos casos los análisis de la Dogmática jurídico-penal revisarán la legislación aplicable, reglamentos y toda clase de instrumentos normativos que regulen su situación; por el contrario, la investigación criminológica aplicará probablemente metodologías cuantitativas y cualitativas que permitan desarrollar entrevistas a las mujeres encarceladas y sus familias, sumado la revisión de expedientes y otros documentos penitenciarios (Garrido et al., 2013: p. 131). Considerando estas cuestiones propuestas por Garrido y Redondo se vislumbran las diferencias que marcarán el trabajo de cada disciplina.

El trabajo criminológico desarrollado a partir de la aplicación del método científico ha resultado especialmente prolífico para comprender el fenómeno criminal, es decir, analiza aspectos empíricos, mirados desde una perspectiva cercana a la explicación causal, o en términos más honestos intelectualmente, detectando los factores que inciden en su comisión (Kaiser, 1988: p. 31; García Pablos, 2008: p. 5; Mir Puig, 2005: p. 58; Quintero Olivares, 2005: p. 213; Jescheck, 2002: p. 50; Rodríguez, Serrano, 1994: p. 80; Ponti, 1980: p. 8). No olvidemos a este respecto que la investigación criminológica puede desarrollarse mediante estudios interdisciplinarios o multidisciplinarios. En consecuencia, se le confiere al investigador opciones variadas para retomar el problema analizado y verificar los resultados obtenidos con anterioridad (Garrido et al., 2013: p. 131).

Cuando se hace referencia al carácter marcadamente empírico de la Criminología, se intenta resaltar su objeto de análisis integrante del denominado mundo real, pues busca conocer la realidad. Los estudios sobre delito, delincuente, víctima y control social contarían con un substrato real, no condicionado por aspectos valóricos. Tal como señala García Pablos, se trataría de un hecho más. En consecuencia, mediante un procedimiento inductivo se analizan los datos y comprueba las hipótesis, alejándose de argumentos de autoridad o consideraciones subjetivas (García Pablos, 2008: pp. 5-6).

Desde la otra vereda, tradicionalmente se ha afirmado que la ciencia jurídico-penal, en su afán de conocer, explicar y sistematizar el Derecho punitivo, valora, ordena y orienta su contenido de acuerdo con criterios axiológicos. Para ello emplea un razonamiento deductivo, de carácter dogmático, a diferencia de la Criminología, que realiza su labor

mediante un razonamiento de tipo inductivo e interdisciplinario, en búsqueda de posibles causas o factores que expliquen el fenómeno de la criminalidad.

El trabajo de los juristas dedicados al estudio del Derecho criminal se vincula a procedimientos deductivos, pero también en algunos casos hermenéuticos, buscando fijar el significado de los enunciados normativos (Garrido et al., 2013: p. 131). Para otros especialistas, la labor de la Dogmática penal se enfoca en la construcción de premisas que permitan deducir consecuencias jurídicas correctas (García Pablos, 2008: p. 6). También algunas voces demandan que el trabajo dogmático reconstruya racionalmente todo el sistema jurídico. Sumado a la propuesta de que esta ciencia debería precisar el Derecho penal legítimo y vigente en la sociedad. Todo ello sin perjuicio de las otras posturas que se explicaron con mayor detalle en las páginas anteriores.

Mirando un poco más profundamente el problema, si se examina el trabajo mismo desarrollado por la Dogmática penal, Pulitanò nos recuerda que en realidad analiza el lenguaje de las normas contenidas en el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, este lenguaje “lo construye la ciencia, a partir del lenguaje común y del lenguaje legislativo”. Sus conclusiones persiguen interpretar dichos textos y desarrollar propuestas teóricas de naturaleza distinta a la interpretativa. Igualmente reconoce que su objeto no se reduciría sencillamente a los cuerpos legales, sino que también los procesos de formación, comprensión y aplicación del ordenamiento jurídico-penal (2017: p. 9). Esto es relevante, pues el análisis de la jurisprudencia normalmente integra los estudios de esta disciplina y, tal como señaló Gimbernat, su utilidad radica en facilitar la tarea de resolución de casos para el juez, por lo que se contribuye a un diálogo entre ambos sectores (1999: p. 123).

Por supuesto, estas diferencias metodológicas obedecen a que ambas disciplinas persiguen fines diversos y realizan razonamientos distintos, aunque compartan el objeto de estudio. Tal como señalan Garrido y Redondo, los resultados de estas investigaciones generan distintas interpretaciones del mismo fenómeno. Por un lado, los juristas modelan sus respuestas respetando normas y valoraciones, mientras que los criminólogos fundan sus conclusiones en aspectos empíricos fijados por la investigación científica (2013: p. 131). El Derecho penal y sus estudiosos seleccionan la realidad que analizarán a partir de criterios de la fragmentariedad propia de la legislación punitiva, tanto en disposiciones de la Parte especial como de la Parte general. Por otro lado, la Criminología selecciona los fenómenos que analiza conforme a investigaciones científicas (García Pablos, 2008: p. 6). Ello se traduce, evidentemente, en soluciones disímiles para el problema criminal (Garrido, et al., 2013: p. 131).

Con todo, esta pretendida clara diferenciación ha sido cuestionada desde sus cimientos por los criminólogos críticos. Una prueba de esta controversia se vislumbra en el debate público protagonizado en Latinoamérica por Lola Aniyar de Castro, Eduardo Novoa Monreal y Roberto Bergalli. Esta discusión se inició por la afirmación que sostuvo el penalista chileno al argumentar en torno a una falta de orientación epistemológica de la Criminología crítica en relación al Derecho penal. A su parecer, esta situación habría surgido por la ampliación de su objeto de estudio a todas las formas de control social (1985: p. 27), abandonando la posición histórica de que la Criminología estudiaba las causas o factores del

delito. Dicho ensanchamiento no habría fijado con la adecuada precisión los límites entre varias ciencias sociales (1986: p. 51).

En respuesta a la crítica, Aniyar argumentó que no existe una confusión de márgenes entre las disciplinas, a raíz de la indispensable colaboración interdisciplinaria, que debe vincular la tarea científica con la política (1986: pp. 40-44). Si bien el debate es mucho más extenso, Bergalli cerró la discusión al proponer separar la Criminología del conocimiento del control social, el que debía ser desarrollado mediante un pensamiento crítico latinoamericano para que la Dogmática penal se nutriera de la reflexión proveniente del análisis extra-normativo de la sociología del control penal (1986: p. 69).

Actualmente, Ferrajoli es partidario de refundar la Criminología crítica, ampliando nuevamente su objeto de estudio, para que la investigación criminológica se centre también en la criminalidad del poder, los crímenes de Estado y de sistema, desarrollando respuestas en los márgenes del Estado de Derecho y los principios garantistas (2013: pp. 4-5). Para Del Olmo, en nuestro contexto social de predominante vigilancia y control, la Criminología se debe integrar el saber y el poder como forma de superar la postmodernidad (2013: p. 153).

#### 2.5.4. CUARTA RELACIÓN: TEORÍA JURÍDICA E INFORMACIÓN EMPÍRICA

En un número amplio de tratados y manuales se suele afirmar que la Criminología es una ciencia del ser y el Derecho una ciencia del deber ser, generando la impresión en el lector de que se trata de compartimentos más o menos separados, que operan bajo lógicas y razonamientos diferentes. Por ejemplo, García Pablos afirma que la Criminología se desempeña en las ciencias empíricas, porque estudia un sustrato de la realidad, que sería verificable y medible, no en el plano de los valores (2008: p. 5). Sin embargo, parece ser que en la propia investigación criminológica, a pesar de ser marcadamente empírica, la teoría tiene un rol predominante, por lo que no es tan sencillo formular una aseveración tan tajante. Además se producen dificultades por la profundidad del tema, ya que plantear la relación de la teoría y los datos es difícil (Bottoms, 2008: p.79).

Una primera premisa para conducir el tema supone asumir que no existen hechos neutrales (Bottoms, 2008: p. 78). A partir de ello se ha afirmado que la información criminológica rotulada como dato, aparentemente objetivo, en realidad expresa nuestras concepciones teóricas y ellas influyen también en la selección del tema que el investigador decide analizar y la perspectiva que empleará en su trabajo (Larrauri, 2015: p. 39).

Incluso para algunos investigadores dedicados a la Criminología los datos o información en bruto no son deseados ni necesarios, llegando a ser irrelevantes (Bossworth et al., 2011: pp. 8-9). Tal como recuerda Serrano “la ciencia no empieza por las observaciones ni por la acumulación de hechos. Pese a que es una concepción bastante extendida en la ciencia, ésta no consiste en reunir hechos particulares conocidos sobre una cuestión cualquiera como delito, por ejemplo, para construir a partir de ellos –por inducción- una teoría general abstracta explicativa. Por el contrario, lo primero siempre es la teoría. Sin ella

no es posible ni siquiera saber qué hechos particulares pueden ser relevantes y cuáles no” (Serrano, 2009: pp. 41-42).

En segundo lugar, se podría reflexionar a propósito de la obtención y construcción de los datos. Su configuración expresa una selección de variables que, realmente, no son tan objetivas como aparentan. En ese sentido, Bottoms reconoce que la teoría está presente en su proceso de recopilación e interpretación (2008: p. 78), obviamente estos antecedentes fueron filtrados previamente aplicando una teoría. Tal como recuerda Larrauri, “por ejemplo, clasificamos en torno a variables como edad, género, inmigración (y no peso y optometría)” (2015: p. 39).

En tercer lugar, la relación de teoría y datos puede analizarse a partir de la valoración de la calidad de las teorías propuestas. Si se revisan los estándares generales, se entenderá adecuada una propuesta que tenga coherencia interna, un amplio ámbito de aplicación, contenido simple, previsible y con aplicaciones prácticas; reconociendo que es posible, no todas las investigaciones cumplen todos estos estándares (Serrano, 2008: pp. 230-239).

Ahora bien, Bottoms relató una experiencia personal profesional para ejemplificar este asunto y vale la pena revisarla. Cuando él se dedicó a hacer estudios penitenciarios, realizando una investigación en un centro de internación juvenil, recuerda haber asistido como observador a varias reuniones del personal, aburriéndose mientras se desarrollaban, ya que estaban dedicadas a estudiar, por ejemplo, los programas de tratamientos que ofrecían, los resultados de las intervenciones. Sin embargo, con el paso del tiempo entendió que la comprensión teórica de esta institución necesitaba considerar las rutinas diarias y sus detalles para conseguir mayor capacidad explicativa (2008: p. 79). En este caso, la teoría necesita de datos concretos, lo que nos conduce al siguiente tema a considerar.

El cuarto problema que se puede discutir se centra en la utilidad que tiene la relación entre datos y teorías. Concretamente, la revisión del trabajo desarrollado en investigaciones que persiguen explicaciones causales permite identificar que teoría y datos contribuyen a dar respuesta a la pregunta de investigación, recaída en el análisis de fenómenos sociales, es decir, persiguiendo “la verdad científica”. Mientras en los análisis normativos, que buscan responder preguntas sobre la justicia y su aplicación, los datos ayudan a clarificar sus razonamientos y en análisis filosóficos complejos (Bottoms, 2008: p. 105-106).

Desde la perspectiva jurídico-penal, esta relación se expresa en los estudios teórico-científicos que analizan aspectos empíricos. Recordando lo señalado por Kindhäuser, la Dogmática penal debe comprender cabalmente los hechos naturales y sociales que regula el ordenamiento jurídico (2019: p. 20), es decir, debe conocer estos antecedentes empíricos para desarrollar el trabajo teórico legislativo. Por ello, sus conclusiones dependen parcialmente de categorías jurídicas y antecedentes de la realidad social “en tanto ella desea organizar el mundo según las valoraciones del derecho, solo puede recurrir a aquellos mecanismos que también pueden efectivamente condicionar cambios reales. En particular, ella no puede prescindir de conocimientos sobre el proceso causal” (Kindhäuser, 2019: p. 41).

Su planteamiento nos conduce a una premisa fundamental: “El derecho es un orden de deber, es decir, con fundamento en el mundo natural produce un mundo institucional: El transforma hechos naturales en hechos institucionales”. Su ejemplo sobre este asunto es bastante clarificador, pues recurre a la noción de culpabilidad, explicando que no se trata de una pretendida cualidad natural, como sería la composición de la sangre. Por el contrario, dicho concepto es normativo, supone un juicio de imputación compuesto por reglas jurídicas. Solamente así se determinará la capacidad de culpabilidad que permite a las personas actuar siguiendo los mandatos del Derecho. Por el contrario, “la adscripción de cualidades institucionales jurídico-penalmente relevantes es inútil cuando la afirmación de los correspondientes hechos primarios es falsa o, simplemente, su garantía es deficiente” (Kindhäuser, 2019: p. 40).

#### 2.5.5. EL USO DE LA INFORMACIÓN APORTADA POR LA CRIMINOLÓGICA EN LA INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES PENALES

Como se dijo anteriormente la necesidad de regular aspectos de la realidad natural o social y la construcción de categorías teórico jurídicas referidas a valores condicionan el trabajo de la ciencia jurídica, otorgándole elementos para seleccionar la obtención de datos empíricos concretos. Una manifestación de lo anterior se concreta en el uso de la información criminológica en el trabajo teórico de interpretación de las leyes punitivas.

En la Dogmática jurídico-penal se distinguen varios antecedentes que motivan al penalista a adentrarse en el conocimiento criminológico. La primera sería una curiosidad natural por el objeto de estudio de su área de trabajo. Además, en bastantes casos, solamente se podrá arribar a precisar el significado del texto legal si se acude a la información aportada por la Criminología, es decir, se trata de razones de alto valor interpretativo (Gimbernat, 1999: p. 34; Quintero Olivares 2005: p. 214).

Como se ha dicho reiteradamente, la Ciencia penal es una disciplina compleja, heterogénea, en que diversas escuelas son partidarias de una apertura epistemológica, que posibilita introducir antecedentes extrajurídicos en su argumentación teórica. Sin embargo, las reflexiones en este problema no son sencillas, sobre todo si se considera el discurso tradicional transmitido históricamente sobre elementos comunes y diferentes entre Dogmática penal y Criminología. Afortunadamente el creciente reconocimiento de la vinculación entre teoría y datos, permite a juristas y criminólogos aceptar que esta tajante diferencia del plano del “ser” y el “deber ser” admite matices y cuestionamientos, y ellos no necesariamente nos conducirán al despeñadero de la falacia naturalista.

La clásica afirmación de que la Criminología es una disciplina alejada de valoraciones puede ser fuertemente criticada. Ella estudia el crimen, pero en su cometido termina revisando el contenido del Derecho, con toda su carga valorativa y el sistema criminal que selecciona comportamientos desvalorados en la disposición jurídico-penal. En palabras de Seelig “un delito se determina no por caracteres reales del suceder, sino normativamente, por el ordenamiento jurídico respectivo” (1958: p. 25). Tal como señalaba Radbruch, la ciencia jurídica realiza reconstrucciones teóricas de segundo grado expresando la preformación

conceptual de su materia, es decir, de antecedentes empíricos (2013: p. 40). Recordando a Bottoms, la adecuada relación entre ambos permite la construcción de análisis más complejos y profundos.

Por una parte, si asumiéramos posiciones exclusivamente normativistas, probablemente caeríamos a un pantanoso y complejo escenario derivado de la excesiva abstracción teórica, desconectada de la realidad social. Este camino ya lo recorrió la ciencia jurídica en general y la Dogmática penal, cuando predominaron tendencias como la jurisprudencia de los conceptos, que condujeron a que el péndulo se terminara trasladando al otro extremo, persistiendo hoy en las expresiones más extremas de funcionalismo. En consecuencia, una postura moderada que vincule ambos planos, puede contribuir a desarrollar análisis más completos e integrales para los juristas.

En el fondo, la interpretación de las leyes, sobre todo en casos difíciles, analiza algo que forma parte del mundo, integrando el contenido del sistema jurídico. Tal como señaló Zaffaroni toda labor hermenéutica requiere respetar su dimensión óptica (2012b: p. 77). En consecuencia, el trabajo dogmático necesita adentrarse en aquello regulado en las leyes (Sainz Cantero, 1970: p. 34). En palabras de Von Hentig “debemos recordar que en un plano ideal se ha señalado que una ley penal científica no sólo sería un sistema lógico altamente desarrollado, sino que reflejaría las normas de la Criminología más firmemente establecidas. Actualmente, aunque referidas a un fenómeno de la vida, llevan una existencia separada, representando dos sistemas algo celosos de conocimiento en la esfera de la ciencia” (1948: p. 29).

El proceso de determinación del contenido de la legislación criminal debe tener en cuenta las características de la realidad social que está regulando, sobre todo por razones de racionalidad legislativa. La historia nos recuerda que las categorías de las ofensas criminales son contingentes, no surgen de un plano abstracto o valorativo, desconectadas de la realidad, dependen de ciertos lugares y tiempos, recogiendo costumbres sociales, sensibilidades culturales, preceptos morales y religiosos (Lacey, 2012: p. 61).

Por su parte, desde el ámbito criminológico, Herrero afirmó que esta disciplina proporciona al Derecho penal una base real, colmando de contenido “la letra y el espíritu de las normas”, mientras que “corresponde a la Criminología inspirar, pero no determinar ni decidir” (1997: pp. 34-37). Constituye una base indispensable para la teoría y práctica del Derecho penal, penitenciario y procesal penal moderno (Pelaez, 1982: p. 190). Desde el pensamiento crítico latinoamericano, Aniyar concluyó que, igualmente, “la Criminología crítica debe alimentar las maneras como la dogmática debe adecuarse a la realidad social, cultural y política latinoamericana” (2008: p. 507) y Del Olmo defendió la realización de “una síntesis entre ambos saberes” (1987: p.90).

Hoy resultaría arriesgado afirmar que la información sobre la realidad social aportada por distintas ciencias no es relevante ni útil para el Derecho penal y su interpretación. En términos amplios, Fiandaca postula que estos conocimientos son ineludibles en el trabajo del juez, ya sea porque constantemente surgen nuevas formas de criminalidad, o se trata de otros fenómenos relevantes para el sistema criminal, como es la relación de causalidad,

imputabilidad, peligrosidad, consciencia y voluntad, coeficiente psicológico del dolo y culpabilidad. La trascendencia de estos antecedentes es tal, que a su juicio, en muchos casos es difícil de distinguir entre el momento valorativo y cognitivo (2004: pp. 8-10). Las conclusiones del autor italiano se desarrollan a partir del trabajo de la judicatura, pero la tarea interpretativa la realizan diversos actores, entre ellos la Dogmática penal y el legislador. Sus reglas metodológicas no cambian según el cargo que desempeña la persona que interpreta. Dicha característica permite extrapolar la propuesta de Fiandaca a todo el quehacer hermenéutico jurídico-penal.

En particular, respecto de la Criminología la situación es similar, ya que teóricamente, el sistema jurídico se construye a partir de la información que proporciona a la Política criminal. Tal como ha señalado recientemente Marotta, no se podría desconocer la contribución de la investigación criminológica en cada área del Derecho penal (2017: p. 32).

En términos amplios, en la Parte general sería relevante la configuración de la culpabilidad, en la teoría de la pena, su ejecución, la aplicación de penas alternativas y de beneficios en el cumplimiento de la condena (Ponti, 1980: p. 25; Hassemer et.al., 1989: p. 32). A ello debe agregarse su conmensuración, la aplicación de las medidas de seguridad, el examen de imputabilidad, la valoración de la peligrosidad y de ciertas circunstancias (Marotta, 2017: p. 32).

Respecto de la Parte especial, Gimbernat sostuvo más precisamente que la Criminología constituye una herramienta interpretativa útil tratándose del tipo de robo con violación y a propósito de problemas de autoría y participación en delitos terroristas (1999: p. 34); mientras que Beristain agregó los tipos penales de auxilio al suicidio, aborto, rapto, crímenes de cuello blanco, ciertas acciones antirreligiosas y delitos políticos (1985: p. 39).

En pocas palabras, todo este recorrido teórico demuestra que es posible ampliar la visión tradicional, morigerando la división tajante entre ser y deber ser, como también las propuestas que solamente reconocían una vinculación entre Criminología y Política criminal, sin enlazar teóricamente y de forma directa a la Criminología con el trabajo de la Dogmática penal. En consecuencia, esta investigación conduce a fundamentar que es relevante valerse, en el proceso de interpretación de la ley penal, de los conocimientos criminológicos.

## CAPÍTULO TERCERO: CASOS DIFÍCILES PARA INTERPRETAR

### 1. PRIMER CASO: LA MUERTE DEL TIRANO DOMÉSTICO COMETIDA POR LA MUJER VÍCTIMA DE VIOLENCIA DOMÉSTICA Y LA LEGÍTIMA DEFENSA

“Y de ser grandes nuestros reinos,  
ellos tendrían, sin faltar,  
mares verdes, mares de algas,  
y el ave loca del faisán...  
Todas íbamos a ser reinas,  
y de verídico reinar;  
pero ninguna ha sido reina  
ni en Arauco ni en Copán”  
(Gabriela Mistral, Todas íbamos a ser reinas)

#### 1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA INTERPRETATIVO

En términos generales, los casos de violencia surgidos en el seno de relaciones sentimentales son bastante complejos. Ello ha propiciado distintas soluciones jurisprudenciales y dogmáticas, por lo tanto es fundamental acotar el problema a investigar.

En efecto, la bibliografía sobre la situación de las mujeres que matan al marido luego de años padeciendo agresiones de parte de éste es extensa y usualmente se basa en hechos reales e hipotéticos. Si bien todos estos casos están caracterizados por la agresión física y psicológica del hombre hacia su compañera sentimental, hay diversos antecedentes que permiten justificar, con mayor o menor dificultad, la interpretación resuelta. En ocasiones se las ha sancionado como autoras de homicidios calificados por alevosía y asesinato. En otras oportunidades se ha resuelto excluir la culpabilidad de las mujeres aceptando la concurrencia del estado de necesidad, pero también se ha acogido la legítima defensa.

Con la finalidad de fijar el objeto de análisis de esta investigación, se han seleccionado dos casos concretos representativos del problema detectado, pues permiten poner en mayor tensión las posibles interpretaciones del requisito de la inminencia de la agresión en la legítima defensa, el primero fue presentado en la doctrina nacional y el segundo corresponde a una sentencia estadounidense. En el fondo, ambos contribuyen a cuestionar el significado que se le ha dado a esos términos y el funcionamiento de la institución propiamente tal.

El primero de ellos fue narrado en Chile por Villegas: “una mujer, sometida a malos tratos físicos y psicológicos constantes por parte de su pareja durante años, ha salido de compras sin avisar. El sujeto, excesivamente celoso, le recrimina, y tras una discusión sale a

beber con los amigos, no sin antes advertir a la mujer, y en presencia del hijo mayor: “ya verás cuando regrese”. La mujer y el hijo saben que eso significa golpiza segura, tras años de malos tratos han aprendido a prever las consecuencias de esas advertencias (o amenazas), conocen el contenido exacto de esas frases. Deciden esperar al agresor armados con un palo. Al ingresar éste en la vivienda, tres horas después, borracho, la mujer se abalanza sobre él y lo golpea en la cabeza, el sujeto se vuelve hacia la mujer para pegarle y el hijo asesta un segundo golpe en la cabeza con otro palo que tiene a su vez entre manos. Ambos golpes le ocasionan la muerte por TEC” (2010: p. 161).

El segundo corresponde al conocido caso norteamericano *State v Norman*. La historia de Judy Norman estuvo marcada por las constantes agresiones que recibió de su marido durante largos años de matrimonio. Concretamente, su cónyuge la atacó sistemáticamente. Norman soportó en forma habitual humillaciones, quemaduras, cortes en su cuerpo y palizas hasta quedar en estado de inconsciencia. En otras ocasiones la obligó a comer alimento de perro, dormir en el suelo y prostituirse. Por todo ello, la mujer solicitó ayuda a la Policía, pero su petición no fue acogida positivamente ya que le exigieron que presentara una denuncia jurada en contra de su marido, lo que le provocó miedo a recibir otra reprimenda. También Norman intentó solicitar apoyo de instituciones de asistencia social, las que no se concretaron pues su marido detectó estas peticiones, obligándola a retractarse bajo amenazas de muerte. Un día, al regresar a la casa, el cónyuge repitió las quemaduras y humillaciones, golpeándola hasta el hastío, pero esa vez ella esperó a que él durmiese dándole tres disparos por la espalda, provocando su muerte<sup>1</sup>.

A partir de ambos relatos es posible anticipar que el análisis del problema no puede remitirse exclusivamente al aspecto fáctico, sino que requiere estudiar la dificultad conceptual que enfrenta el intérprete. Básicamente estamos frente a casos difíciles, ya que el jurista afronta una multiplicidad de problemas interpretativos, probatorios y de calificación, siendo los primeros relevantes según el objeto de esta investigación, pues en ambos relatos “ninguna de las disposiciones legales parece constituir la norma por la cual dicha causa podría encuadrarse” (Etala, 2016: p. 72).

El primer problema interpretativo relevante recae sobre la complejidad de la determinación de la expresión “inminencia” como requisito de la causa de justificación legítima defensa, considerando aquellos casos en que la mujer víctima de violencia doméstica mata a su marido agresor. Es decir, si una mujer vive en una relación sentimental en que su compañero sentimental la maltrata en forma constante ¿desde cuándo las agresiones relatadas pueden considerarse inminentes para admitir su legítima defensa?

Además conviene recordar que la legítima defensa es una causa de justificación prevista en el artículo 10 número 4º del Código penal chileno. La reconstrucción dogmática que se hace del texto legal exige que exista una agresión ilegítima y que el medio empleado para repelerla sea racionalmente necesario, sumado a que no debe existir una provocación previa de parte del que se defiende. Sin embargo, el alcance exacto de cada requisito requiere de una reconstrucción dogmática para comprender su extensión lingüística y conceptual, pues

---

<sup>1</sup> Supreme Court of North Carolina, *State of North Carolina v. Judy Ann Laws Norman*, 5 de abril de 1989, 324 N.C. 253, s.p.

en estos casos es necesario cuestionar si las interpretaciones tradicionales permiten captar este tipo de casos o simplemente debemos trasladar el problema a las causas de exculpación, sin reconocer el derecho a una defensa frente a este tipo de agresiones.

## 1.2. EL PROBLEMA JURÍDICO RESPECTO DE LAS MUJERES QUE MATAN AL TIRANO DOMÉSTICO

### 1.2.1. SOLUCIONES JURÍDICAS AL PROBLEMA DE LA MUERTE DEL TIRANO DOMÉSTICO

Tratándose de los casos en que la mujer mata a su conviviente agresor luego de padecer malos tratamientos graves, las respuestas que el sistema judicial y la dogmática penal han dado, son bastante dispares. En algunos países que no tipifican la figura del parricidio se ha desarrollado una tendencia jurisprudencial favorable a sancionarlo como homicidio calificado o asesinato por alevosía, excluyendo la concurrencia de la causal legítima defensa por entenderse que no se verifica una agresión actual o inminente o porque no existiría necesidad concreta de defensa al utilizarse un medio tan gravoso (Zilio, 2012: p. 319).

En lo que respecta a esta solución, dentro de la jurisprudencia española que acoge el asesinato, se destaca el caso que tiene lugar cuando la mujer decide matar al marido, valiéndose de que éste se encuentra desprevenido, pues se califica la conducta como “taimada, cautelosa” (Peñaranda 2014: p. 34). Frente a esas resoluciones, se ha criticado duramente la supuesta neutralidad que fundamenta este tipo de interpretaciones. Por lo mismo, si previamente el marido amenaza o agrede físicamente a la mujer ¿qué otra opción tiene ella para lograr vencer la superioridad física del marido y optar por la legítima defensa? (Larrauri, Varona, 1995: p. 49).

Otra vía supone excluir la culpabilidad de las mujeres imputadas por estos delitos, con lo que sigue manteniéndose el ilícito penal y queda intacto el sistema de imputación (Pitlevnik, Zalazar, 2017: p. 76). Una vía interpretativa consiste en admitir el síndrome de la mujer maltratada como expresión de una menor reprochabilidad de la conducta. Por ejemplo, en Chile los tribunales de justicia y el legislador, acogen predominantemente esta postura al admitir el miedo insuperable y la fuerza irresistible (Van Weezel, 2015: p. 346), sumado a la reforma legal de la ley 20.480 que modifica el Código penal introduciendo el tipo penal de femicidio y el estado de necesidad exculpante (Tapia, 2014: pp. 38-39).

Una tercera posibilidad, admitida ampliamente en España y Alemania, se manifiesta a favor de reconocer en estos casos la concurrencia del estado de necesidad (Requejo, 1999: p.141-142), mientras en Chile algunos autores abogan por establecer una modificación legal que incluya el estado de necesidad defensivo (Van Weezel, 2015: p. 347-348).

Finalmente, opiniones minoritarias han sostenido que estos casos cumplirían los requisitos de la legítima defensa, específicamente la preventiva, fundada en la necesidad (Larrauri, 2008: pp. 62-70). Esta solución ha sido acogida en la jurisprudencia nacional, alemana, española y estadounidense, por lo que es relevante analizar la interpretación de las disposiciones que regulan esta causa de justificación.

Por todo lo antes dicho, este capítulo estudiará la posibilidad de que la conducta de la mujer que mata al marido sea entendida como expresión de un acto de defensa ante una agresión inminente. Para ello se analizarán aportes, desde literatura española, alemana, estadounidense y chilena.

Los documentos de origen español, se analizaron por las semejanzas culturales existentes entre ambos países y por ciertas similitudes en la regulación y origen de la institución de la legítima defensa. También se revisaron algunos aportes de especialistas alemanes, ya que su interpretación sobre el requisito de la agresión inminente, ha influido en el entendimiento de la institución en España y Chile en virtud de la importación de ciertas soluciones a ambos sistemas jurídicos. Para terminar, se recogieron ciertas propuestas norteamericanas que han tenido en cuenta el síndrome de la mujer golpeada, con el objeto de estudiar cómo se ha integrado esta información sobre el fenómeno de la violencia en la pareja en el sistema jurídico de dicho país.

#### 1.2.2. LA LEGÍTIMA DEFENSA COMO CAUSA DE JUSTIFICACIÓN QUE AMPARA A LA MUJER QUE MATA AL TIRANO DOMÉSTICO

Como ya es reconocido, en Chile, de acuerdo a lo dispuesto en numeral 4° del artículo 10 del Código penal, para que opere esta causa de justificación se necesita la concurrencia de los siguientes requisitos: en primer lugar debe existir una agresión ilegítima; en segundo lugar el medio empleado debe ser necesario racionalmente para impedir la o repelerla. Finalmente, el que se defiende no debe haber provocado de forma suficiente al agresor (Couso, 2011: p. 2019). Si bien el legislador no lo ha señalado expresamente, a partir de las circunstancias primera y segunda, la postura mayoritaria de los autores precisa que la agresión sea actual o inminente.

El origen de esta dificultad puede remontarse a la utilización de expresiones generales en la ley penal. Claramente ello no debe sorprendernos, pues la propia ley tiene una vocación general y se caracteriza por la textura abierta del lenguaje. En ese sentido, recordando a Hart, el uso de estas reglas generales provoca dudas en la resolución de los casos concretos (2012: p. 157). Ello se expresa de forma más intensa tratándose de una causa de justificación en la que el propio legislador intenta redactar el texto con amplitud suficiente para darle la mayor extensión de contenido posible, considerando su efecto desincriminante, lo que refleja una suerte de taxatividad atenuada (Moreso, 2001: p. 527). Ahora bien, algunos problemas que derivan de esta generalidad son la vaguedad y ambigüedad.

La particularidad de la expresión “inminencia de la agresión” radica en que su formulación genera una zona de penumbra, pues exige la concurrencia de una propiedad que debe estar presente durante un espacio de tiempo (Moreso, 2004: p. 154-155), pero el legislador no ha fijado su duración exacta y tampoco podría hacerlo, considerando la amplia casuística de agresiones que permiten autorizar la justificante.

Por ello, si los esfuerzos del intérprete se centran únicamente en aplicar directivas interpretativas lingüísticas o de interpretación literal de la expresión, no conseguirá más que

seguir encerrado en el problema. De ahí surge la necesidad metodológica de explorar la utilización de otros materiales, instrumentos y pautas interpretativas, que permitan complejizar la tarea. En efecto, se necesita recordar el abanico de posibilidades propuesto por Chiassoni, sobre todo a partir de directivas interpretativas teleológicas o de interpretación heterónoma o de argumentos sustanciales (2011: pp. 104-107), explicadas en el primer capítulo de esta investigación.

En resumen, estamos frente a un caso en que el significado que tradicionalmente se otorga a la expresión inminente entra en una fuerte tensión con las características del hecho analizado, pues se trata de una situación de defensa no confrontacional, cuya representación más paradigmática se expresa cuando la mujer mata a su compañero mientras duerme o está descuidado (Lauría y Saba 2017: p: 55). Tomando en consideración la relevancia de los aspectos que confluyen en el problema, resulta fundamental analizar primeramente cuáles son los significados que admite la expresión estudiada y, luego, si este tipo de hechos pueden quedar comprendidos en el contenido de la disposición.

#### 1.2.2.1. PRIMER REQUISITO DE LA LEGÍTIMA DEFENSA: LA AGRESIÓN

En general, si bien la ley no lo exige expresamente, la mayoría de la dogmática penal nacional y extranjera acepta que la agresión debe ser actual o inminente (Wilenmann, 2017: p. 269). Por lo anterior, es conveniente revisar qué se ha entendido por agresión y, posteriormente, cómo se ha construido las nociones de actualidad e inminencia.

En la literatura especializada abundan diversas opiniones sobre el contenido de una agresión ilegítima que pueden desprenderse de su complejidad conceptual y su importante rol en la configuración de la causa de justificación. Por lo mismo, el debate ha sido extenso, pero en términos generales, en los autores alemanes domina la opinión que implícitamente desestima concebir la agresión como sinónimo de fuerza o violencia (Luzón, 2006: p. 115).

Por cierto, respecto de la agresión, la doctrina nacional ha afirmado que una agresión se refiere a una conducta humana que lesione o ponga en riesgo ciertos bienes jurídicos, excluyendo agresiones provenientes de animales. Además, contemplaría modalidades activas u omisivas, dolosas e imprudentes, incluso aquellas que son desplegadas con error esencial (Couso, 2011: pp. 214-215). Siempre debe tratarse de ataques no legitimados jurídicamente (Cury, 2009: p. 373), por lo tanto, la conducta debe ser contraria a normas jurídicas objetivas (Novoa, 2010: p. 338), sin que se necesite un carácter delictivo (Politoff, Matus, Ramírez, 2016: p. 216).

Sobre el particular, Wilenmann ha intentado definir este requisito a partir de la particular situación de agredido y agresor. Para el primero, la agresión será “la puesta en peligro del sustrato material de esos derechos”, de modo que el ordenamiento jurídico le reconoce la facultad de defender sus derechos. Por otro lado, desde la perspectiva del agresor, se configura cuando no cumple las pautas de comportamiento indicadas por el Derecho, a pesar de encontrarse en condiciones de hacerlo, de modo que la imputación jurídica dependerá de consideraciones normativas, personales y temporales (2017: p. 180).

Además se ha señalado que debe tratarse de una agresión real, pues si solamente hay una agresión aparente que confunde al agredido, se tratará de una legítima defensa putativa, que no permite justificar la conducta (Etcheberry, 1998: p. 253). Sin embargo, el requisito de la realidad ha sido tratado de diferentes formas; por ejemplo, Cury defiende que debe considerarse la apreciación personal del sujeto agredido, considerando su conocimiento sobre los hechos y su contexto (2009: p. 373).

Ahora bien, el estudio del requisito es diferente dependiendo del tratamiento dado en España o Alemania. Tal como señala Luzón, en el país germano existe un rechazo mayoritario a asimilar la expresión agresión y fuerza física o material (2006: p.115). En ese sentido, Jescheck precisa que una agresión será “toda lesión o puesta en peligro que procedente de una persona, afecta un interés jurídicamente protegido del autor o de un tercero” (2002: pp. 362-363) y Roxin afirma que “una agresión es la amenaza de un bien jurídico por una conducta humana” y será antijurídica no solamente cuando amenace provocar el daño, sino que necesita portar el desvalor de la acción sin que se exija una especial conducta “culpable” del agresor. (2001: pp: 611-618).

En segundo lugar, el análisis de la situación española requiere distinguir una primera tendencia interpretativa, asumida por la doctrina y abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo español, que afirma que una agresión es sinónimo de fuerza física, material, es decir, acometimiento. Por otro lado, frente a dicha propuesta, se ha desarrollado una fuerte resistencia dogmática a partir del trabajo de Luis Jiménez de Asúa, pues estimaba que una solución de esa naturaleza es una interpretación sumamente restrictiva, por eso propuso que se comprendan agresiones como la comisión u omisión, bastando que constituya un verdadero peligro para intereses protegidos (Jiménez, 1961: pp.167- 173).

Haciendo eco de la crítica, Rodríguez y Serrano señalaron que debemos entender que una agresión siempre hace referencia a una persona y a la lesión de un bien jurídico concreto del dicho titular, admitiendo que los bienes jurídicos que pueden ser objeto de la agresión son amplios y se puede incluir “la vida, integridad corporal salud, pudor, y cualquier interés que revista la forma de un derecho: la libertad, el honor, la propiedad en su máxima expresión” (1995: p. 557). Con ello, se abre la posibilidad de interpretar ampliamente la expresión agresión ya que su contenido dependerá estrictamente de las características del bien jurídico lesionado y, por lo tanto, la interpretación restrictiva que históricamente desarrolló la jurisprudencia española que entendía que la agresión únicamente podía ser sinónimo de acometimiento (1995: p. 560).

En ese sentido, Luzón va más lejos sosteniendo que una agresión, en realidad, es una acción de puesta en riesgo de bienes jurídicos. En consecuencia, una acción alude a una manifestación de voluntad de una persona, que incluye omisiones y, por otro lado, necesita poner en peligro continuamente determinados bienes jurídicos. Además, la agresión no debe concluir, y tampoco exige una lesión concreta ya que, en caso contrario, no podría hablarse de acción defensiva (2006: pp. 123-124).

### 1.2.2.2. SEGUNDO REQUISITO DE LA LEGÍTIMA DEFENSA: ACTUALIDAD O INMINENCIA DE LA AGRESIÓN

Lo primero importante de mencionar es que la actualidad o inminencia de la agresión no son requisitos establecidos por el legislador expresamente, sino que la doctrina mayoritaria en España, Alemania y Chile acepta dichas nociones, fundamentalmente porque une conceptualmente las ideas de agresión y defensa (Mir, 2005: p. 433).

Ahora bien, tal como se ha sugerido en páginas anteriores, la utilización de conceptos derivados de la idea de “tiempo” en el Derecho, permanentemente genera dificultades, sobre todo para el intérprete que debe establecer el significado de textos normativos cuyo contenido es amplio y graduable, quedando obligando a revisar la concurrencia de requisitos en un espacio de tiempo sin delimitación previa. En particular, estos requisitos son complicados y ello se refleja en el extenso desarrollo doctrinal y jurisprudencial que, de todos modos, ha resultado insuficiente, pues, tal como indica Wilenmann, no consiguen especificar su contenido (2017: 270).

No debemos olvidar que una agresión ilegítima es un acto delimitado en el tiempo y en el espacio, que necesita ser actual o presente, o inmediatamente próxima en el tiempo y, solamente en esas situaciones se faculta a repeler la agresión, amparado en el ejercicio de un derecho de defensa (Requejo, 1999: p. 108).

En términos generales, las propuestas interpretativas sobre esta agresión justificada asumen que el contorno de lo inminente viene dado por una vinculación más o menos intensa con aquello que no es actual. Por lo tanto, según algunas opiniones, lo actual excluirá lo inminente y, en otros casos, tendrá una relación estrechísima, pudiendo ser entendidas como sinónimo. Por su parte, en Chile, Politoff, Matus y Ramírez nos recuerdan la necesidad de que la agresión no se haya agotado (2016: p. 217).

De esta forma, la construcción de la noción de agresión inminente usualmente se ha articulado estableciendo distintas vinculaciones con el concepto de agresión actual. Por ello, la revisión de la bibliografía especializada podría clasificarse, según Wilenmann, entre aquellos trabajos, fundamentalmente alemanes, que responden la pregunta según los criterios entregados por la noción de tentativa, o bien las que sostienen la teoría de la eficacia, a partir de la necesidad de una defensa y, en tercer lugar, aquellas que proponen una conexión débil entre la actualidad y la tentativa (2017: p. 275).

Un sector de la doctrina se manifiesta a favor de asumir que una agresión será actual en la medida que haya comenzado y no esté consumada o totalmente agotada (Muñoz, García, 2004: p. 325), diferenciándola de la simple venganza (Mir, 2005: p. 433). De esta opinión fueron Bustos y Hormazábal, al sostener que la agresión debía estar próxima a desencadenarse (2006: p. 261). También Nino aseveró que debíamos estar frente a un peligro actual y serio de lesión a algún bien jurídico (1982: p. 112).

Ahora bien, en la dogmática penal alemana se pone más énfasis en la inminencia de la agresión, de modo que Jescheck estima que debe tratarse de un peligro inmediato que está teniendo lugar y persiste (2002: pp. 366-367). Además, Stratenwerth afirmó que la agresión

puede ser actual o inminente, en la medida que subsista. Por ello, el criterio temporal definitorio consistiría en que la actuación defensiva podría iniciarse en cualquier momento en que todavía pueda resultar exitosa, aunque ello deriva en el problema de la posible exclusión de agresiones antijurídicas que ya dejaron de ser inminentes (2000: p. 196-197).

En Chile la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, deduciendo el requisito a partir de la exigencia usar un medio racional para repeler o impedir una agresión (Etcheberry, 1998: p. 254), ha entendido que una agresión inminente es aquella lógicamente previsible (Politoff, et al., 2002: p. 130). Así, Etcheberry afirma que no puede referirse a agresiones que ocurran en un futuro remoto (1998: p. 254), es decir, se acepta que la inminencia se configura cuando el delito está en etapa de acto preparatorio (Couso, 2011: p.216), sin que sea necesario alcanzar la tentativa (Politoff et al., 2002: p. 130). Todo ello, a pesar de que entienden que “la agresión que se espera en el futuro más o menos próximo, pero que todavía no es inminente, así como la que ya se produjo y se agotó (...) no satisfacen este requisito” (Couso, 2011: p. 216).

Además, es importante recordar la situación de los delitos permanentes, en los que la legítima defensa se considerará lícita mientras subsista el período consumativo (Etcheberry, 1998: p. 254). Es decir, en palabras de Novoa, es necesario que subsista el estado antijurídico (2010: p. 340).

Volviendo al problema del tiempo y la inminencia, Villegas, revisando jurisprudencia chilena ha concluido que la interpretación del requisito ha sido menos restrictiva que en otros países, incluyendo dentro de la noción no solamente el acometimiento físico. En ese sentido destaca que la Corte Suprema en el año 1968 ya había admitido agresiones de obra y palabra y, en un caso posterior del año 2000, reconoció que si bien las amenazas no son suficientes para justificar la agresión, tampoco la mujer debe esperar la concreción del mal proferido para defenderse (2010: p. 155).

En resumen, este grupo de propuestas asumen que se trata de un elemento que admite graduación y, por lo tanto, el debate se puede centrar en la posibilidad de aplicar un criterio de interpretación literal, basado en un aspecto temporal o cronológico (Requejo, 1999: p. 109).

Un segundo grupo de propuestas parten sobre la base de que la legítima defensa opera cuando una persona necesite defenderse de una agresión que no está obligado a soportar y cuya espera es injustificable (Wilenmann, 2017: pp. 274-275). Dicha solución fue propuesta por Rivacoba, aludiendo a la necesidad de impedir lo inminente y repeler aquellas lesiones actuales (1995: p. 131). De esto último se desprende la afirmación de Cobo y Vives, en virtud de la cual se requiere que un sujeto vea puesto en riesgo o lesionada su esfera de derechos, ya sea de sus bienes personales o patrimoniales (1987: p. 345). Ahora bien, con una opinión un tanto matizada, Antón estima que la lesión comienza con el peligro inminente en la medida que este subsista (1986: p. 276).

Una tercera solución asume que la respuesta viene dada por un criterio débil de relación entre agresión inminente y tentativa, pues estos autores entienden que no se exige desarrollar la agresión estrictamente hasta la tentativa, pues incluso podría comprender

grados tardíos de preparación (Wilenmann, 2017: p. 275).

Por lo mismo, la propuesta consiste en señalar que tratándose de los delitos de lesión la agresión será actual cuando “una acción sea externamente reconocible como inmediatamente anterior a la última acción anterior a aquella que supone el inicio de la producción de la lesión y cuya espera no suponga la asunción de riesgos directos de no poder ejercer eficazmente la defensa”. Es decir, se trata de “la acción inmediatamente anterior a aquella que da inicio a la tentativa” (Wilenmann, 2017: p. 275). Claramente, ello nos conduce a determinar con mayor facilidad la concurrencia del requisito respecto de delitos continuados y permanentes, pues la acción típica se mantendrá en el tiempo, mientras que las principales dificultades surgirán tratándose de los delitos de ejecución instantánea (Zilio, 2012: p. 141).

Esta opinión ha sido criticada, pues el Código penal no exige que la agresión se trate de una acción típicamente relevante. Por el contrario, su ilegitimidad se funda en que se trata de una conducta contraria a Derecho, lo que permite el funcionamiento de las causas de justificación (Rodríguez, Serrano, 1995: p. 562).

Después de todo lo dicho es posible distinguir un cuarto cúmulo de respuestas que intentan desarrollar su contenido. Sin embargo, ellas comparten el mismo rasgo de las propuestas de la agresión inminente, es decir, son en alguna medida insuficientes para explicar los múltiples y complejos episodios de muerte al tirano doméstico que la vida social presenta.

Sobre este asunto, vale la pena recordar la advertencia formulada por Wilenmann, en el sentido de que la noción de agresión inminente solamente busca fijar cuál es el marco de tolerancia que el Derecho tiene respecto de ciertas agresiones defensivas, por lo que el criterio que permite precisarlo no necesita basarse únicamente en la perspectiva del agresor, sino que el tiempo adecuado puede medirse según se estime conveniente la acción defensiva, de modo que no requiere asimilarse estrictamente a los momentos que pueden constituir una tentativa (2017: p. 270), sobre todo considerando que en esta institución jurídica se intenta resolver aquellas situaciones en que el que se defiende intenta evitar la lesión de sus bienes jurídicos.

Como se podrá analizar el problema de la agresión inminente en los casos en que la mujer mata al tirano doméstico, tiene serias vinculaciones con la amenaza de peligro que recae sobre bienes jurídicos, teniendo en cuenta que ella puede ser considerada como una agresión, toda vez que existe relativo consenso en que no necesita revestir necesariamente una modalidad de acometimiento. En ese sentido, Luzón explica que tradicionalmente se interpretó que la única forma de agredir consistía en emplear fuerza, pero esta opción se ha descartado pues existen otras formas de lesionar bienes jurídicos (2006: p.539), superando la interpretación estrictamente gramatical del concepto.

En ese sentido, los especialistas proponen distintas soluciones basadas en juicios diversos, ya sea asumiendo la corrección del criterio de la inminencia inmediata, entendida como analogía de la tentativa, o bien, según la teoría de la defensa más eficaz o incluso de acuerdo la propuesta de Roxin.

En primer lugar, la teoría de la inminencia inmediata evalúa el cumplimiento del requisito de la agresión a partir de la noción de tentativa; por lo tanto, recién a partir de ella la defensa puede operar tratándose de ataques no comenzados, pero sí amenazados. Esta solución encuentra su fundamento en razones de justicia y eficacia, siguiendo criterios de mínima necesidad.

Sus partidarios entienden que el ataque comienza cuando se despliega una amenaza que hace peligrar un bien jurídico, puesto que se inicia el riesgo de lesión en un período inmediato de tiempo. En consecuencia, esta solución propone que la inminencia es análoga a la tentativa porque “existirá un peligro cuando existan indicios por los que se puedan pronosticar con apariencia conocida de causar un daño”. Por lo tanto, no se necesita una acción lesiva propiamente tal. Es importante aclarar que para concluir lo anterior no se utiliza solamente un criterio temporal; sino más bien se fundamenta en la necesidad de la defensa, ya que se refiere a conductas que inmediatamente pueden derivar en una lesión. A partir de ello, el riesgo de error debe ser muy reducido y la inminencia debe tener una apariencia más apreciable (Requejo, 1999: p. 119).

Otro partidario de esta solución es Jakobs, pues entiende que el criterio definitorio viene dado por la temporalidad de la tentativa, es decir, cuando ella es inminente. Entonces, el ataque será actual cuando se exprese la pérdida material de un bien. Con ello, el autor alemán reconoce que se pueden verificar los mismos problemas existentes tratándose del inicio de la tentativa. En consecuencia, “el agredido no tiene por qué esperar a recibir el primer golpe (...), lo único que hace falta es que sus acciones supongan reacciones inmediatas a la acción de lesión del bien” (1997: p. 468-469).

Otra forma de resolver el problema de la interpretación del requisito de la inminencia es la propuesta de Roxin, que se manifiesta a favor de aplicar un criterio de temporalidad, en el siguiente sentido: en la agresión inminente “sólo se podrá incluir junto a la tentativa la estrecha fase final de los actos preparatorios que es inmediatamente previa a la fase de tentativa” (1997: p. 619). En consecuencia, es necesario comenzar a realizar la agresión y no quedarse únicamente en los actos preparatorios, sino que la inmediata preparación del ataque. De hecho, solo la preparación cercana a la tentativa sería pertinente, en contraposición a las conductas preparatorias propiamente tal que carecen de actualidad, ya que la tentativa comienza sólo con la última parte del acto previo a la realización del tipo, lo que es tan cercano al resultado que apenas el agredido podría adelantarse al agresor (Requejo, 1999: p. 126).

Ligado a lo anterior, Roxin asume que una conducta puede no lesionar algún derecho, pero en la medida que pueda transformarse inmediatamente en una lesión, se configurará la agresión requerida (1997: p. 620). En un sentido similar se manifestaba Mayer, que estimaba que la inminencia de la agresión podía estimarse como actual desde que “debía esperarse la realización inmediata de la amenaza” (2007: p. 345).

Además, debemos recordar que Sauer entendía que tratándose del ataque actual “pertenece al presente la cadena del obrar del agresor manifestado por el ataque, por consiguiente toda la acción ejecutiva en sentido amplio desde el principio del peligro hasta el alcance del fin”. Por lo tanto, la agresión será actual-inminente en la medida que no esté

concluido e incluso podría serlo después de la consumación, mientras no esté agotada la conducta (1956: p.189).

También hay quienes sostienen que pertenecen al ataque “todas las acciones que forman una unidad con la última acción que lesiona, de modo que si los actos forman parte de la acción y pueden proceder de inmediato al perjuicio del bien jurídico y no los actos que preparan y no llevan al perjuicio” (Requejo, 1999: p. 120).

A partir de lo anterior, cabe preguntarse si ese peligro mencionado debe ser entendido en términos abstractos, o bien, necesita tener un carácter concreto. Los partidarios de la creación de un peligro abstracto, asumen que la creación del peligro reviste un grado de amenaza que debe apreciarse según un juicio de experiencia general. Por otro lado, si se exige un peligro concreto, efectivamente se necesita que la conducta del agresor comience a lesionar el bien jurídico, lo que debe verificarse concurriendo una situación de extrema necesidad que posea una relación de causalidad inmediata entre el ataque y la defensa (Requejo, 1999: p. 121).

Otra opinión es la de Zaffaroni, que considera que los límites temporales de la acción defensiva se extienden “desde que surge una amenaza inmediata al bien jurídico hasta que ha cesado la actividad lesiva o la posibilidad de retrotraer o neutralizar sus efectos” (2002: p. 623).

La tercera propuesta dogmática, se expresa en la denominada teoría de la defensa más eficaz, en cuya virtud una amenaza de esta índole constituye una agresión actual en la medida que si se dejara pasar el tiempo en un momento posterior no fuera posible ejercer una defensa, o bien, su espera disminuyera los medios del que se defiende, empeorando indebidamente su posición (Requejo, 1999: p. 123).

Un partidario de esta postura es Luzón, pues considera que es fundamental evitar que la defensa se torne ineficaz, pudiendo tener lugar incluso antes de la inminencia de la agresión. Por lo anterior, “la agresión comienza a ser actual desde que existe un peligro proveniente de un acto doloso y resolución firme que se haga preciso e inaplazable el actuar, de modo que comprende agresiones futuras o en estado de preparación” (2006: p. 541).

Incluso más, los partidarios de la legítima defensa preventiva afirman que el mejor ataque es la mejor defensa. De este modo, interpretando extensivamente las expresiones, quedarán comprendidas todas las conductas peligrosas que aún no han comenzado, pero que representan una situación objetiva de amenaza, “por lo tanto de ellas sí se puede esperar un ataque y pérdida de un bien jurídico” (Requejo, 1999: p. 125). Como es fácil concluir, esta postura no es pacífica pues, según sus detractores, elimina el requisito de la agresión o ataque, omitiendo la necesidad de que sea justificado solo sea el inmediato.

Todas estas propuestas reflejan el verdadero conflicto detrás de este problema que consiste en fijar el límite de la conducta defensiva, ya sea dando preferencia a la defensa del

agredido, o protegiendo al agresor, limitando las posibilidades de defensa (Requejo, 1999: pp. 124-125)<sup>2</sup>.

Por ello, se debe recordar que tratándose de aquellas situaciones conflictivas respecto de la existencia del ataque, es decir, las hipótesis en que el sujeto adelanta la defensa como una forma de proteger un bien jurídico solamente amenazado, pues la espera no mejorará su situación, por el contrario, la empeorará, se debe desestimar la concurrencia de la legítima defensa, permitiendo resolver los casos según las disposiciones del estado de necesidad, o bien incluso mediante el miedo insuperable (Varona, 1999: p. 312).

En síntesis, tratándose del caso analizado, no se discute que las agresiones que afectan la vida o integridad física o psíquica del cónyuge o conviviente corresponden a agresiones ilegítimas. Los problemas que interesan a los fines de este trabajo se refieren a la pregunta de si la agresión sólo supone “acometer” y, más precisamente, si las amenazas verbales permiten constituir una agresión inminente, sobre todo considerando el contexto peculiar ya descrito de las relaciones sentimentales violentas entre personas que tienen una familia común. Además, queda pendiente determinar el espacio temporal comprendido por la inminencia de la agresión.

### 1.2.3. REVISIÓN DE LAS PROPUESTAS DESARROLLADAS PARA RESOLVER EL PROBLEMA CONCRETÓ DE LA MUERTE DEL TIRANO DOMÉSTICO

En las páginas anteriores se explicó, en términos generales, el tratamiento que se ha dado al requisito de la agresión actual o inminente en la legítima defensa. Sin embargo, en los casos de muerte del tirano doméstico, la dogmática penal ha desarrollado investigaciones extensas y la jurisprudencia de diversos países ha intentado solucionar los conflictos jurídicos suscribiendo distintas fórmulas.

Ciertamente, un trabajo sumamente relevante y crítico en el análisis es el desarrollado por Larrauri y Cid, pues hace bastantes años atrás formularon una crítica fuerte a la interpretación de la institución legítima defensa. Para ello revisaron una serie de fallos y ciertos indicadores relevantes. Concretamente, estudiaron la tendencia a apreciar el dolo de matar a partir del arma utilizada y la inclinación a considerar como conductas alevosas aquellas desplegadas por las mujeres que matan a sus maridos o convivientes maltratadores. Ello en contraposición de la solución dada a los casos de muertes ocasionadas por hombres,

---

<sup>2</sup> La relevancia del requisito de la existencia de la agresión se expresa incluso más allá del Derecho penal, pues tratándose de la legítima defensa en la Carta de las Naciones Unidas, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 51, los Estados detentan el derecho de defenderse legítimamente, de forma individual o colectiva, en caso de un ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, de lo que se deduce la necesidad de que exista un ataque armado previo, el que debe ser perpetrado por un Estado o ejecutado por agentes estatales enviados por un Estado. Ello ha sido reconocido en la Opinión Consultiva de 9 de julio de 2004, por la Corte Internacional de Justicia, en el asunto de las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, en párrafos 138 y 139, al afirmar que en el art. 51 de la Carta se reconoce “la existencia de un derecho inmanente de legítima defensa en caso de ataque armado de un Estado contra otro”.

en que usualmente se pone en duda la concurrencia del dolo homicida, ya que se considera que por las características del ataque o por la superioridad física del varón, si hubiese querido matar a su pareja lo hubiese hecho, pudiendo reconducir la discusión de la calificación jurídica de los casos a lesiones de mayor gravedad.

A partir de ese examen, concluyeron que los jueces no siempre realizan una aplicación discriminatoria o machista, sino que, al intentar desarrollar una interpretación objetiva o neutra, impiden que la institución legítima defensa sea aplicable a las mujeres víctimas de violencia intrafamiliar. Esto se concretó, en primer lugar, en las decisiones del Tribunal Supremo Español, pues entendieron que la agresión ilegítima solamente podía concebirse como acometimiento físico (1995: p. 34).

En ese sentido, se puede concluir que las normas jurídicas que regulan la legítima defensa, “aun cuando han sido formuladas de forma neutral, se llenan de contenido desde una óptica masculina” (Larrauri, 2008: p. 42), ya que dicha disposición fue concebida bajo el supuesto de una confrontación hombre versus hombre, entre los que existe una composición física proporcional y una agresión que se realiza en un solo acto (Larrauri, 2008: p. 63). Parece claro que dicho presupuesto solamente permitiría que su aplicación en casos de agresión entre dos seres humanos de similares características físicas.

Entonces, si se mantuviese esa interpretación, se desconocerían las peculiaridades del fenómeno de violencia doméstica entre hombre y mujer, pues generalmente se asume que se trata de un enfrentamiento común, ignorando las características de los hechos que deben ser resueltos por los tribunales, es decir, situaciones que no concuerdan con el imaginario colectivo que se tiene respecto de confrontaciones entre los miembros de una relación sentimental. Por ello el intérprete necesita realizar un proceso más acucioso de concreción del texto legal al caso concreto.

De hecho, en la mayoría de los casos una mujer deberá vencer esta situación de desventaja física para conseguir el resultado de dar muerte al marido, empleando medios de comisión distintos a su propio cuerpo, o bien, esperando una posible situación de desventaja o descuido del compañero, lo que ha sido entendido por los tribunales como constitutivo de homicidio agravado por alevosía. Tal como indica Larrauri, “por el contrario el marido no necesita que la mujer esté desprevenida ni indefensa para poder matarla” (2008: p. 45). En los sucesos que estamos revisando conviene que el intérprete tenga a la vista dos antecedentes generales: la habitual diferencia física entre agresor y agredido, además de las características específicas que tienen las agresiones del hombre en la pareja.

Tomando en consideración lo anterior y las características del caso analizado en este estudio, una propuesta para interpretar el requisito de la agresión actual exige revisar el problema de las amenazas formuladas el hombre de la relación sentimental. En primer lugar, jurídicamente hablando, no debiese suscitar mayores cuestionamientos el reconocer que constituyen una agresión ilegítima, pues expresan el anuncio de un mal que va acompañado de la exteriorización de un comportamiento evidenciando un mal inminente.

Además, las posibles interpretaciones propuestas por la doctrina respecto de la agresión, afirman que se trata de una ofensa incesante. Definitivamente, ello nos conduce a

cuestionar las consecuencias de que una agresión no cese en forma momentánea y la posibilidad de calificar jurídicamente aquellas que ocurren en contextos de violencia doméstica en forma constante.

Por otro lado, se ha discutido arduamente sobre los problemas derivados de la necesidad de defensa, pues siempre suponen una encrucijada para quien se defiende, ya que puede actuar rápidamente previniendo el ataque o asumir el riesgo y esperar la actualidad. Esta evaluación se realiza nuevamente bajo la óptica de un observador *ex ante* (Requejo, 1999: pp. 134-135).

Otro aspecto debatido en la interpretación de esta institución dice relación con el problema de la determinación del bien jurídico lesionado con la agresión del hombre maltratador. Si se mira rápidamente el problema se podría creer que la vida e integridad física se verían vulnerados con las agresiones. Sin embargo, considerando la complejidad del fenómeno de la violencia hacia la mujer, es importante añadir a la libertad y seguridad personal como objetos de tutela, sobre todo teniendo en cuenta los casos de amenazas y la regulación del delito de maltrato habitual. Ampliar los bienes jurídicos lesionados, contribuye a asumir que en caso de descuido del marido, ya sea porque duerme, sale del hogar común o está borracho, la agresión no ha cesado, pues el peligro de daño de la libertad y seguridad sigue vigente (Larrauri, 2008: p. 61).

Es más, en la realidad nacional, la propia Ley 20.066, califica las agresiones del marido o conviviente a la mujer como delito o falta. Ahora bien, las restricciones interpretativas surgen de la tendencia que entiende que solamente existirá una agresión actual si está ocurriendo en el mismo instante en que la mujer mata para defenderse. Sin embargo, desconoce que la puesta en riesgo de un bien jurídico es una conducta antijurídica que podría llegar a justificar la defensa de la mujer, en la medida en que se refiera a casos en que se lesionarán bienes jurídicos (Villegas, 2010: p. 153).

Otra solución viene dada por los partidarios de la teoría de la legítima defensa preventiva. Ellos asumen que estos casos se deben resolver por medio de la interpretación teleológica, configurando una legítima defensa anticipada que procederá en la medida que exista efectivamente el peligro de un ataque antijurídico futuro, sumado a la necesidad una acción de defensa, operando siempre subsidiariamente del poder estatal. Además exige una reacción proporcional según el peligro del ataque, sumado a que la intervención de la defensa debe medirse hipotéticamente, tomando en cuenta que la agresión aún no se despliega totalmente (Requejo, 1999: pp. 134-135).

Igualmente la defensa preventiva de la mujer necesita precisar la existencia del ataque. Para ello se requiere realizar un juicio objetivo por un observador imparcial que mida la realización de una "acción imputable exteriorizando una inequívoca voluntad delictiva a un ataque concreto, por lo tanto, se refiere a circunstancias concretas de apariencia de peligro" (Requejo, 1999: p. 134).

En definitiva esta solución asume que la mujer está en condiciones de anticiparse y puede prever el ataque de su compañero, de lo que se desprende la pregunta por el papel o

valor que se le da a los conocimientos especiales que tiene la víctima en la determinación de la actualidad de la agresión (Larrauri, 2008: p. 59).

Los cuestionamientos a esta propuesta se formulan porque no es posible admitir la creación de una eximente análoga a la legítima defensa, por lo tanto, no se puede confundir el concepto de actualidad con defensa actual necesaria. A ello se suma que no se debe desplazar el requisito de la actualidad a favor de un concepto de necesidad de la defensa (Requejo, 1999: p. 137). En esos casos el concepto de actualidad de la defensa se usaría para equipararlo a actualidad del ataque lo que, en rigor, requiere ser solucionado por la vía del estado de necesidad (Requejo, 1999: p. 138).

Otro aspecto debatido relevante radica en el reconocimiento de la habitual desventaja física entre hombre y mujer. Con ello, queda en evidencia que sería prácticamente imposible encontrar un momento en que la mujer pueda defenderse de las agresiones solamente utilizando sus manos y, por lo tanto, casi de forma automática la conducta de la mujer tendría que calificarse como homicidio alevoso (Larrauri, 2008: pp. 61-62), ignorando “que a la mujer se le está castigando por un tipo agravado que requiere necesariamente para poder llevar a término el tipo básico” (Larrauri, et al., 1995: p. 48), pues, tal como se señaló, resulta bastante difícil que ella pueda ejecutar el tipo básico de homicidio sin valerse de alguna circunstancia o medio especial.

En resumen, la propuesta de Larrauri indica que la interpretación tradicional del requisito debe considerar distintos factores. En primer lugar, la agresión puede ser actual, pero también inminente, y una amenaza cumpliría el estándar exigido por el legislador en el requisito de la agresión inminente. En segundo lugar, la amenaza en estos casos efectivamente lesiona distintos bienes jurídicos. En tercer lugar, es importante revisar el contexto y los conocimientos personales que tiene la víctima, respecto de la posibilidad de anticiparse a las agresiones de su compañero. En cuarto lugar, en cuanto a la temporalidad de la agresión, se debe recordar que un delito permanente supone una agresión incesante y, por tanto, actual.

De todos modos, una reflexión más profunda respecto de las amenazas proferidas por el varón contra la mujer, nos recuerda la lesión de la libertad individual de la mujer atacada y, tratándose de las amenazas no condicionales, por tratarse de un delito de expresión, su consumación se verificará una vez que la destinataria comprenda el contenido del anuncio del mal. En efecto, en este caso una vez concluida la etapa de consumación con la correspondiente comprensión subsiste el mal que se anuncia de causar a la mujer o a los hijos y, en consecuencia, su permanencia satisface el requisito de la agresión inminente (Guzmán, 1999: p. 463).

Seguidamente, las agresiones en contextos de violencia en la pareja representan un proceso continuo, en la que una mera interrupción no puede considerarse como sinónimo de cese del ataque (Larrauri, 2008: pp. 63-64), lo que nos lleva a concluir que estamos frente a una agresión permanente en el tiempo. Todo ello, sin perjuicio de que posteriormente se debe discutir el requisito de la necesidad de la defensa.

Tratándose de la situación chilena, tal como reconoce Van Weezel, la tendencia ampliamente mayoritaria entiende que la muerte del tirano doméstico es un caso de defensa anticipada y, por lo tanto, no procede la aplicación de la legítima defensa, sobre todo tratándose de aquellos casos en que el marido o conviviente duerme y es herido mortalmente por la mujer, ya que no se verifica el requisito de la agresión actual o inminente, exigido en la causa de justificación estudiada y en el estado de necesidad. De esta forma, la solución a estos casos puede provenir de la aplicación de una causa de exculpación, como es el obrar por fuerza irresistible o miedo insuperable, o bien, *de lege ferenda* interpretar ampliamente el estado de necesidad defensivo. Finalmente, explica que la aceptación de una legítima defensa preventiva o por analogía a dicha causal debe ser rechazada por su extensión excesivamente amplia (2015: pp. 344-348).

En cambio, haciendo eco de las críticas a la interpretación tradicional, Villegas afirma que existe una tendencia en la jurisprudencia y doctrina nacional en torno a interpretar restrictivamente las reglas de la legítima defensa, pues se usa mayoritariamente un criterio temporal que asimila agresión actual o inminente a ataques que ocurran en instantes previos a la defensa (2010: p. 155).

Considerando ese antecedente, a juicio de la autora es necesario reemplazar el criterio temporal por uno psicológico, fundado en la subsistencia de la voluntad delictiva del marido o conviviente, pues las agresiones en contextos de violencia en las relaciones sentimentales siempre tendrían el carácter de actual, ya que hay una agresión permanentemente a los bienes jurídicos vida, salud individual, libertad y seguridad personal de la mujer y los hijos. Dicha afirmación encuentra su sustento en la configuración del artículo 14 de la ley 20.066 sobre violencia intrafamiliar, que expresa una situación de creación de un riesgo jurídico sostenido ininterrumpidamente; por lo tanto, existe un estado antijurídico constante, por la reiteración de diversas agresiones vinculadas temporalmente y que recaen sobre la familia del agresor (Villegas, 2010: p. 157).

Finalmente, a partir de lo señalado parecen plausibles las interpretaciones que concluyen que las agresiones que se desarrollan en un contexto de violencia intrafamiliar son un ataque permanente o incesante, aunque en apariencia la relación experimente momentos de relativa calma o descanso, pues como se revisará más adelante, las agresiones de los hombres a las mujeres no constituyen eventos aislados, sino que, por el contrario, integran un proceso mucho más complejo y repetitivo, compuesto por diversas fases que expresan violencia física y psíquica. Es decir, estamos frente a una agresión incesante y, por ende, actual o inminente (Matus, Ramírez, 2017: p. 113). A ello debe agregarse que cada vez que el ciclo se repite las agresiones aumentan de nivel, los períodos de descanso se reducen y, en consecuencia, se acrecientan los riesgos en la vida, salud y seguridad de las mujeres y sus hijos (Villegas, 2010: p. 157).

Otros análisis relevantes se han desarrollado en el Derecho anglosajón, los que deben considerarse sin perder de vista las diferencias existentes con el sistema continental. Para comenzar, la configuración de un delito en el sistema del *common law* exige que esté presente el *actus reus* y *mens rea*, en cuyo caso operará la regla general que impone al acusado la responsabilidad penal. La excepción se produce cuando concurre una defensa que tenga alcance general o especial, liberando de responsabilidad penal al acusado. Dentro de las

defensas generales se encuentra el *self defense* que permite repeler un ataque actual e inminente. A ella se suman otras eximentes que, apreciadas desde el punto de vista del modelo continental, detentan distinta naturaleza. Por lo anterior, se suele decir que el sistema anglosajón funciona con el método de la regla-excepción, mientras que el continental opera de forma gradual (Piña, 2002: p. 13-20).

Desde luego, la aplicación de la eximente del *self defense* asume que el autor ejecuta una conducta que es un delito, pero está justificada bajo ciertas circunstancias (Samaha, 2010: p. 130). Ciertamente, el que desee ampararse bajo la legítima defensa necesita que concurren copulativamente determinados requisitos objetivos y subjetivos previstos en el sistema. A partir de ello surgen ciertas diferencias concretas respecto de la tradición continental. En primer lugar, dentro de las posibles defensas, las causas de justificación exigen que una conducta cumpla los requisitos de un delito, pero que su corrección sea cuestionable. De esta forma, tratándose del requisito subjetivo, es indispensable que la persona esté convencida que su defensa era necesaria para protegerse de otra agresión ilegítima e inminente. Desde la perspectiva objetiva, tratándose del caso de fuerza física mortal, se necesita una amenaza de muerte o de daño corporal serio (Correa, 2017: pp. 78-79).

Cabe agregar que del elemento subjetivo se desprende la relevancia que el sistema anglosajón concede a la creencia del peligro que enfrenta el agredido, el que debe ser analizado con un criterio de razonabilidad de índole objetiva y subjetiva. En concreto, se especifica que esa creencia debe tenerla una persona razonable en las mismas circunstancias y, subjetivamente, el que se defiende debe acreditar su convicción sobre la existencia de una amenaza inminente (Correa, 2017: p. 81).

En términos generales, paulatinamente durante las últimas dos décadas, se ha ampliado la interpretación de la actualidad y razonabilidad tratándose del *self defense*, pues en forma gradual se ha ido argumentando que la conducta de la mujer que mata a su compañero sentimental está justificada, reconociendo la violencia previa experimentada en la relación sentimental entre ambos y las aptitudes objetivas que desarrolla ella para prever las circunstancias en que será agredida por su compañero como consecuencia de la aplicación del síndrome de la mujer golpeada y el síndrome de la indefensión aprendida.

Con ello, se dio paso al reconocimiento de la justificación hacia la conducta de la mujer, desestimando que los momentos de calma de la violencia física reflejen el cese de las agresiones. Incluso más, han llegado a considerar que su reacción podía considerarse racional, dejando atrás las posibles anomalías psíquicas o perturbaciones mentales que habrían afectado a las mujeres que padecían el síndrome. Por todo lo anterior, se produjo un cambio en la mirada hacia el fenómeno social y permitió modificar las conclusiones jurídicas (Iglesias, 1999: 422-425).

En términos más específicos, respecto del problema interpretativo que es objeto de estudio en esta investigación, es decir, el concepto de inminencia, cabe precisar que se le ha asignado distintos sentidos, pero se recorre usualmente al criterio de temporalidad, asumiendo que se trata de un “período de tiempo que existe entre el daño que enfrenta el acusado y la acción defensiva tomada para prevenir que ese daño se materialice” (Correa,

2017: pp. 80). También se ha entendido referido a una agresión en que el uso de la fuerza no esperará, es decir, el defensor no puede seguir esperando para actuar (Fletcher, 1998: p. 133).

En lo que concierne al caso de la mujer que mata al tirano doméstico y la posible justificación mediante la legítima defensa, se debe recordar que las discusiones referidas a las características y contenido de la eximente, han dado paso a tres posibles teorías: la primera es la teoría de la inminencia, la segunda es la teoría de la necesidad y, finalmente, aquella que amplía la interpretación de los requisitos.

Para comenzar, la teoría de la inminencia enfatiza el predominio de dicho requisito sobre el criterio de la necesidad, empleando el significado que ordinariamente se le atribuye a dicha expresión, es decir, entendiéndolo como “aquello que ocurre o da la apariencia de que va a ocurrir inmediatamente” (Correa, 2017: p. 83). Por lo tanto, la inminencia queda definida según el momento en que ocurre la agresión o los instantes más cercanos a su ejecución. De esta forma, agresión e inminencia terminan siendo sinónimos, sin que prácticamente se puedan constatar diferencias temporales, salvo por los instantes cercanos al ataque actual. Con ello quedan fijados los posibles ataques preventivos o en represalia.

En conclusión, siguiendo estrictamente este criterio, si la mujer maltratada mata al tirano mientras duerme no puede ampararse en la causa de justificación estudiada, pues se tratará de una defensa anticipada no autorizada por el Derecho y una solución contraria ampliaría en forma indebida y excesivamente la causa de justificación (Chiesa, 2007: p. 54). De esta forma falló la Corte Suprema de Carolina del Norte en el caso *State v Norman*, pues entendió que la mujer simplemente tenía una predicción sobre posibles agresiones futuras (Chiesa, 2007: p. 54).

Por el contrario, la teoría de la necesidad reinterpreta la institución legítima defensa, poniendo el acento en la necesidad de la defensa, en vez de los criterios temporales de la inminencia, ya que la mujer que se defiende lo hace para repeler el peligro al que está expuesta con las agresiones de su compañero. En ese sentido, si existiera un conflicto entre inminencia y peligro, primará el segundo, justificando incluso ataques preventivos en la medida de que exista la creencia razonable de la necesidad inmediata (Correa, 2017: p. 94).

Ciertamente, si la mujer maltratada siente que vive encerrada sin opciones de cambiar su situación “si no hay una ventana de alivio o una sensación momentánea de seguridad, el próximo ataque puede ser el último” (Chiesa, 2007: p. 55) y, justamente, es esa creencia es el factor que permite configurar el *self defense*, ya que como se indicó en líneas anteriores, uno de sus requisitos fundamentales consiste en la existencia de la creencia de la necesidad de la defensa. A ello debe sumarse que si la agresión del hombre es prácticamente segura y la espera disminuye las posibilidades de defensa de la mujer, el ataque preventivo mortal de la mujer debiese entenderse justificado (Chiesa, 2007: p. 55).

Ahora bien, esa necesidad de defensa se evalúa midiendo la razonabilidad de la creencia, es decir, intenta responder a la pregunta de si era razonable tener la creencia de que estaba padeciendo un ataque, considerando las experiencias pasadas de agresión. Además, se debería verificar la existencia de otras soluciones posibles al problema y analizando la fuerza

defensiva. Por lo tanto, podremos justificar casos en que “el ataque no sea preventivo, pero sí necesario” (Correa, 2017: p. 94).

Este fue el criterio seguido por la Corte Suprema de Nueva Jersey en el caso *State v Kelly* al estimar que “cuando se combina la existencia de un patrón regular de violencia doméstica con el conocimiento de la mujer de que (su esposo) en ocasiones la amenazaba de muerte, pudiera considerarse razonable la postura de ésta de que creía que su pareja la iba a matar –en una situación en donde, a primera vista, parecería no existir peligro” (Chiesa, 2007: p. 53). A ello debe agregarse que si la mujer espera hasta el último instante, previo al acometimiento físico, no podrá evitar o repeler el daño físico (Chiesa, 2007: p. 55).

La tercera opción surge a partir de una reinterpretación extensiva del concepto de inminencia, que puede derivarse de la ampliación del concepto, entendiéndolo como una agresión que supone una alta probabilidad de muerte o bien, extendiendo el concepto de daño, que comprende menoscabos en la salud física y mental de la mujer, siempre vinculados a la posibilidad cierta de que ella fallezca o bien que padezca torturas ocasionadas por su compañero sentimental.

## 2. ANTECEDENTES CRIMINOLÓGICOS SOBRE EL FENÓMENO DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA

### 2.1. UBICACIÓN SISTEMÁTICA DEL PROBLEMA EN EL CAMPO CRIMINOLÓGICO

La investigación criminológica sobre este fenómeno se enmarca en los análisis de las dinámicas del crimen y la violencia. El problema ha sido analizado desde distintos enfoques y a partir de ello se ha concluido que se trata de un fenómeno mundial (Gadd, 2017: p. 665), multidimensional, variado y dinámico. Su complejidad ha contribuido al desarrollo de numerosos estudios desarrollados bajo diversos paradigmas criminológicos (Jiménez, Medina, 2012: p. 69). En consecuencia, el panorama teórico está compuesto por teorías y enfoques distintos que conllevan dificultades para integrar la abundante información recopilada.

En una primera época, las investigaciones sobre el fenómeno asumieron una perspectiva médica; con posterioridad se sumaron los aportes sociológicos y del feminismo, abriendo espacio a una particular investigación criminológica (Gadd, 2017: pp. 670-671). Específicamente, el primer paradigma predominante en estos estudios fue el positivismo criminológico. El segundo paradigma fue el estudio de la reacción social. Bajo el tercer paradigma se desarrollaron los enfoques del control y abordaje del riesgo víctima. En el cuarto paradigma se elaboraron los análisis del positivismo criminológico junto a la teoría del control, con énfasis en la violencia intrafamiliar, a partir de la denominada crítica criminológica (Jiménez, et al., 2012: p. 69-70).

El paradigma positivista comprende aquellos estudios que defendieron el uso del método científico enfocados en el descubrimiento de las causas del fenómeno, los que no necesariamente coinciden con la época de la denominada Escuela positivista. Comprende los abundantes aportes de la psiquiatría, psicología, antropología y sociología sobre la violencia

intrafamiliar. Esta concepción propició el desarrollo de las teorías biológicas o de positivismo clínico, teorías psicológicas, teorías psicosociales (Jiménez, et al., 2012: pp. 96-97).

Las teorías biológicas asumen como premisa básica que la violencia contra la mujer la ejercen hombres irracionales, enfermos o anormales que requieren de remedios y reeducación (Jiménez, et al., 2012: p. 73). Así, las teorías psicológicas, se enfocaron en analizar “procesos internos de pensamiento y los estados emocionales de agresores y víctimas, estableciendo el patrón de comportamiento abusivo” (Garrido et al., 2013: p. 738). Para ello revisaron los aspectos emocionales, cognitivos o psicológicos, incluyendo el estudio de las influencias del entorno social y físico (Jiménez, et al., 2012: p. 76). Entre ellas se encuentran los aportes del conductismo, la teoría del aprendizaje social, la teoría de la indefensión o de la desesperanza aprendida, la dependencia psicológica, la identificación con el agresor, la transmisión intergeneracional de la violencia intrafamiliar y la teoría del ciclo de la violencia conyugal o también conocido como el síndrome de la mujer maltratada. Actualmente, continúan en el desarrollo de estudios psicobiológicos y evolucionistas (Garrido, et al., 2013: p. 740).

Desde la perspectiva sociológica, el uso de una investigación internacional comparada, ha permitido indagar sobre experiencias similares entre mujeres de distintas partes del mundo y los diversos riesgos de victimización según su lugar de origen (Gadd, 2017: p. 665). Particularmente, las teorías psicosociales aplicadas a la violencia intrafamiliar se enfocan en “determinados patrones relacionales de violencia que establecen las personas, en el contexto de su familia de origen o en la constituida con posterioridad. De este modo, pretenden aportar en la identificación de las características de las parejas violentas, versus las que no lo son” (Jiménez, et al., 2012: p. 87). Entre ellas se destacan los estudios de la sociología de la familia que diferencian entre conflicto y violencia familiar, la teoría de la comunicación humana referida a sus relaciones de simetría y complementariedad, y el enfoque ecológico junto a los sistemas abusivos (Jiménez, et al., 2012: pp. 87-95).

Seguidamente, bajo el paradigma de la reacción social y el reconocimiento de la violencia doméstica como conflicto, se desarrollaron estudios que combinaron los aportes de la criminología crítica, del feminismo teórico y del movimiento por los derechos humanos. Este último denunció las imperfecciones del sistema judicial en torno a la investigación del delito de violación y la teoría feminista demostró la posición desigual entre hombres y mujeres ante el sistema penal, revelando la existencia de víctimas de la violencia doméstica que habían sido históricamente invisibilizadas.

Además, entre estas propuestas se encuentran investigaciones con explicaciones estructurales feministas sobre la violencia contra la mujer, la aplicación de la teoría del intercambio social y la teoría de los sistemas. En primer lugar, las explicaciones estructurales enfatizan en la coacción que el varón ejerce sobre las mujeres, por que ellas no son víctimas, sino que personas coaccionadas. En segundo lugar, desde la teoría sociológica se ha concluido que hay una prevalencia hacia esta fenomenología en poblaciones con pocos recursos económicos, bajo nivel educativo y problemas para su integración social (Garrido, et al., 2013: pp. 741-742). Todo ello conduce a concluir que los malos tratos al interior del hogar son un problema serio a nivel social que requieren intervención estatal (Jiménez, et al., 2012: pp. 99-107).

Actualmente, desde la crítica criminológica, diversos estudios teóricos revelan la necesidad de perfeccionar las propuestas elaboradas por la criminología feminista oficial en orden a complejizar los análisis para contribuir adecuadamente si se aspira a contribuir en la solución del problema, explorando todos los factores que inciden en la violencia contra la mujer, sin centrarse únicamente en el factor “por el hecho de ser mujer” (Larrauri, 2018: p. 15).

A partir de este panorama esta investigación utiliza teorías con enfoque psicológico, sociológico, de la criminología feminista y la crítica criminológica por diversas razones. Los aportes de las investigaciones psicológicas son fundamentales considerando el problema interpretativo seleccionado, en que se requiere captar las posibilidades de atribución de significado del término inminente, el que tiene un contenido vago, pero que puede precisarse, ya que enfatiza en los procesos psíquicos que viven las mujeres que matan a sus compañeros sentimentales producto de las agresiones graves y reiteradas que han padecido. En un contexto de terrorismo íntimo, la agresión inminente puede precisarse recurriendo a un elemento extra sistémico, que explica su proceso psíquico, concretamente, el síndrome de la mujer golpeada, captando la extensión íntegra del fenómeno y las posibilidades interpretativas permitidas. Además, se incorporan las críticas a la aplicación de este estudio, desarrolladas desde la ciencia jurídico-penal, del pensamiento criminológico y la teoría feminista, que pueden ser derrotadas a partir del rendimiento adicional que se le otorga en esta investigación a la teoría sobre los ciclos de la violencia.

En segundo lugar, se consideran aportes sociológicos que ubican el fenómeno en su dimensión cuantitativa, acreditando que las mujeres que matan al tirano doméstico representan un porcentaje reducido de casos dentro de una compleja fenomenología. Para ello se demuestra que esta reacción agresiva de la mujer que se defiende es excepcional y, en cuanto a su contexto, debe caracterizarse adecuadamente diferenciándolas de otras agresiones que se ejercen sobre las mujeres dentro del seno familiar y fuera de ellas.

En tercer lugar, los estudios de la criminología feminista permiten elaborar un marco conceptual adecuado para entender qué tipo de fenómeno es la violencia doméstica, específicamente la que padecen mujeres, distinguiéndola de la padecida por otros miembros de la familia. Por ende, subdistinguir cómo dentro de la violencia doméstica se ubican otros fenómenos que tienen características propias. Con ello se entiende que la muerte del tirano doméstico a manos de la mujer, recae en casos más acotados y tienen lugar en contextos muy específicos de agresiones.

En cuarto lugar, se utilizan antecedentes derivados de la crítica criminológica, en orden a promover la articulación de un discurso más complejo respecto del rendimiento que tradicionalmente se le ha dado al síndrome de la mujer maltratada, esta vez aplicándose al estudio de una causa de justificación en materia penal que beneficia la situación de la mujer agresora. A ello se suma que, al igual que ciertas corrientes de la criminología feminista, permite fijar con mayor claridad conceptual el espectro de casos que pueden quedar abarcados dentro del significado de la agresión inminente como requisito de la legítima defensa.

## 2.2. PRECISIONES CONCEPTUALES RESPECTO DEL FENÓMENO

El origen de la denominada, genéricamente, violencia doméstica contra la mujer, y sus características como fenómeno social, han sido estudiadas en numerosas propuestas teóricas. A pesar de los cuantiosos trabajos existentes, los modelos de integración no han conseguido sistematizar todos estos aportes (Garrido, et al., 2013, p. 737). Incluso más, las numerosas investigaciones han llevado a afirmar que se trataría de un problema sumamente complejo de explicar en términos causales y es necesario superar ciertas afirmaciones empleadas usualmente en el discurso feminista mediático.

Desde antaño se oyen voces que ubican el origen de estas agresiones en la existencia de hombres enfermos, o bien, en la situación de desigualdad, subordinación y discriminación estructural que experimenta la mujer en nuestras sociedades. Lamentablemente dichas propuestas no han conseguido explicar cabalmente el fenómeno y, en nuestros días, algunas voces femeninas proponen estudiar el problema de forma profunda para conducir a soluciones más eficaces (Larrauri, 2018: pp.17-19).

Los inconvenientes para precisar con certeza y claridad los límites del fenómeno de la violencia doméstica (Gadd, 2017: p. 663) están presentes en todas las disciplinas abocadas a su estudio. Por ejemplo, tratándose de la Criminología, si bien se emplean diversas expresiones para aludir al fenómeno, es posible trazar ciertos rasgos comunes de las conductas agresivas, los sujetos que intervienen y sus factores de riesgo. Por lo mismo, para comenzar el análisis de la fenomenología es necesario hacer precisiones conceptuales que conducen a distinguir situaciones que comparten elementos comunes, específicamente: la violencia intrafamiliar, violencia doméstica y violencia contra la mujer.

En primer lugar, la *violencia intrafamiliar* pone énfasis en el vínculo de parentesco que existe entre el agresor y la mujer. Por otro lado, la *violencia doméstica* destaca que la mujer recibe agresiones en el marco de una convivencia que existe o existió entre el agresor y ella. Luego, la *violencia contra la mujer* que es aquella que tiene como víctima a la mujer. Finalmente, la *violencia de género*. Se considera más grave, pues supone desplegar violencia física o psíquica contra la mujer por motivos discriminatorios en razón de su género (Tapia, 2014: pp. 47-48). Si bien no existe un consenso total, se entiende que la violencia de género “se dirige a las víctimas fundamentalmente por su género, en el cual las víctimas no son conocidas y son por ello intercambiables, y cuyo principal motivo de agresión es su pertenencia al género” (Larrauri, 2018: p. 46). Además, “si bien el concepto de violencia doméstica corre el riesgo de minimizar el hecho de que la mayor parte de sus destinatarias son mujeres, permite capturar el contexto en que se producen las agresiones y entender que también éste es determinante cuando se estudia la violencia contra la mujer en las relaciones de pareja” (Larrauri, 2018: p. 47).

Por cierto, dentro de esta gama de agresiones es posible subdistinguir tipos heterogéneos de violencia. Claramente, no se puede asimilar una cachetada esporádica a la creación de un verdadero clima de terror dentro del hogar. En ese sentido, de acuerdo al trabajo desarrollado por Johnson y Ferraro, se diferencia: la violencia común de pareja, el denominado terrorismo íntimo, la resistencia violenta y el control mutuo violento.

En primer lugar, la denominada *violencia común de la pareja* surge en contextos en que ambos miembros se agreden en forma mutua. Es poco frecuente y probablemente no aumentará en el tiempo y, por lo tanto, no puede calificarse como violencia severa. En segundo lugar, el *terrorismo íntimo* está caracterizado por el intento de uno de los miembros por controlar a su pareja. En consecuencia, no se trata de agresiones mutuas. Usualmente va acompañado de abuso emocional determinante para que la agredida padezca de una alteración de la opinión que tiene sobre sí misma, su relación y lugar en el mundo, sintiéndose encerrada en la relación. De esta forma, en reiteradas ocasiones, termina con daño grave en uno de los miembros de la familia. El tercer tipo de violencia se refiere a la *resistencia violenta*, que en mayor cantidad es desarrollada por mujeres que se defienden de su compañero sentimental abusivo. La última posibilidad es el *control mutuo violento*, en que ambos se controlan y violentan, es decir, se parece al terrorismo íntimo, pero se da entre dos personas recíprocamente (Johnson, Ferraro, 2000: pp. 949-955).

Considerando la existencia de estas distintas tipologías, durante esta investigación resulta especialmente relevante el terrorismo íntimo, la resistencia violenta y, en menor medida el control mutuo violento. Las razones de esta selección se desprenden de la utilidad que reportan al fenómeno analizado y los casos seleccionados. Con ello, el análisis se circunscribirá a los casos de mujeres que matan a sus compañeros agresores, ya que permiten comprender de mejor forma las peculiaridades del fenómeno estudiado, sumado a que propician cuestionamientos sobre creencias generalizadas que asumimos los miembros de una comunidad jurídica.

Esta delimitación conceptual es relevante porque precisa las características, componentes y efectos de las agresiones, que no deben ser confundidas ni pueden trasladarse mecánicamente desde un caso a otro. Considerando lo anterior, esta investigación estudiará la violencia doméstica o hacia la conviviente, pues es imprescindible tener en cuenta que entre la mujer que mata y su compañero existe una relación sentimental previa, en cuyo contexto surgen los malos tratamientos del hombre hacia la mujer que determinan la muerte del denominado tirano doméstico.

### 2.3. CARACTERÍSTICAS DEL FENÓMENO DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA CONTRA LA MUJER

En el último tiempo han adquirido relevancia los delitos cometidos por mujeres, despertando el interés científico los homicidios y otros crímenes que ejecuta la autora mientras está envuelta en un contexto de violencia doméstica (Di Corleto, 2017: p. 73). En ese sentido, algunas investigaciones desarrolladas durante estas últimas tres décadas en el medio anglosajón han demostrado que aproximadamente tres de cuatro de los homicidios cometidos por una mujer hacia sus compañeros varones son la respuesta a la violencia ejercida contra ella (Doener, Lab, 2012: p. 213) o sobre sus hijos (Gadd, 2017: 676). A la inversa, se ha demostrado que existe una mayor propensión a que este tipo de ataques los cometa un hombre (Barkan, 2001: p. 277). A pesar de que los homicidios cometidos por mujeres representan un porcentaje mucho menor en la cifra general (Leganés, Ortolá, 1999: p. 115), estas conductas provocan mayor revuelo social al retratar comportamientos de mujeres que no cuadran en los parámetros de femineidad impuestos (Trabucco, 2019: p. 199).

Sin ir más lejos, durante siglos el marido fue el jefe del hogar y en sus manos estaba el poder de conducir la familia y corregir a su mujer y a los hijos. Producto de ello quedaban en una situación de desprotección respecto de todo aquello que quedaba guardado dentro de las paredes del hogar común. Muchas mujeres agredidas por sus maridos o compañeros sentimentales no se veían a sí mismas como víctimas de algún delito, ya que entendían que no habían guardado la obediencia debida al marido.

Esta situación comenzó a cambiar paulatinamente a partir de la década de los setenta, en que el movimiento feminista denunció esta inequidad y, una década más tarde, se realizaron cambios legislativos en diversos países, con la finalidad de brindar mayor protección legal a las mujeres y asumir que estas conductas del marido eran ataques que debían ser sancionados penalmente (Karmen, 2001: p.221).

Específicamente, según Doebner y Lab, estos comportamientos se centran en que un individuo usa intencionalmente el control, intimidación, dominación e incluso coerción sobre su compañera (2012: pp. 209-217). No se debe olvidar que existen diversos cuestionamientos al papel que tiene el control del hombre sobre la mujer, pues existen voces críticas que afirman que no se puede presumir en forma apresurada todas las agresiones que ocurren en el seno de estas relaciones sentimentales se motivan por la dominación (Larrauri, 2018: p. 43).

En términos generales, la fenomenología de los casos muestra que se trata de abusos psicológicos, sexuales, emocionales, económicos y físicos. Dichas actuaciones usualmente son ejecutadas por el marido, conviviente, novio o aquellos que terminaron dichos vínculos (Doebner, et al., 2012: pp. 209-217); sin perjuicio de que en la actualidad, en el medio anglosajón, se desarrollan investigaciones en relaciones sentimentales del mismo sexo; es decir, los factores fundamentales serían la coacción y control sistemático de las compañeras sentimentales o el aumento en la intensidad a lo largo del tiempo (Garrido, et al., 2013: pp. 744-745).

Al comparar las agresiones desarrolladas por hombres y mujeres, se ha afirmado que la mujer comete actos de menor intensidad, mientras que el varón desarrolla conductas más severas. Se concluye que si bien ambos géneros golpean, el hombre detenta mayor fuerza física y, por ende, genera un mayor daño que una mujer (Barkan, 2001: p. 285).

Tratándose de la lesividad de las agresiones, numerosos estudios demuestran que estas relaciones sentimentales caracterizadas por el maltrato resultan particularmente dañinas para las mujeres. En este contexto, quienes padecen agresiones sexuales sienten miedo y ansiedad ante la conducta dominante y violenta de sus compañeros, sumado a que cohabitan con su agresor y, por lo mismo, guardan silencio (Leganés, et al., 1999: p. 125). Incluso, una investigación desarrollada en Valencia, España, demostró que un alto porcentaje de las mujeres que padecieron maltrato físico sintieron que podrían morir a manos de sus compañeros cuando recibieron los golpes y un tercio de aquellas que soportaron malos tratos psíquicos y sexuales creyeron que iban a morir (Garrido, et al., 2013: p. 752).

Una revisión de la situación corporal de las mujeres agredidas, refleja físicamente las consecuencias del estrés crónico al que estuvieron sometidas. Una de ellas es el aumento de

la producción de cortisol que les produce “dolores de cabeza, problemas gastrointestinales, por ejemplo, colon irritable, caída en las defensas del sistema inmunitario, una sensación de fatiga crónica y un mayor riesgo a padecer enfermedades cardiovasculares”, disminuyendo su calidad de vida (Echeburúa, et al., 2005: p. 169).

Estas relaciones violentas se manifiestan en frecuentes insultos, conductas dominantes y aislamiento social, sumado al chantaje emocional y control económico de las mujeres, los que normalmente son acompañados de amenazas de muerte hacia ella y los hijos en común (Garrido, et al., 2013: p.753). Estas precisiones son relevantes, porque durante décadas ha existido la errada creencia, generalizada, de que las agresiones que el hombre ejecutan sobre su compañera son menos dañinas o traumatizantes que si las realizara un desconocido. Sin embargo, se ha demostrado que ello no es así y, por el contrario, provocan mayores perjuicios en quienes las padecen (Leganés, et al., 1999: p. 116).

Sin duda la existencia del vínculo sentimental en la pareja nos obliga a recordar que el hogar debiese ser un lugar de solidaridad, en que ambos deciden emprender una vida en común, sobrellevado en conjunto las dificultades propias de la vida en sociedad. Sin embargo, en los casos de violencia doméstica la mayoría de las agresiones quedan cubiertas por un manto de impunidad. La tradicional frase “los trapos sucios se lavan en casa”, refleja la paradoja de que el lugar de mayor tranquilidad para una persona puede volverse un espacio sumamente peligroso. Además, socialmente se toleran más estas agresiones, propiciando su permanencia en el tiempo. En resumen, los ataques expresan conductas dominantes físicas y psicológicamente, se producen relaciones emocionales dependientes con aislamiento de la mujer, que se encuentra en posición de desventaja.

Dentro de los factores de riesgo de estas agresiones se destaca el estrés, cohabitación, poder y patriarcado, aprendizaje social, estilo de vida riesgosa, asociación con otros criminales, y uso de alcohol y drogas (Daigle, 2012: pp. 239-241). A ello se debe agregar que usualmente, el número de denuncias es baja y tardía, por distintas razones. En algunos casos las mujeres sienten miedo de dejar el hogar o preocupación por su incapacidad de mantener económicamente a la familia. Otro desincentivo reconocido es el rechazo familiar hacia ella. En ese estado de cosas, se han detectado como factores de riesgo “la edad, el nivel cultural, la existencia de trabajo doméstico, el apoyo social, creencias religiosas y de las expectativas previas en relación con la pareja” (Echeburúa, Amor, De Corral, 2005: pp. 163-166).

La permanencia de la mujer en el hogar donde sufre malos tratos, conviviendo con su agresor se ha justificado a partir de diversos factores. Uno de ellos sería el deseo y esperanza de cambio de conducta del compañero, o bien, el amor, miedo a la reacción del varón, también las dificultades materiales para sobrevivir autónomamente y la presión de familiares y amigos (Garrido, et. al., 2013: p. 740). Incluso se ha llegado a constatar que la mujer que padece maltrato llega a vivir una derivación del síndrome de Estocolmo, ya que puede llegar a seleccionar enfáticamente los aspectos positivos que conlleva su relación sentimental, como son tener estabilidad económica, un techo común, el período de luna de miel, entre otros (Echeburúa, et. al., 2005: p. 179).

En Chile, igualmente se han hallado diversas circunstancias: la poca confianza en el sistema judicial, el complejo proceso de asumir la condición de víctima, miedo a futuros ataques del compañero sentimental, falta de conocimiento sobre la regulación de la agresión y la opción de acudir a las autoridades, sumado al sentimiento de culpa de la mujer, pues ella cree que es responsable de estimular las agresiones del marido (Jiménez, et al., 2016: p. 305).

Teniendo en cuenta ese contexto, otros estudios intentan explicar qué medidas adoptan las mujeres cuando intentan defenderse de la violencia de sus compañeros sentimentales. Por ejemplo, una investigación criminológica desarrollada en Sevilla, acreditó que los golpes en defensa propia concurren en menor cantidad (10%), junto a las denuncias a la policía (21%). Las medidas más usadas para protegerse consisten en evitar ciertos temas (69,5%), tratar de convencerlo (67,9) y amenazar con el divorcio (49%). La defensa a golpes y el llamado a la policía son consideradas como opciones que empeorarían su situación (Garrido, et al., 2013: p. 749).

Desde otra perspectiva, los estudios realizados desde una perspectiva psicológica enfatizan los procesos internos de pensamiento de la mujer que padece los malos tratamientos. Dentro de ellos destaca el síndrome de la mujer golpeada. En términos muy generales, supone una primera respuesta pasiva de la mujer que, en el caso analizado, termina reaccionando en forma absolutamente violenta contra su marido (Garrido, et al., 2013: p. 739).

En efecto, la investigación sobre el síndrome de la mujer golpeada fue publicada durante el año 1977 por Leonore Walker, describiendo las consecuencias psicológicas del maltrato doméstico y el ciclo de la violencia. Posteriormente, el DMS III reconoció el Trastorno de estrés postraumático que compartía una base teórica similar al estudio de Walker. Por ello, este síndrome se consideró como una categoría de dicho trastorno (Walker, Duros, Ardern, Coleen, McMillan, Tome, 2012: p. 88). Respecto de la relevancia de esta investigación, el grupo Echeburúa ha señalado que “el trastorno de estrés postraumático constituye el cuadro clínico que representa con mayor entidad los efectos negativos de la exposición a situaciones amenazantes y persistentes en el tiempo” (Garrido, et al., 2013: p. 746). En virtud de lo anterior, se ha utilizado en la defensa de las mujeres que matan a sus maridos en el contexto de la violencia doméstica (Rodríguez, Chejter, 2014: p. 18).

En concreto, el síndrome recae sobre “mujeres que mantuvieron relaciones sentimentales caracterizadas por abusos de carácter físico, psicológico o sexual de parte de su pareja (normalmente un hombre, aunque no siempre) que ejerció poder y control en la mujer con el fin de obligarla a satisfacer sus deseos sin tener en cuenta sus derechos o sentimientos” (Walker, et al., 2012: p. 88).

Dichas relaciones están compuestas por el denominado “ciclo de la violencia”, integrado por tres etapas y caracterizado por un marcado menoscabo psicológico de las mujeres como consecuencia del comportamiento agresivo de sus compañeros sentimentales. La primera fase comprende la acumulación de tensión e incremento del peligro para la mujer. La segunda etapa alberga algún incidente maltrato grave. En un tercer momento, se contempla el arrepentimiento cariñoso del hombre (Walker, 2012: p. 151). Estas agresiones son cíclicas o cotidianas, es decir, son habituales a lo largo del tiempo, de modo que la

relación sentimental tendrá tranquilidad, agresiones y reconciliaciones repetitivamente.

A partir de ello, las mujeres aprenden a anticipar el maltrato físico y las mayores dificultades surgen del maltrato psíquico (Leganés, et al., 1999: p. 118), que genera un perjuicio muy amplio en la salud mental, sobre todo cuando experimentan desvalorizaciones permanentemente, amenazas, conductas degradantes, destructivas, restricciones en la libertad individual y el sentimiento de culpa (Echeburúa, et al., 2002: p.378). Por ello, en el plano psíquico las mujeres padecen depresión, ansiedad, trastornos del sueño, trastorno postraumático, sumando intentos de suicidio (Daigle, 2012: p. 242).

Siguiendo con el análisis de la *psiquis*, la mujer que vive junto a un hombre maltratador, experimenta sensaciones de desamparo e impotencia al verse impedida de salir del círculo de la violencia. Por ello termina aceptando los malos tratos, sintiéndose indefensa y culposa, presa del miedo, con ansiedad y baja autoestima. Es así como termina convencida de que no saldrá del espiral de agresiones, a menos que ella u otro miembro del núcleo familiar fallezca, por lo que termina adoptando una actitud pasiva. Además, tal como ya se señaló, padece estrés postraumático, experimentando emociones como el terror, horror o angustia, que la determina a vivir permanentemente en estado de alerta o de defensa ante un peligro inminente (Requejo, 1999: pp. 146- 148).

Los criterios que permiten identificar el síndrome en las víctimas son los siguientes: recuerdos perturbadores de un acontecimiento traumático, hiperexcitación y elevados niveles de ansiedad, sumado a una conducta elusiva, marcada por la inmovilidad emocional, todo ello expresado normalmente en forma de depresión, disociación, minimización, represión y renuncia. A ello se suman relaciones interpersonales conflictivas debido al poder ejercido por el agresor y sus medidas de control, una distorsión de la imagen corporal junto a dolencias físicas y/o somáticas, sumados a problemas sexuales (Walker, et al., 2012 p. 89).

Por lo mismo, a partir de estos parámetros se ha identificado como indicios la sensación de una amenaza incontrolable a la vida y seguridad personal, aislamiento social, sentimientos de culpa, depresión, baja autoestima y pérdida de una vida saludable (Echeburúa y Guerricaechevarría, 2006: pp. 175-176).

El síndrome debe ser examinado con cuidado por su dinamismo. Concretamente, en la primera etapa, denominada período de tensión, se desarrollan pequeños actos que van generando fricciones en la relación, dañando a la mujer (Walker, 2012: p. 151); por ejemplo, ella recibe numerosos insultos, malos tratos físicos u otras conductas desagradables ante los que ella intenta mantenerse calmada y contener a su agresor. A continuación, las pequeñas agresiones se mantienen hasta la segunda fase, denominada de explosión de la tensión, en que el hombre ejerce algún incidente grave de maltrato, descargando toda la zozobra.

Finalmente, el ciclo termina en la denominada “luna de miel”, es decir, un período de calma y reconciliación, en que el marido o conviviente pide disculpas y se compromete a cambiar, abandonando las conductas violentas. Como resultado de ello la mujer se convence de que todo volverá al romanticismo inicial de la relación (Walker, 2012: p. 155). Sin embargo, estas promesas no se cumplen y vuelve a repetirse la espiral de violencia que conforma el ciclo. Es necesario añadir que “con el tiempo, la acumulación de tensión es más

común (y más evidente) mientras el arrepentimiento disminuye” (Walker, 2012: p. 157).

Para terminar, queda por agregar que las consecuencias psicológicas derivadas de la repetición del ciclo no operan en forma acumulativa, sino que el último incidente de maltrato “permite predecir que el impacto del acontecimiento más reciente incluya la totalidad de la experiencia hasta dicho acontecimiento y no mida solamente el impacto de un solo acontecimiento” (Walker, et al., 2012: p. 106).

Respecto de los procesos psíquicos que experimenta la mujer, se debe remarcar que la tercera fase del ciclo opera como un refuerzo positivo para mantenerse en la relación, pues la mujer efectivamente cree y espera que su compañero cambie. Por ello, desarrolla complejos mecanismos de supervivencia que no consisten en la defensa propia o de su familia. En estos casos, ella no comprende que está experimentando un proceso circular y complejo de violencia (Walker, 2012: p. 166).

A ello se agrega que las víctimas comienzan a desarrollar mecanismos para anticipar la explosión de la violencia, a la luz del comportamiento del agresor en el primer período (Walker, 2012: pp. 162-163). Todos estos antecedentes han permitido fundar ciertos estudios demostrativos de que, en muchas ocasiones, la mujer intenta disminuir las lesiones provocando deliberadamente una agresión anticipada, buscando acelerar el desarrollo de esta etapa (Walker, 2012: p. 154). Es más, en una investigación desarrollada en la comunidad valenciana se concluyó que el 50% de las mujeres víctimas de violencia podía predecir los ataques de su compañero (Garrido, et al., 2013: p. 550).

Para concluir, los cuestionamientos en torno a la utilización del síndrome de la mujer maltratada no se hicieron esperar, tanto de representantes de movimientos feministas como de autores que no suscriben ese tipo de propuestas. En primer lugar, la terminología empleada por Walker incomodó a partidarias del feminismo, pues estimaron que la expresión víctima e indefensión aprendida disminuye a la mujer, dejándola en una posición de subyugación o minusvalía psíquica y no permite entenderlas como sobrevivientes de las agresiones. También se reparó en que este estudio enfatiza la situación de la mujer y no en la conducta de los hombres agresores. Además, criticaron que si cualquier mujer que no encaja totalmente en el síndrome quedaría excluida de cualquier causa de justificación o exculpación (Rodríguez, et al., 2013: p. 18).

En resumen, desde los estudios sociológicos de carácter estructural-feminista, se niega la pasividad de las mujeres, es decir, el papel de mujer-víctima, o su posible depresión, asumiendo que su conducta se explicaría por la coacción y violencia ejercida por sus compañeros sentimentales, sumado a complejos obstáculos sociales que podrían basarse en la falta de protección del sistema de justicia y ayuda estatal para conseguir la independencia material (Garrido, et al., 2013: p. 742).

Desde otra perspectiva, Zilio ha denunciado una supuesta falta de formalidad en la metodología usada por Walker, sumado a que le parece incomprensible que una mujer que esté padeciendo el síndrome de indefensión aprendida, reaccione disparando o agrediendo directamente a su agresor. E, incluso más, sostuvo que la utilización de este síndrome en la argumentación de la legítima defensa lo convertiría en una “causa de justificación para la

venganza”, generando situaciones injustas y desnaturalizando la institución (2012: p, 324).

Sin perjuicio de las críticas señaladas, tanto las referidas a la terminología como a la concepción que sustenta dicho trabajo, es importante tener en consideración la información que aporta el estudio sobre el síndrome de la mujer golpeada, ya que otorga al intérprete mayores antecedentes acerca de las características del fenómeno regulado, contribuyendo a la elaboración de razonamientos jurídicos que permiten determinar el sentido y alcance de la expresión inminencia en la legítima defensa, pues enriquecen y complejizan la simple comprensión semántica del término, dando paso a consideraciones pragmáticas. Ello no obsta a que en la casuística que debe afrontar el intérprete, realice un análisis del problema interpretativo y, por otro lado, resuelva los problemas probatorios específicos del caso concreto.

#### 2.4. PROPUESTA INTERPRETATIVA

En primer lugar, como se señaló previamente, el Código penal chileno en la regulación de la legítima defensa no consagra una expresa referencia al requisito de la agresión inminente; sin embargo, la doctrina y jurisprudencia nacional lo han admitido deduciéndolo de la expresión “impedir” o “repeler”.

Ahora bien, el problema interpretativo planteado en esta investigación dice relación con la comprensión de dicha exigencia, pero no en forma abstracta, sino que específicamente tratándose de las mujeres que matan a sus cónyuges o convivientes luego de padecer malos tratos en un contexto de *terrorismo íntimo*, puesto que el enunciado “agresión inminente” plantea dificultades en la determinación de su significado, representando un caso de interpretación orientada a hechos (Chiassoni, 2019: p. 121). Para resolver esta cuestión interpretativa se aplicará la propuesta de Chiassoni respecto de las directivas interpretativas y se analizará el funcionamiento de la institución.

Considerando ambos factores, se puede afirmar que estamos frente a un enunciado sensible al contexto, pues expresa un término descriptivo que, por sí mismo, no detenta la suficiente capacidad explicativa (Chiassoni, 2019: pp. 133-134). Además, la expresión inminente resulta vaga, pues su contenido es impreciso, usualmente depende del límite de una agresión actual, la que tampoco tiene contornos delimitados, por ello la concreción de su significado excede la posibilidad meramente lingüística.

Atendiendo dicha complejidad, se debe recordar que la solución al problema interpretativo descrito, supone realizar una labor que utilice diversas directrices interpretativas que permitan establecer el contenido de la disposición que se analiza. Por lo tanto, no basta simplemente con emplear el significado que algún diccionario entregue sobre la expresión inminente o acudir a las respuestas dadas por especialistas, sin considerar otros elementos. Si el intérprete pretende desarrollar una solución robusta necesita buscar más allá y utilizar diversos insumos que contribuyan a articular una argumentación coherente, fundada en el derecho vigente y adecuada en términos retóricos.

Con la finalidad de resolver esta interrogante es pertinente acudir al método interpretativo que propone Chiassoni, basado en utilizar diversas directivas que componen modelos para la interpretación y que permiten seleccionar distintos materiales e instrumentos en el proceso de elaboración de estos razonamientos. A su vez, este sistema opera sobre la base del uso de directivas de tres niveles.

Recordando resumidamente algunas ideas generales, las directivas de primer nivel están dotadas de una eficiencia interpretativa inmediata. A su vez las de segundo establecen reglas para el funcionamiento de las directivas primarias, fijando criterios para revisar la rectitud de la interpretación-resultado. Finalmente, las de tercer nivel contienen las valoraciones personales que asume el intérprete al desarrollar su labor.

Es relevante reconocer que el hermeneuta podrá usar directivas interpretativas que se ubican en categorías distintas, desarrollando un proceso ajustado a un orden lógico y axiológico. Todo ello, sin perder de vista la regulación chilena a propósito de las reglas de interpretación contenidas en el Código civil y que durante largos años, han sido objeto de diversas discusiones doctrinales, por lo que hasta nuestros días subsiste la discusión sobre funcionamiento del sistema que Bello introdujo en el ordenamiento jurídico nacional.

Siguiendo la propuesta de Chiassoni, para comenzar, corresponde emplear las directivas primarias interpretativas, es decir, aquellas que tienen un rendimiento inmediato en la atribución de significado a las expresiones lingüísticas. Haciendo memoria de su contenido, ellas permiten valerse de usos lingüísticos, líneas de política legislativa, opiniones de especialistas y la específica configuración de los fenómenos naturales regulados.

De esta forma, a partir de la revisión del trabajo de especialistas en Derecho punitivo, se puede concluir que ellos, predominantemente utilizan la directiva lingüística, asumiendo que lo inminente es aquello que ocurrirá en instantes. En otras palabras, la mayoría de las opiniones, en diversas latitudes, proponen que se refiere a algo que está a punto de ocurrir. Entonces, la mujer golpeada que mata al marido, solamente enfrentaría una agresión inminente en los minutos o segundos previos a recibir una golpiza de su compañero sentimental. Por lo tanto, todos aquellos hechos separados con una distancia temporal mayor no quedarían comprendidos en la noción.

Si bien es posible comprender el celo de los estudiosos del Derecho penal que promueven la adopción de metodologías apegadas al literalismo, en un esfuerzo por resguardar el principio de legalidad, también es importante reconocer que estos trabajos no fundamentan con la debida profundidad las razones que explican cómo las comunidades de hablantes emplean la expresión cuestionada en un determinado tiempo y lugar, es decir, no recogen antecedentes concretos de la vida social que permitan arribar a esa conclusión, en consecuencia usualmente adolecen de una falta de fundamentación

Esta solución literalista encierra un segundo problema que conduce a una propuesta poco virtuosa, pues si lo inminente es aquello que va a ocurrir pronto ¿cómo determinaremos la prontitud? En pocas palabras, dichas expresiones no tienen suficiente capacidad explicativa para señalar al intérprete un límite temporal que debe ser respetado por el que se defiende. Con ello, subsiste la vaguedad propia de la expresión inminente que se repite en la

propuesta mayoritaria, pues no se puede precisar con total claridad qué es lo inmediato, de la misma forma en que no podemos concluir que es lo inminente.

Continuando con el esquema desarrollado por Chiassoni, corresponde aplicar las directivas autoritativas. Para ello se requiere revisar las propuestas de la dogmática jurídico-penal. Su estudio revela que las opiniones de los especialistas no concluyen con una opinión unánime, sino que se aprecian tendencias mayoritarias en contraposición a otras con menor aceptación. Es más, existe una fuerte contradicción entre las soluciones, pues por un lado se excluirá drásticamente la posibilidad de configurar una agresión inminente, mientras que otros sostienen que es posible asumir una interpretación más amplia de dicho requisito.

Siguiendo con la revisión de las directrices interpretativas, tratándose de las directivas (pseudo) psicológicas u originalistas, referidas a la intención que habría tenido el legislador al momento en que se dictó el texto legal analizado, corresponde revisar las actas del Código punitivo. A partir de ello se concluye que en la incorporación de esta disposición no se desarrolló una mayor discusión, pues se decidió utilizar la regulación vigente en el Código punitivo español de la época (Actas, 1974: pp. 253-254). Asimismo, de la lectura del enunciado legal no se puede deducir algo más que el propio requisito de la agresión inminente como contraposición de aquella actual.

En cuarto lugar, es necesario analizar la utilidad de las directrices teleológicas, es decir, indagar en la razón de ser de la disposición, por lo que corresponde reflexionar respecto de los fines que persigue la institución legítima defensa. En otras palabras, la vaguedad detectada necesita superarse precisando el significado del término, a través de la determinación de la extensión del enunciado "agresión inminente" consultando cuál es el objetivo racional que persigue el sistema jurídico al incorporar dicho requisito (Chiassoni, 2019: p. 122).

La discusión sobre el fundamento de la legítima defensa tiene una historia extensa. Si bien algunos especialistas consideraron que se funda en un derecho natural, innato, tan antiguo como el hombre, otras propuestas teóricas la sustentaron asumiendo la tesis de la subsidiaridad, según la cual la defensa es legítima cuando el Estado no está en condiciones de auxiliar al agredido. De ello se colige que es el Estado el que le confiere al ciudadano la potestad de defenderse (Luzón, 2006: pp. 17-19). Por otro lado, siguiendo los postulados hegelianos, se concluyó que ante el enfrentamiento entre el Derecho y el injusto, la legítima defensa, en realidad, hace prevalecer el orden jurídico por sobre el injusto, lo que incluso llevó a tendencias partidarias de la idea de que los ciudadanos estaban llamados a castigar el injusto (Luzón, 2006: p. 41). En ese largo camino de debates profundos la fórmula de Berner destaca por su lucidez: "el Derecho no tiene por qué ceder ante el injusto" (2020: p. 87). Así, encarna las bases más sólidas a partir de las que se ha cimentado el desarrollo teórico posterior. Ello conduce a la idea de que no puede el propio Estado negar el Derecho, obligando a una persona a soportar una agresión injusta (Rodríguez et al: 1995: p. 557).

Siguiendo atentamente el trabajo de Berner, las condiciones de la legítima defensa son: que la agresión sea contraria a Derecho y que exista un peligro actual. Respecto de la segunda afirma que "el ataque tiene que haber comenzado o ser inequívocamente inminente. Como dice la Carolina, no hay por qué esperar el golpe. Si las acciones o palabras del agresor

entrañan tal amenaza, basta que sea de temer su inmediata realización” (2020, p. 84). Entonces, si la mujer convive en el hogar con una conviviente que permanentemente la agrede física y psicológicamente, la agresión que ella vive es incesante. Además, si es amenazada en un contexto del terrorismo íntimo, la agresión es evidentemente inminente, tal como su propia historia vital le ha enseñado. Por todo lo señalado es posible concluir que el Estado no puede obligar a la mujer a esperar una agresión que tendrá lugar de forma indudable hasta el instante inmediato previo a recibir el golpe, pues si lo hiciera estaría negando el propio Derecho. A la inversa, si ella no debe ceder, el agresor sí tiene la obligación de ceder (Wilenmann, 2015: p. 638).

En el panorama nacional, Wilenmann, siguiendo el principio de responsabilidad y defendiendo un fundamento jurídico de esta institución, ha sostenido que “la agresión es en sí misma un desconocimiento de las normas, en general prohibitivas, que caracterizan la relación del agresor frente a los bienes que pone en peligro. El fundamento de la legítima defensa es simplemente ese desconocimiento normativo” (2015: p. 640). Este planteamiento es relevante pues si en forma constante la mujer es agredida, física y psicológicamente el varón, el agresor está infringiendo las disposiciones que lo obligan a respetarla y no dañarla. Dicho mandato elemental surge del deber que tiene toda persona de abstenerse de dañar a otra, pero sobretodo, por la naturaleza del vínculo que existe entre ambos. Es decir, se trata de una obligación que ha asumido en virtud de la celebración del matrimonio o es fruto de un acuerdo de convivencia. De ello se deriva que la defensa de la mujer sea justificada porque “él creó la necesidad de recomponer la relación jurídica debida” (2015: p. 642).

En quinto lugar, el examen sistemático del caso concreto de la mujer que mata al tirano doméstico, obliga al intérprete a revisar el marco jurídico que se debe aplicar al caso. Resulta significativo el aporte dado por los tratados internacionales, especialmente, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, ratificada por Chile, que a partir de su artículo 15, obliga al hermeneuta a desechar aquellas interpretaciones que denoten discriminación hacia ellas. Dicha convención se enmarca en el Sistema Internacional de los Derechos Humanos, que ha previsto una protección especial para las mujeres que experimentan discriminación y violencia. En especial se destaca el Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos con entrada en vigencia en Chile el año 1989, sumado a la Declaración sobre la eliminación de la violencia hacia la mujer, emitida por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1993 y la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer en Beijing en 1995.

La legislación nacional también ha sido modificada paulatinamente, reconociendo la posición desigual de la mujer en la sociedad. A lo largo de los años han aumentado progresivamente sus derechos y se ha promovido la eliminación de discriminaciones arbitrarias en su contra<sup>3</sup>. En materia penal son sumamente relevantes las disposiciones

---

<sup>3</sup> En ese sentido, tal como nos recuerda Lepin, el propio Código civil ha sufrido una serie de cambios, entre los que se destaca la entrada en vigencia de la Ley 18.802 del año 1989, que suprimió la incapacidad relativa de la mujer casada, y la potestad marital que tenía el marido en su calidad de representante de la cónyuge. Con ello, la mujer ya no está obligada a obedecer al marido, seguirlo donde éste trasladara su residencia, ni permitirle que revisara su correspondencia, entre otros deberes. Además, se destaca la ley 19.335 del año 1994, que

contenidas en la ley 20.066 sobre Violencia intrafamiliar, que si bien se enfoca en las agresiones que tienen lugar solamente en el hogar común, regula en su artículo 14° el delito de maltrato habitual, reconociendo expresamente la existencia de malos tratos sostenidos a lo largo del tiempo.

A ello, se suma la ley 20.480 que incorporó el delito de femicidio y modificó las penalidades del parricidio que, a pesar de todas sus deficiencias técnicas, buscaba dar una respuesta jurídica favorable a las mujeres que matan a sus maridos en hipótesis de estado de necesidad. Recientemente entró en vigencia la ley 21.212 que amplió los tipos penales de femicidio, expandiendo el femicidio íntimo a otras relaciones afectivas, reconociendo también el femicidio cometido por razones de género. Todo ello demuestra la intención decidida de promover la igualdad entre hombres y mujeres, ampliando la intervención penal.

Retomando la propuesta de Chiassoni, en sexto lugar, el intérprete requiere examinar aquellas directivas heterónomas o naturalistas que le permiten revisar recursos derivados de las características del fenómeno regulado. En consecuencia, debería analizar la información obtenida por la Criminología, tanto crítica como feminista, la medicina, psicología y sociología criminal, sin olvidar los aportes de la crítica criminológica, respecto de la violencia doméstica y las singulares agresiones que se ejercen sobre la pareja.

Ello supone reconocer que el problema no radica únicamente en percepciones subjetivas de la víctima y mucho menos en la concurrencia de una posible causa de exculpación. En otras palabras, utilizando la información sobre el contexto del fenómeno recogido en el requisito de la agresión inminente, es decir, observando las características de la violencia hacia las mujeres en el hogar, podremos comprender que la inminencia como requisito de la legítima defensa no tiene los contornos que usualmente se han aceptado. Por el contrario, para interpretar esta exigencia se debe integrar las circunstancias que rodean las agresiones, es decir, incorporar en el proceso argumentativo el antecedente de las agresiones padecidas por la mujer, asumiendo que se encontraba en una posición de riesgo grave, respecto de su vida y otros bienes jurídicos fundamentales.

En suma, revisando el rendimiento de cada una de las directrices mencionadas, se puede concluir que la interpretación del requisito exclusivamente a partir de una directiva lingüística es insuficiente, pues utiliza elementos que no ilustra en forma cabal en el caso concreto. Por ello, razonar siguiendo solo una directriz lingüística trae varias consecuencias negativas. La primera consiste en excluir la relevancia de las agresiones previas del marido, desconociendo que esos hechos integran un fenómeno complejo que sí ha sido regulado por el legislador, a través de la promulgación de leyes internas o la ratificación de tratados internacionales.

Seguidamente, interpretar sin considerar una serie de estudios que muestran que los ataques de los compañeros sentimentales usualmente presentan ciertas características y

---

estableció obligaciones igualitarias entre los cónyuges, derogando el delito de adulterio, especialmente gravoso tratándose de la mujer adúltera respecto del marido y la abrogación del amancebamiento (2016: pp. 83-87).

revisten gravedad, lleva a construir argumentos interpretativos de espaldas a la realidad social recogida en la legislación, por lo tanto, las conclusiones se alejan de la real dimensión de estos sucesos, omitiendo distinciones relevantes que permiten comprender diversos problemas y enfoques para su solución, como son las nociones de *terrorismo íntimo*, *violencia doméstica*, *violencia común de la pareja*, *control mutuo*, entre otros.

En consecuencia, esa gravedad debe ser tenida en consideración por el intérprete y representa el elemento que permite precisar el contenido de la inminencia del ataque, sea que nos encontremos en un momento de respiro de una agresión actual, o bien que se trate de un tiempo de corta calma en la dinámica de violencia entre la pareja, o si estamos frente al denominado “período de luna de miel” reconocido en el síndrome de la mujer maltratada.

Continuando con el esquema interpretativo propuesto por Chiassoni, tratándose del rendimiento de las directivas autoritativas que concretan las propuestas de los especialistas, se excluirán las opiniones que entiendan la expresión inminente como únicamente próximo en el tiempo “a”, en virtud de la deficiencia que expresa el uso exclusivamente lingüístico. Por ello, se considerará que tienen mayor utilidad aquellas soluciones dogmáticas y jurisprudenciales que interpretan más extensivamente la inminencia, en la medida que no transformen la legítima defensa en una de carácter preventivo, pues de acuerdo con los antecedentes registrados anteriormente, bastaría con revisar las características del fenómeno para concluir que una agresión inminente no puede cronometrarse, lo que resulta armónico con el respeto del principio de legalidad. Además, debe descartarse una directiva intencionalista, pues no se desarrolló un debate que permita intentar comprender los fines perseguidos por el legislador, ni se pueden obtener mayores antecedentes del texto legal.

Por el contrario, las directivas teleológica y heterónoma o naturalista confieren mayor poder explicativo a la expresión inminente, pues a través de ella el intérprete puede comprender la extensión y gravedad de la violencia doméstica. El fundamento de esta afirmación radica en asumir la posibilidad de desarrollar una interpretación con un carácter pragmático, fundado, en primer lugar, en el reconocimiento explícito de que estamos frente a un enunciado vago, sensible al contexto por tratarse de un término descriptivo.

Como ya se ha dicho, es posible asumir que estas directrices proporcionan más información que las meras reglas lingüísticas usadas en forma mayoritaria. Se suma a ello que en la realización de estos juegos interpretativos la operación que debe desarrollarse consiste en superar la vaguedad de las expresiones, entonces la tarea consiste en precisar el contenido más allá del significado lingüístico. Por todo lo anterior, el intérprete deberá consultar cuál es el objetivo racional que busca el Derecho al autorizar la legítima defensa, además de los valores consagrados en el ordenamiento jurídico (Chiassoni, 2019: p. 122).

Al tomar esta decisión el intérprete ha debido resolver el problema a partir de directrices interpretativas de segundo nivel, es decir, aplicando aquellas que le indican cómo preferir el uso de las directrices de primer nivel. La solución propuesta inclinada a usar directrices con un enfoque pragmático, supone reconocer que el hermeneuta está totalmente facultado para enfocar el problema desde una perspectiva usualmente poco reconocida, que lo empuja a priorizar directrices marcadamente pragmáticas por sobre aquellas estrictamente lingüísticas.

Específicamente, desde la perspectiva de las directivas de segundo nivel, cabe agregar que el funcionamiento propuesto de las directivas ya mencionadas, es concordante con las reglas del Código civil. Partiendo del reconocimiento que el sentido de la expresión no es claro, se abre la posibilidad de aplicar el artículo 19 que en su inciso primero prescribe los elementos o directrices primarias que se pueden emplear, reconociendo una directriz primaria selectiva. Luego le da al intérprete una norma directriz de segundo nivel de orden procedimental para aquellos a casos en que la expresión sea oscura, autorizándolo a acudir a los elementos históricos, teleológico e intencionalista. En cuanto a las directrices preferenciales aplicables a este problema, se consideran fundamentales la coherencia teleológica y el respeto de la naturaleza del fenómeno, los que fueron latamente explicados anteriormente.

Un aspecto pendiente en este análisis dice relación con el empleo de las directivas de tercer nivel, sin perjuicio de que las ideas anteriores pueden dar alguna luz respecto de las decisiones adoptadas en esta investigación, reconociendo que la labor del intérprete se desarrolla a partir de una ideología determinada. Esta propuesta de solución se enmarca en aquella ideología basada en un código ecléctico que busca permitir la adaptación del Derecho a la realidad social y contribuir a la solución de diversos problemas jurídicos.

En resumen, la regla del artículo 10 n° 4 del Código punitivo que prevé la causa de justificación legítima defensa, en cuanto al elemento de la agresión inminente, de creación dogmática, en la circunstancia descrita en el caso estudiado debe interpretarse extensivamente, revisando el contexto en que ocurren las amenazas hacia la mujer, en conformidad con las directivas de primer nivel teleológicas y naturalistas, aplicándose directrices de segundo nivel contempladas en el artículo 19 del Código civil, de carácter selectivo y preferencial, estas últimas fundadas en los *argumentos de coherencia teleológica* y de *respeto de la naturaleza del fenómeno*. Finalmente, en cuanto a las directrices axiomáticas o de tercer nivel, esta propuesta adscribe a un código interpretativo ecléctico.

De esta forma, la interpretación del enunciado “agresión inminente”, enfocado en el caso concreto de la mujer que mata al tirano doméstico que la ha agredido gravemente en ocasiones anteriores, permite controlar racionalmente el límite que el intérprete puede concederle a las expresiones, en vista de que del propio enunciado pueden obtenerse diversos significados y, tal como se ha afirmado, es importante que predominen interpretaciones de carácter progresivas, por sobre posiciones literalistas. Así, el trabajo del hermenuta contribuye a la resolución de conflictos sin dar la espalda a fenómenos, complejos, en especial tratándose de la mujer que mata al tirano doméstico en su defensa frente a agresiones previas reiteradas.

Para concluir, analizando el funcionamiento de la legítima defensa, de acuerdo a la exigencia legal prevista en el artículo 10 número 4, se necesita que exista una agresión ilegítima, la que tal como reconoce la doctrina y jurisprudencia, debe ser actual o inminente. Ella funda la necesidad de la defensa. Esta efectivamente se configura en las situaciones analizadas, pues el marido o conviviente de forma constante agredió física y psicológicamente a su compañera sentimental, creando un contexto de auténtico *terrorismo íntimo*, el que persiste constantemente a lo largo del tiempo y se expresa en diversas agresiones graves. En consecuencia, cuando la mujer agrede violentamente a su compañero

sentimental, está rechazando la violencia que enfrenta en el hogar, pues padece una agresión incesante.

Con todo, este análisis no debe desatender aquellas situaciones en que el marido o conviviente verbaliza una amenaza, pues, en estricto rigor, sus palabras representan una puesta en riesgo concreta de diversos bienes jurídicos de la mujer. Por supuesto expresa un peligro efectivo para su vida y salud, los que constituyen los pilares básicos en el desarrollo de todas las personas. Esta amenaza, lanzada en un contexto de *terrorismo íntimo*, muestra la extensión del contenido del requisito, ya que explicita que la agresión física será, está pronta a ocurrir y, por lo tanto, se verifica el requisito antes aludido. En resumen, en estos contextos, no es razonable ni exigible jurídicamente que la mujer soporte la agresión o que espere el instante previo al golpe, pues ello implicaría que el Derecho no obligaría a su compañera sentimental a desistirse del ataque violento.

2. SEGUNDO CASO: PROBLEMAS INTERPRETATIVOS DERIVADOS DE LAS EXPRESIONES “U OTRA CALAMIDAD O DESGRACIA” PREVISTAS EN LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DEL ARTÍCULO 10 Nº 12 DEL CÓDIGO PENAL CHILENO

“te despertó la muerte,  
en camisa,  
en largos calzoncillos  
con flecos de colores,  
desnudo (...)  
te agarró el terremoto,  
corriste  
enloquecido,  
te quebraste las uñas,  
se movieron  
las aguas y las piedras,  
las veredas,  
el mar,  
la noche (...)”  
(Pablo Neruda, Oda a Valparaíso)

2.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA INTERPRETATIVO

La historia de nuestro país ha registrado numerosos acontecimientos dramáticos para los habitantes de las zonas afectadas, como consecuencia de desastres naturales o causados por el ser humano. Desde el siglo XVI hasta nuestros días, a lo largo de todo el territorio, se han registrado incendios, sequías, epidemias, terremotos, maremotos, inundaciones, avalanchas, plagas, erupciones volcánicas, pestes, epidemias, heladas, temporales, hambrunas, crecidas de ríos (Urrutia, Lanza, 1993: p. 11-13), entre otros. A ello se le suma los golpes militares, revoluciones, revueltas y tumultos. Sin ir más lejos, prácticamente en todas las ciudades del país se desarrollaron manifestaciones populares durante últimos meses del año 2019 y el inicio del año 2020. Estas últimas son reflejo de procesos sociales que requieren un estudio interdisciplinario, incluyendo los análisis jurídicos.

Se acuerdo a estos antecedentes no debiese sorprendernos que acontecimientos de esta índole se repitan una y otra vez, ya que prácticamente componen buena parte de nuestra identidad nacional. Lo que si resulta, al menos curioso es que existiendo en la legislación penal una agravante como la regulada en el artículo 10 número 12, con tantas posibilidades de aplicación práctica, haya sido poco examinada, a nivel dogmático y jurisprudencial (Guzmán, 2020. p. 247).

También debemos recordar que esta circunstancia modificatoria guarda ciertas similitudes con la agravante prevista en la Ley número 16.682, que fija disposiciones para casos de sismos o catástrofes, establece normas para la reconstrucción de la zona afectada por el sismo del 28 de marzo de 1965 y modifica la ley 16.250. Específicamente, en su artículo cuarto dispone, respecto de los delitos contra las personas o la propiedad, que será considerado agravante de la responsabilidad penal el hecho de haberse cometido el delito en

la zona afectada por la catástrofe. Esta disposición tampoco ha sido examinada profundamente en el medio nacional.

Una mirada hacia el pasado nos hace recordar lo ocurrido en el terremoto y maremoto del año 2010 en las comunas de Concepción y Talcahuano, pero también varios otros acontecimientos, en que se desarrollaron saqueos con motivo de la situación calamitosa en que se encontraban las ciudades. Sin ir más lejos las sustracciones ocurridas en la revuelta del período 2019-2020 demuestran que es relevante revisar cada uno de los diversos problemas interpretativos que surgen de su redacción, ya sean de orden lingüístico o sistemático.

Para ilustrar algunas dificultades es relevante revisar los aportes de Alarcón, que en su investigación, dedicada a analizar un par de sentencias que decretaron la prisión preventiva de dos imputados en la comuna de Concepción, con motivo de los saqueos posteriores al mencionado terremoto del año 2010, ilustra el contexto y los comportamientos de los autores de estos delitos.

En ambos casos, el Ministerio Público sustentó la solicitud de decretar la prisión preventiva en la agravante del artículo 12 N° 10 del Código penal, y simultáneamente, en la agravante contenida en el inciso 7° del artículo 5, de la ley 16.282. Por su parte, el Juez de Garantía dio lugar a la solicitud. Con posterioridad, la Corte de Apelaciones respectiva y la Corte Suprema ratificaron esa medida cautelar.

Los siguientes antecedentes recogen con claridad la índole del problema:

Caso 1: “M.A.M.Z tenía en su poder al interior de su domicilio ubicado en... comuna de Concepción, distintas especies de propiedad del supermercado ALVI, a saber, 3 cajas de cereal Nestum, 8 paquetes de corbatas marca Aconcagua, un paquete de espirales marca Carozzi, 8 cajas de café, marca Nescafé contenedoras de 100 sobre cada una, dos cajas de café marca Gold, contenedoras de 100 sobres cada una y 30 cajas de Té Club etiqueta roja”.

Caso 2: “El día 7 de marzo de 2010, alrededor de las 03.30 horas de la madrugada, el imputado Carlos Rubén J.S., mantenía en su poder una lavadora marca Cónsul, la cual había sido sustraída desde el interior de las bodegas de tiendas comerciales ubicadas en el sector Palomares de la comuna de Concepción. El imputado conocía, o no podía menos que conocer el origen ilícito de las especies” (Alarcón, 2010: p. 395).

Ambos relatos dan cuenta de problemas relevantes con motivo de la aplicación de estas agravantes de responsabilidad. En primer lugar, salta a la vista la omisión de los problemas concursales que presentan ambas circunstancias modificatorias. Además, reflejan una suerte de un juicio de reproche incrementado para ambos autores, el que fundamentó la aplicación de la medida cautelar más intensa. Igualmente, a partir de estos casos se puede colegir la cuantía de los bienes sustraídos en estos contextos complejos. Se trata de una apropiación de especies que no tienen un gran valor pecuniario, pero que sustraídas en este particular escenario, con una motivación específica, requerirían un tratamiento más gravoso, respecto de otros eventos similares.

Los problemas que debe resolver el intérprete, a propósito de esta circunstancia agravante de responsabilidad, son variados. Algunos de ellos giran en torno a su fundamento, contenido y ámbito de aplicación. En particular, del contenido y extensión se desprenden, al menos tres dificultades relevantes.

En primer lugar, la utilización de los términos “con ocasión” representa una primera dificultad al configurar un problema de ambigüedad semántica, surgida con motivo del incorporar un término que alude a un momento temporal, cuya extensión no ha sido precisada ni se han incorporado elementos que contribuyan a arribar a dicha solución por parte del intérprete.

En segundo término, surge un problema derivado del uso de expresiones generales en la redacción de esta regla, generando dudas respecto de sus posibilidades de aplicación. Esto se deriva de la inclusión de una serie de circunstancias genéricas que requieren atribución de su significado como son el incendio, naufragio, sedición, tumulto y conmoción popular. Ello no debe sorprendernos, pues el legislador al intentar recoger elementos de la realidad social no puede incorporar todas y cada una de las expresiones que representan diversas circunstancias en que estos hechos tienen lugar. Se trata de una dificultad inherente a la labor legislativa, que en materia penal debe ser analizada con cuidado.

Un tercer asunto importante, vinculado con el anterior, se manifiesta a partir de la dificultad derivada del uso de soluciones analógicas que incorporan escenarios no contemplados expresamente en el texto del artículo 10 número 12 del Código penal, a partir de la utilización de las expresiones “u otra calamidad o desgracia”. Algunos autores proponen que se aplique una razón analógicamente para abarcar las desgracias privadas, mientras que las opiniones contrarias sugieren limitar el alcance práctico para que esta agravante resulte aplicable sólo a eventos que afectan a la generalidad de la comunidad y no sólo al sujeto pasivo del delito.

Una cuarta dificultad surgió con la entrada en vigencia de la ley 21.208, que tipifica acciones que atenten contra la libertad de circulación de las personas en la vía pública a través de medios violentos e intimidatorios y fija las penas aplicables al saqueo, al introducir una circunstancia agravante parcialmente similar a que es objeto de esta investigación. A ello se agregan las problemáticas y evidentes relaciones concursales que surgen a partir de la reiteración parcial de escenarios relevantes para configurar el delito de saqueo, sumado al uso de la expresión “con motivo” de estos contextos específicos.

Para terminar, como se puede visualizar, la esencia de estas dificultades hermenéuticas radica en la determinación del contenido de la circunstancia y los diversos escenarios descritos en el texto legal, vinculados al empleo de la expresión “con ocasión”, cuya interpretación por sí sola representa un desafío adicional. El estudio meramente semántico y la historia fidedigna del establecimiento de la ley dejan subsistir numerosas dudas y no permiten despejar todas las interrogantes esbozadas. Por ello, resulta útil para el hermenuta revisar las características y elementos centrales de estos contextos, que le permitirán comprender y, posteriormente, justificar el sentido y la finalidad perseguida en esta disposición.

Por lo tanto, este apartado de la investigación se abocará a revisar diversas soluciones entregadas por juristas nacionales y españoles sobre estos asuntos, sumado al examen de antecedentes aportados por otras ciencias, referidos al comportamiento humano en casos de catástrofes y desastres provocadas por las fuerzas de la naturaleza o derivados de la conducta de las personas.

## 2.2. ESTUDIO DOGMÁTICO DE LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE

### 2.2.1. HISTORIA Y FUNDAMENTOS

Esta circunstancia agravante común, de acuerdo a las actas del Código penal chileno, fue discutida teniendo a la vista el Código penal español de 1848 (Actas, 1974: p. 261). También se consideró el texto del Código punitivo de 1822, que en su artículo 106, contemplaba como agravante el cometer el delito “con armas o en sedición, tumulto o conmoción popular, o en incendio naufragio y otra calamidad o conflicto”. Al contrario, las posteriores versiones del Código español, hasta el año 1944, redujeron el texto, contemplando como ocasión el incendio, naufragio u otra calamidad o desgracia (López, Rodríguez, Ruiz de Gordejuela, 1988: pp. 199, 331, 502). Finalmente, esta configuración de la circunstancia fue derogada con la entrada en vigencia del Código punitivo de 1995.

Ahora bien, durante la discusión nacional se incorporaron expresiones que no estaban contempladas en el texto de 1848, pero que sí fueron previstas en el Código de 1822 (Guzmán, 2020: p. 244). Específicamente se añadieron los términos sedición, tumulto o conmoción popular, ampliando la aplicación de la agravante a hechos provocados por el ser humano (Künsemuller, 2002: p. 203). Esta redacción casuística tiene carácter solamente ejemplar, por lo que pueden incorporarse otros hechos, como son los terremotos, epidemias, inundaciones, entre otras (Novoa, 2005: p. 61).

Conviene recordar que esta circunstancia también fue recogida en otros países como Brasil, Ecuador y Uruguay. Por otro lado, en Italia, Colombia y, actualmente en España, se aplica una agravante fundada en la defensa menguada (Guzmán, 2020: p. 245). Estos antecedentes son relevantes para efectos de fijar los contornos del significado del contenido e iluminar el problema la razón de su incorporación.

El fundamento de la incorporación de esta circunstancia agravante común, ha generado un debate considerando la redacción del texto legal y sus similitudes parciales respecto de la idea de la defensa disminuida. Por ello, es pertinente revisar las diversas opiniones sobre el problema, que pueden agruparse en tres grupos de soluciones.

Tal como resumió Rodríguez, el autor que delinque en estas ocasiones tiene una mayor facilidad para cometer el delito. Esto se encuentra vinculado a la defensa disminuida, ya que delinquir en estos contextos traería consigo que el sujeto pasivo y los agentes del Estado no se encontrarían en condiciones para defenderlo, ya que su dedicación y esfuerzos están centrados en el control de la situación (1972: p. 686). En Chile, esta opinión la defendió Novoa, estimando que el hechor generalmente se aprovecha de que la autoridad y los

ciudadanos están ocupados atendiendo el desastre (2005: p. 62). Esto se traduce en un mayor disvalor de la acción o del resultado (Guzmán, 2020 p. 249).

Desde otra perspectiva algunos autores asumen que esta circunstancia se basa en que el hechor actúa para alcanzar con mayor facilidad el resultado y eludir la justicia eficazmente, es decir, en estos escenarios obra para garantizar su impunidad (Rodríguez, 1972: p. 686); por lo tanto, ello conduce a un incremento de su culpabilidad, fundada en la mayor reprochabilidad de su conducta al utilizar la ocasión (Guzmán, 2020: p. 249). Como señaló Rivacoba, se trata de una circunstancia en que “el autor expresa una personalidad o actitud opuesta al Derecho y jurídicamente desaprobada” (Rivacoba, 1989: p. 205)

La tercera propuesta asume que el fundamento de la agravación radica en una mayor perversidad moral del hechor, con independencia de las circunstancias que afectan al sujeto pasivo. Entonces el autor “demuestra un completo desdén ante el infortunio de sus semejantes y, por debajo de ello, quiebra la única forma de solidaridad que acomuna a todos los hombres, la solidaridad ante a muerte, esa que despierta en desastres, en medio de esos horribles acontecimientos” (Guzmán, 2020, pp. 249-259). Parcialmente, Novoa acogió esta posición reconociendo que el autor es indiferente al “dolor, temor o inquietud que experimentan los ciudadanos o por un estado de ánimo que puede llevar a despreocuparse de sus propios intereses para dedicarse a auxiliar a quienes sufren la calamidad” (2005: p. 62). Tal como expresó Cury, se trataría de una culpabilidad incrementada por las circunstancias concomitantes (2005: p. 535).

Estas propuestas han sido cuestionadas en virtud de diversos argumentos y antecedentes. Desde la perspectiva fenomenológica se ha estudiado latamente que, después de las catástrofes, las personas asuman una actitud efectiva de autodefensa individual o colectiva de sus bienes, como consecuencia del denominado efecto “boca a boca”, que las alerta ante su situación de vulnerabilidad. A ello se agrega que es común que los estados refuercen los contingentes policiales y militares para garantizar la seguridad pública en las zonas afectadas por la catástrofe. Por otro lado, desde el análisis jurídico se ha precisado que nuestro texto legal no incorpora los requisitos del aprovechamiento, debilitamiento o facilitación en la comisión de los delitos.

Estos tres argumentos reconducen el sentido de la agravación al mayor reproche que se formula al autor que no asume una actitud solidaria o fraterna ante la catástrofe, adoptando una posición diametralmente distinta a la requerida en estos contextos trágicos.

## 2.2.2. PRIMER PROBLEMA INTERPRETATIVO: EL SIGNIFICADO DE LAS EXPRESIONES “CON OCASIÓN”

Una primera mirada, desde la perspectiva semántica, nos conduce a entender el significado de las expresiones “con ocasión” haciendo referencia a una cierta oportunidad o comodidad en tiempo y lugar. Con ello se alude a momentos concretos en que se da la oportunidad para delinquir (Vargas, 2010: p. 177). Algunos autores exigen que se verifique un aprovechamiento de la desgracia o calamidad (Bullemore, Mackinnon, 2005: p. 187); sin

embargo, este requisito no está expresado en el texto del artículo 10 número 12, por lo que debe abandonarse.

Tiene razón Alonso al señalar que la ocasión constituye un elemento objetivo que “atrae hacia el resultado, sin llegar a determinarlo”; por lo tanto, alude a que tengan lugar estas circunstancias que pueden favorecer al hechor. Entonces, son escenarios que inclinan hacia una acción, pero no la causan. En resumen, no se trata de una relación causal, sino meramente ocasional (1981: p. 569). Esta idea se puede resumir en palabras de Antón en el siguiente sentido: estamos frente a una acción que convierte en ocasión de agravio aquella que era de auxilio (1986: p. 408).

En nuestro país, Cury precisó los supuestos que quedan comprendidos en la circunstancia agravante y su elemento ocasional. Sostuvo que concurre cuando el sujeto activo usa la oportunidad brindada por la calamidad o desgracia para delinquir. También abarca los casos en que el autor involuntariamente generó la circunstancia, pero comete el delito valiéndose de la ocasión. Igualmente si el hechor deliberadamente generó la circunstancia para utilizarla como acto preparatorio para cometer el delito, tal como ocurre en el caso que incendie un bosque para generar caos y, con ello, acceder a un inmueble a sustraer. También se configuraría cuando el autor provoque la circunstancia intencionalmente, persiguiendo ese fin, pero con posterioridad considere que puede cometer otro delito aprovechando la situación, como lo que ocurre cuando el agente ocasiona el incendio en venganza, pero después usa la confusión para sustraer bienes (2005: p. 534).

A partir de ello se puede arribar a dos conclusiones relevantes. La primera es que en todos esos casos se debe excluir la aplicación de la agravante del 12 n° 3 del Código penal. La segunda consecuencia implica que, en los dos últimos casos, se configurará un concurso, pues la conducta en sí misma configura un delito y tendrá que determinarse cómo operará la agravante que se está analizando (Cury, 2005: p. 534).

En el fondo, el problema que encierra el uso de estas expresiones consiste en precisar la limitación temporal o cronológica que tienen estos contextos particulares que permiten agravar la responsabilidad criminal. Según Guzmán ese requisito se verificará durante todo el lapso de tiempo en que perdure la alteración psíquica que afecta a la comunidad que padeció la calamidad, pudiendo extenderse a períodos posteriores a su finalización, sin que ello dependa de la calificación administrativa de la autoridad de turno (2020: p. 253).

### 2.2.3. SEGUNDO PROBLEMA INTERPRETATIVO: LOS ELEMENTOS TÍPICOS INCENDIO, NAUFRAGIO, SEDICIÓN, TUMULTO O CONMOCIÓN POPULAR

La disposición regulada en el artículo 12 número 10 contempla un listado de situaciones. Ya desde la época de Fuenzalida fue concebido como un listado ejemplar de casos (1883: pp. 105-106) y esa opinión se mantiene hasta nuestros días (Cury, 2005: p. 534). En su texto se describe una serie de acontecimientos trágicos, de origen natural o provocados por el ser humano, ya sea deliberadamente, por descuido o negligencia, de manera que si se comete un crimen en dichos contextos su sanción será agravada.

La primera situación contemplada es el incendio. Para Guzmán esta expresión debe interpretarse en un sentido restringido, entendiéndose que la mera conducta de pegar fuego sobre un objeto no es suficiente. Por el contrario, para configurar la circunstancia calificante el incendio debe guardar ciertas proporciones. En sus palabras “la combustión mediante el fuego de un objeto cualquiera, natural o artificial, mueble o inmueble, doquier se hallare en el territorio de la República. Es indiferente que arda con llamas, pero no la magnitud del fuego, que ha de ser considerable, ya que incendiar no es simplemente quemar” (2020: p. 254).

Posteriormente incorpora el naufragio, entendido como la “pérdida o ruina de una nave en aguas navegables, salinas o dulces, indistintamente, sea por hundimiento del bajel o por haber encallado”. Tratándose de la situación de las aeronaves, por el contrario, Guzmán desarrolla una interpretación extensiva al precisar que su caída queda comprendida en las hipótesis contempladas en la circunstancia agravante. (2020: pp. 254-255). El fundamento de su propuesta se desprende del sentido de la disposición y de la imposibilidad histórica que tuvo el legislador de regular la situación de este tipo de medios de transporte.

Seguidamente, la disposición recoge los casos de sedición, tumulto y conmoción popular. Todas ellas tienen ciertos elementos comunes asociados a la alteración de la situación de calma social, como ocurre en las revoluciones, guerras y golpes de estados. En general, estas expresiones se refieren a situaciones de perturbación violenta en los ánimos, pero cada situación tiene sus características propias.

Para comenzar, la sedición se presenta cuando hay un “alzamiento colectivo y violento contra la autoridad, sea por una causa política, económica o social de protesta”. Por su parte, la conmoción popular alude al “levantamiento o alteración de ciudades, provincias o pueblos” (Guzmán, 2020: p. 257). Ellas también pueden ser cometidas por un tumulto, lo que nos remite a una concurrencia indefinida de personas (Gómez, 2019: p. 29), más precisamente a conductas de carácter colectivo (Antón, 1949: p. 98) confusas y alborotadas.

#### 2.2.4. TERCER PROBLEMA INTERPRETATIVO: EL SIGNIFICADO DE LAS EXPRESIONES “U OTRA CALAMIDAD O DESGRACIA” Y LA SOLUCIÓN ANALÓGICA

En cuanto a la calamidad o desgracia, el estudio semántico de las expresiones puede comenzar revisando el significado atribuido según la RAE. Un opción es asumirla como una desgracia o infortunio que alcanza a muchas personas. También la expresión alude a la situación de desgracia en que una persona padece un acontecimiento doloroso, o se refiere a un suceso que provoca dolor o pena, incluso se entiende como sinónimo de infelicidad o mala suerte.

De ello se desprende que el elemento semántico no es suficiente para precisar su contenido y extensión, pues esos términos no se obtienen más antecedentes que contribuyan a precisar su sentido. Por lo tanto, subsiste la indeterminación respecto de su alcance, es decir, si solo comprende las calamidades públicas o también quedan comprendidas aquellas de carácter privado. Una advertencia fundamental sobre este problema desarrolló Cury al

reconocer que no es sencillo determinar los límites entre ellas, sobre todo en situaciones límite (2005: p. 535), demostrando así la necesidad de un proceso más complejo de justificación de la delimitación de su extensión.

Para comenzar, esta redacción obliga al intérprete a analizar la posibilidad de aplicar una solución analógica para incorporar otros hechos que no están contemplados expresamente en el texto legal como son los terremotos, inundaciones, pestes, epidemias, bombardeos y motines (Alonso, 1981: p. 571). En ese contexto se abre otra discusión sobre la incorporación de las calamidades privadas, también por la vía de la analogía, que en este caso será *in malam partem* al incrementar la sanción penal.

A pesar de tratarse en ambos casos de una solución perjudicial al reo, el primer asunto ha sido resuelto con mayor facilidad y de forma unánime, ya que existe un consenso en orden a aceptar los otros casos, fundado en las limitaciones lingüísticas expresadas con anterioridad. Sin embargo, el segundo problema requiere un estudio más profundo, considerando las limitaciones que impone el principio de taxatividad penal, pasado absolutamente por alto en la resolución del asunto, aun cuando se trata de un dilema que no surge por una limitación de técnica legislativa tan evidente como el primero.

Respecto de la segunda cuestión, la mayoría de los autores chilenos y españoles y la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España, defendieron una interpretación que atribuye un significado amplio a dichas expresiones (Alonso, 1981: p. 571). Básicamente asumieron que las desgracias privadas sí quedan comprendidas en esta agravante como consecuencia de aplicar únicamente el elemento gramatical (Guzmán, 2020: p. 257).

En particular, Rodríguez justificó esta solución estimando que no hay ningún antecedente emanado del texto que permita excluirlas de la regulación. Además, consideró que las otras situaciones establecidas en la agravante no tienen, necesariamente, un alcance general o público. Se suma a ello que la expresión desgracia tendría un carácter relativo y, por lo tanto, necesita un juicio cognitivo del juez basado en la experiencia general y las valoraciones sociales. Además, defendió que no era necesario exigir que la circunstancia sea real, sino que se verificaría con la simple creencia del sujeto pasivo, de que ha ocurrido la circunstancia (1972: pp. 681- 683).

Esta solución ha sido cuestionada por varias razones. Para Antón no es correcto aceptar la incorporación analógica de las desgracias privadas porque el propio texto regula hechos que aluden a calamidades públicas, las que “obligan a un reforzamiento excepcional de la represión”. Además, una sanción exacerbada de los delitos cometidos en contextos de calamidades privadas, puede justificarse aplicando otras circunstancias agravantes concurrentes, como son el abuso de superioridad o la alevosía. Esta solución parece mucho más razonable, pues no fuerza la labor hermenéutica más allá del alcance que los otros términos de la disposición ilustran.

Continuando con las críticas, Alonso asumió que el significado del texto y su extensión dependen de una revisión de la *ratio* de su incorporación. Para ella la circunstancia calificante se justifica en el aumento el peligro de consumación que incrementa el desvalor de resultado, ya que el delito se comete en un contexto muy específico, en un tiempo de

ejecución determinado, marcado por el desorden y confusión social y una disminución de las posibilidades de defensa (1971: p. 577).

Un asunto que no ha sido cuestionado por los especialistas dice relación con la justificación de la interpretación extensiva en ambos casos. Si bien es cierto que esos resultados interpretativos no están vetados en la hermenéutica penal, deberían justificarse en virtud de las consecuencias jurídicas que derivan de la aplicación de las leyes punitivas.

De esta forma, la solución al límite textual del listado ejemplar del artículo 10 número 12 del Código penal, incluye analógicamente situaciones no contempladas de forma expresa en la redacción de la disposición, se fundamenta en su razón de y la necesidad de optimizar las palabras contenidas en la legislación, de cara a una mayor seguridad jurídica. Definitivamente, si ocurriera un terremoto y en los momentos próximos a su ocurrencia se cometiera un delito, resultaría del todo incomprensible que no se aplicara la agravante fundada en una interpretación gramatical restrictiva, pues resultaría ilógico a la luz del principio de igualdad ante la ley penal.

Sin embargo, el segundo problema no podría resolverse tan ligeramente. La incorporación de las calamidades o desgracias privadas resulta más conflictiva al considerar los otros casos regulados expresamente en el texto legal analizado. Recordemos algunos asuntos básicos de metodología jurídico-penal.

Para comenzar, en términos generales, la analogía, es un tipo de razonamiento “que permite pasar de lo particular a lo particular, de lo semejante a lo semejante” (Atienza, 1985: p. 223). En este caso, los autores que incluyen las catástrofes privadas intentan aplicar una consecuencia jurídica a una hipótesis que no fue prevista expresamente en la ley penal. Las desgracias o calamidades privadas no son similares a las situaciones enunciadas en el resto de la disposición. Entonces, habría que cuestionarse si el intérprete penal está autorizado para extender los efectos de las catástrofes públicas a las desgracias privadas sin trasgredir el principio de la legalidad penal, teniendo en consideración que dicho resultado será perjudicial para el condenado.

Como se señaló en el primer capítulo de esta investigación, no toda la Dogmática jurídico penal ha resuelto los problemas sobre la analogía de la misma forma. Un sector asume categóricamente que no se puede admitir, con independencia de si trae resultados favorables al reo. Otro sector admite su aplicación cuando se trate de la analogía *in bonam partem*, en la medida que contribuya a conseguir un efecto atenuatorio de la pena.

En vista de que el tenor literal del texto permite justificar soluciones en ambos sentidos y que el elemento histórico no aporta suficientes antecedentes, parece razonable acudir a otras directrices de interpretación, como son los elementos teleológicos, sistemáticos y naturalísticos para y analizar los fenómenos consagrados en el texto legal y, de esta forma, buscar una solución a este problema complejo. Sin olvidar que la labor hermenéutica no debe forzar el significado de los textos más allá de las posibilidades que su propia redacción brinda, sobre todo en materia criminal.

## 2.3. ANTECEDENTES CRIMINOLÓGICOS SOBRE EL FENÓMENO DE LA DELINCUENCIA COMETIDA EN CONTEXTOS DE CALAMIDAD, DESGRACIA, SEDICIÓN, TUMULTO O CONMOCIÓN POPULAR

### 2.3.1. UBICACIÓN SISTEMÁTICA DEL PROBLEMA EN EL CAMPO CRIMINOLÓGICO

El análisis de estos fenómenos obliga al intérprete a preguntarse cuándo se cometen delitos en estos contextos descritos en la circunstancia agravante común. De acuerdo al texto legal, se trata de circunstancias especiales, como son la conmoción popular, los tumultos, y la sedición. También se puede diferenciar el comportamiento en contextos de conflictos armados, ya sea internos o externos. Finalmente, un escenario diferente se configura luego de catástrofes naturales como son los terremotos, maremotos, epidemias, etc.

Ciertamente, los estudios desarrollados sobre estos acontecimientos se pueden organizar a partir de la organización conceptual fundada en las disposiciones jurídicas que los configuran. Ese esquema se seguirá en esta investigación, distinguiendo los delitos cometidos en contextos de conmoción popular, tumulto y sedición; separadamente se considerarán aquellos que tienen lugar en escenarios de conflicto armado; finalmente la delincuencia en eventos catastróficos y desastres naturales.

Todas estas situaciones albergan una amplia fenomenología. Recordemos que en estos contextos se han registrado saqueos, robos, hurtos, agresiones de carácter sexual “daños, allanamientos de morada, piratería, contrabando agiotaje, cohecho, homicidios, lesiones” (Guzmán, 2020: p. 257), pero no todos los delitos podrán recibir una pena agravada producto de cometerse en estas particulares circunstancias.

Con todo, ciertos fenómenos se repiten constantemente, como ocurre con la comisión de saqueos, por parte de muchedumbres o de individuos, que se aprovechan del contexto o sencillamente lo usan como medio para conseguir la sustracción de diversas especies. Otros sucesos tienen contornos propios, tal como ocurre en las agresiones sexuales cometidas en contextos de conflicto armado o en medio de catástrofes y desastres naturales.

Teniendo en cuenta la amplitud del fenómeno registrado, los estudios recaídos en todos estos complejos acontecimientos provienen de los aportes de distintas disciplinas. En esta investigación la revisión de antecedentes se centró en el análisis de investigaciones sociológicas, psicológicas, históricas, jurídicas, pero también los estudios desarrollados por la denominada ciencias de los desastres.

Tratándose de estos últimos, se han desarrollado dos grandes paradigmas para intentar comprender el fenómeno. La primera visión concibe a estos acontecimientos como “un agente externo que causa impactos en las comunidades humanas y estas responden a “la agresión de la furia de la naturaleza”. En estos casos los desastres tienen lugar por la concurrencia de una calamidad, normalmente producto de una causa natural externa a la sociedad, que genera un desorden generalizado (Marchezini, 2014: p. 255).

La segunda visión surge de los denominados enfoques de la vulnerabilidad, que analiza aspectos multifactoriales y multidimensionales. Concretamente, la vulnerabilidad se define a partir de tres factores determinantes: “la exposición al riesgo, incapacidad de reacción y dificultad de adaptación frente a la concreción del riesgo” (Marchezini, 2014: p. 255). A su vez, esta noción también ha sido estudiada desde una perspectiva sociológica y desde la visión de la geografía física y los estudios de riesgos. Estas distintas perspectivas, finalmente, ha conducido al estudio de la denominada vulnerabilidad socio ambiental, que integra ambas miradas y métodos (Marchezini, 2014: p. 256). Esta última corriente ha permitido aunar los aportes que fueron incorporados en esta investigación.

En estos contextos se recogió información principalmente versadas en la comisión de los delitos, robo o hurto y saqueo. Desde una perspectiva criminológica, bajo esa denominación queda comprendida la sustracción de bienes muebles respecto de establecimientos comerciales y domicilios particulares. Para ello se acudió a la experiencia de diversos países. Los estudios recogidos se enraízan en la investigación sociológica y psicológica.

Con todo, se dedicó una mención especial a los delitos contra la libertad e integridad sexual cometido contra mujeres y niñas, y la violencia de género en contextos de catástrofes. Esos antecedentes se recogieron de informes desarrollados fundamentalmente por entidades internacionales dedicadas a la promoción y respeto de los Derechos Humanos.

En cuanto a los delitos cometidos en contextos de conmoción popular, tumulto y sedición, son relevantes los estudios históricos que han registrado su transcurso a lo largo de diversos siglos, pero también los conocimientos psicológicos, sociológicos y criminológicos. Estos últimos estudios se dedican a revisar la conducta de la generalidad de la población, las muchedumbres y los individuos que cometen delitos, sobre todo a partir del reconocimiento de situaciones disruptivas que, de una u otra manera, influyen estas conductas. Sobre el particular se enfatizó en la revisión de estudios que explican las motivaciones de los que cometen estos delitos y su interacción con otros factores sociales.

En vista de lo anterior, este apartado se organizará siguiendo la distinción recién formulada, con la finalidad de precisar los contextos en que ocurren los delitos, las conductas comprendidas en estos casos y sus características, incluyendo otros elementos relevantes como son las motivaciones de los hechos, la reacción estatal, la situación de vulnerabilidad de las víctimas y las interacciones entre estos diversos elementos.

### 2.3.2. DELITOS COMETIDOS POR MUCHEDUMBRES EN CONTEXTOS DE CONMOCIÓN POPULAR, TUMULTO Y SEDICIÓN

En contextos de desasosiego y agitación popular las calles y espacios comunes de las ciudades sirven de escenario para la expresión social, albergando multitudinarias protestas y manifestaciones y, por consiguiente, aglomeraciones humanas. Esa ocasión brinda la oportunidad que propicia la denominada criminalidad de la muchedumbre. Este fenómeno ha sido registrado por numerosas investigaciones, cuya relevancia es fundamental para

comprender aquellas especiales condiciones que motivan la comisión de delitos comprendidos en la circunstancia agravante del artículo 10 número 12 del Código penal.

El estudio de este fenómeno se ha desarrollado desde hace bastantes años, a partir de una serie de obras relevantes para el conocimiento del fenómeno. Entre ellos destacan los aportes desarrollados a fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX, como es el trabajo de Freud sobre Psicología de las masas y el análisis del yo, sumado a la Psicología de las multitudes de G. Le Bon, además del trabajo de Tarde sobre "Multitudes y sectas desde el punto de vista criminal". Se agrega el libro de Sighele "Multitud delincuente" o "delitos de multitud" y el aporte de Park sobre "la multitud y el público", entre otros (Herrero, 2007: p. 940).

A pesar del nutrido grupo de estudios mencionado, el fenómeno de la criminalidad de multitudes no ha motivado demasiadas investigaciones empíricas. Sin embargo, dentro los campos del conocimiento que han desarrollado esfuerzos por ampliar el entendimiento del comportamiento, en ese sentido se destacan los aportes de la Psicología, Sociología y la Historia. Desde la perspectiva de las ciencias penales, tal como recuerda Herrero, se investigó el problema a propósito de la peligrosidad de estos grupos humanos (2007: p. 940). En el medio nacional, el tema no ha sido ampliamente desarrollado, a nivel doctrinal y jurisprudencial, a pesar de las diversas repercusiones jurídicas en el ámbito penal y procesal (Gómez, 2019: p. 18). Con todo, en esta investigación se realizará una revisión documental de los aportes formulados por investigadores de las disciplinas ya mencionadas.

Respecto de la criminalidad de la muchedumbre, ciertas investigaciones criminológicas destacan que la oportunidad dada por el entorno es sumamente relevante para la comisión de estos delitos. Desde una perspectiva social, desde hace varios siglos atrás se ha mantenido vigente una cierta desconfianza hacia las muchedumbres, fundada en la probabilidad de que ese grupo de personas desvíe su comportamiento hacia la comisión de crímenes (Gómez, 2019: p. 13).

Quienes retrataron las muchedumbres en el pasado tendían a describirlas como una agrupación "revoltosa o revolucionaria está compuesta de elementos criminales, gentuza, vagabundos, o desechos sociales" (Rude, 1964: p. 204). Es decir, por mucho tiempo fueron consideradas una especie de turba urbana que provenía de los sectores bajos de las ciudades. Con el paso del tiempo esta visión se ha ido desechando paulatinamente (Rude, 1964: p. 204).

Una revisión histórica nos conduce a verificar que las muchedumbres han existido siempre, aunque hayan sido ignoradas por los historiadores (Rude, 1964: p. 11). A ello se suma que durante todos estos años, ocurrieron acontecimientos peculiares, cuya verificación ha producido efectos en el comportamiento de los individuos, reduciendo sus inhibiciones, llevándolos a cometer delitos (Gómez, 2019: p. 13).

Así, las *muchedumbres* se definen como "el grupo numeroso de personas congregadas en el mismo espacio y tiempo, cualificado por una deficiente y efímera cohesión, y cuyos componentes actúan en el mismo sentido a impulsos del sentimiento más que por motivos de racionalidad" (Herrero, 2007: p. 942). Además, se trata de un grupo de individuos

homogéneos o heterogéneos según la edad, género y clase o condición social (Chichizola, 1964: p. 819).

Entonces una *muchedumbre* es distinta a una *multitud* y diversa a un *movimiento social*. Respecto de la primera, la diferencia radica en que un número amplio de personas que constituye una multitud se convertirá en muchedumbre si un estímulo influye en su comportamiento de forma espontánea, de ahí que se reconozca que toda multitud es una muchedumbre en potencia (Chichizola, 1964: p. 804). En cambio, un movimiento social representa un esfuerzo de una comunidad, extendido en el tiempo, que pretende provocar un cambio social. Se origina en la denominada fase de formalización; posteriormente su configuración toma la forma de un instrumento para conseguir ciertos fines y, al final, se disuelve (Herrero, 2007: p. 942). A su vez, también se diferencia de las concentraciones, masa, gentío, multitud o turba. Estos últimos conceptos aluden a agrupaciones que no detentan un motivo común en su actuar, por lo que adolecen del rasgo más esencial de las muchedumbres (Gómez, 2019: p. 17).

Respecto a las muchedumbres, diversos estudios sociológicos las han descrito como colectivos humanos, unitarios y efímeros, a lo que se puede agregar que su carácter heterogéneo. Surgen de manera más o menos espontánea, sin una organización que las convoque ni la estructure, por ello sus miembros tienen amplias posibilidades de entrar o salir del grupo (Herrero, 2007: p. 943). Sus integrantes comúnmente compartirán intereses o creencias, que pueden ir desde una convicción deportiva hasta un asunto político, religioso o económico (Gómez, 2019: p. 14).

Además, el comportamiento de estos grupos puede clasificarse según adopten una conducta activa o pasiva. Dentro de las primeras manifestaciones quedan comprendidos todos los casos en que la muchedumbre se reúne producto del fervor religioso, como ocurre en las celebraciones religiosas masivas; también se congregarán las muchedumbres cuando persiguen la obtención de ventajas, como pueden ser las económicas, lo que se verifica en momentos de grandes rebajas; otra expresión se concreta cuando la muchedumbre huye como consecuencia del pánico que sufre, lo que se conoce comúnmente como estampidas masivas; otra tipología se observa cuando el grupo humano despliega una conducta agresiva, es decir, cuando intentan combatir o dañar a su enemigo (Herrero, 2007: p. 945). Para los fines de esta investigación, la especie relevante es la muchedumbre agresiva, ya que ellas ejecutarán conductas relevantes en materia criminal.

Los factores que determinan su actuación son bastante complejos y disímiles, pues varían dependiendo de cada grupo y época. A pesar de las dificultades fenomenológicas se ha intentado retratar ciertos elementos motivadores generales que alberguen las distintas opciones, a partir de los cuales se han reconocido móviles que comienzan en aspiraciones nobles y terminan en la sed de venganza (Jiménez, 1966: p. 126). Entre los primeros se reconocen estímulos de carácter económico y político, los que pueden presentarse juntos o en forma separada (Rude, 1964: p. 225). Tal como precisó Rude, una muchedumbre rara vez actúa por una sola razón (1964: p. 224); por ejemplo, si se revisa la historia de la Revolución Francesa y las siguientes revoluciones se distinguen diversos antecedentes sociopolíticos que impulsaron a estos grupos humanos a exigir mejoras concretas para la ciudadanía (Herrero, 2007: p. 939).

Por ello, no debemos olvidar que “las dificultades económicas, las inequidades sociales, la discriminación racial o la intolerancia religiosa pueden crear una suerte de resentimiento en el pueblo que la sufre y predisponer el terreno para las reacciones violentas, por lo que casi siempre el delito de muchedumbre obedece a un estallido ante un estímulo que aparece de improviso” (Chichizola, 1964: p. 824). En consecuencia, incentivarán su conducta los padecimientos que vivan los miembros de muchedumbre, ciertos elementos del contexto en particular, sumado a la valoración e ideología política de cada momento histórico (Herrero, 2007: p. 959).

Teniendo en cuenta lo anterior, las investigaciones que intentan explicar el comportamiento violento de las multitudes han arribado a diversas conclusiones. Desde hace bastantes años se ha creído que en estos casos opera una suerte de contagio, a partir del cual los miembros de la muchedumbre adquieren una fuerte consciencia común que trae consigo la imitación de la conducta de unos con otros (Jiménez, 1966: p. 116). Ello se produciría como consecuencia de una sugestión generalizada y, en otras ocasiones, fundado en circunstancias concretas y reales, como las que ocurren después de la ocurrencia de un desastre natural.

También se ha intentado explicar el comportamiento de la muchedumbre mediante la teoría de la convergencia, en cuya virtud “el conjunto de individuos concurre al grupo pues comparte predisposiciones semejantes, las que se evalúan a partir de aspectos culturales y personales de cada uno; por ende, la multitud expresa una respuesta del conjunto de individuos” (Herrero, 2007: p. 958).

Otra opción acepta la denominada teoría de la norma emergente. Ella propone que la muchedumbre actúa pues los individuos aceptan los objetivos que el colectivo decide, por lo tanto, los propósitos y valoraciones individuales ceden en favor de los grupales. Finalmente, se ha propuesto, por parte de la teoría sincrética, que la muchedumbre reacciona frente a ciertos estímulos. Para que ello ocurra es fundamental que los miembros de esta agrupación compartan ciertos valores y detecten problemas o tensiones sociales específicos. Estos elementos, en un determinado contexto, determinarán estos comportamientos grupales y no podrán ser objeto de alguno de los controles sociales (Herrero, 2007: p. 958).

Luego de revisar los rasgos fundamentales de una muchedumbre y las motivaciones de su actuar, corresponde describir el amplio espectro de comportamientos que despliegan usualmente en estos contextos de desorden. Por un lado aparecen los delitos de desórdenes públicos, disturbios y conductas vandálicas, que comprenden una serie de destrozos o daños en bienes y servicios públicos o privados emplazados en espacios colectivos. Además se cometen atentados contra la autoridad y agentes estatales. Asimismo se ha observado la ejecución de ciertas detenciones ilegales contra personas que el grupo considera como un enemigo, registrándose también linchamientos en su contra. En otros escenarios, por ejemplo, al interior de la cárcel se han producido motines políticos y rebeliones de las personas detenidas (Herrero, 2007: pp. 948- 949).

Sin embargo, no se debe olvidar que un fenómeno distinto abarca los delitos que cometen individuos que usan o se aprovechan de la conmoción o el desorden para cometer

delitos, los que únicamente le benefician a ellos mismos y, por lo tanto, no representan una actuación de la muchedumbre (Chichizola, 1964: p. 806).

Como se puede apreciar, estos acometimientos tienen características muy especiales que han conducido a penalistas a cuestionarse los mecanismos de atribución de responsabilidad penal respecto de personas que actúan en muchedumbres cometiendo delitos. Básicamente el problema ha girado en torno a la evaluación del actuar del individuo en estos grupos, ya que al integrarlos se comporta de una manera diferente de cómo lo haría solitariamente.

Sobre este asunto se han esbozado distintas soluciones. Algunos autores estiman que las personas que actúan en una muchedumbre tienen un especial estado psíquico que impediría la aplicación de una circunstancia agravante de responsabilidad, como la que se encuentra en examen, justificando la decisión en una posible situación de inimputabilidad o imputabilidad disminuida (Guzmán, 2020: pp. 251-252). Desde otra perspectiva, se ha sostenido que la solución anterior debe desecharse, ya que es necesario analizar en forma casuística la situación psicológica de cada autor considerado como individuo y, solo a partir de ello se podría sostener su inimputabilidad. Por lo tanto, la regla general supone reconocer que cada uno tiene responsabilidad penal, salvo prueba que acredite lo contrario (Chichizola, 1964: pp. 828-829).

También en contextos de guerra, violencia o agitación social, la muchedumbre o ciertos grupos de personas cometen el delito de saqueo. En términos generales este concepto es problemático ya que comprende distintas modalidades de sustracción de especies y cada legislación interna adopta diversas soluciones.

Cabe destacar que el estudio de este fenómeno no ha sido tan extenso, entre otros factores por la dificultad metodológica de investigar estos acontecimientos, sumado a que los especialistas han puesto énfasis en un análisis del saqueo como un subproducto de las protestas violentas.

Para comenzar el análisis fenomenológico es necesario considerar la definición más simple de la expresión. Se entiende que el saqueo consiste en ingresar a un inmueble, sin autorización del propietario, el que puede ser un domicilio o un establecimiento comercial. Como consecuencia del desastre o los desórdenes este lugar debe encontrarse sin cierres o medidas que impidan la entrada de extraños. Esto refleja el carácter más importante: que se trate de un lugar que se encuentre en una especial situación de vulnerabilidad; por lo tanto, ese es el medio que usa la muchedumbre o el hechor individual para cometer el delito.

Otro concepto general comprende a todas las formas de robo que ocurren durante las crisis políticas. Puede tratarse de conductas regulares y sistemáticas, pero también ocasionales, a gran escala o solo hechos individuales y aislados, afectando distintos locales o establecimientos (Mc Ginty, 2004: p. 859). Entre los aspectos discutidos se encuentra su posible carácter político y la violencia involucrada (Mc Ginty, 2004: p. 859).

En Chile, nuestra legislación penal consagró expresamente el delito de saqueo a partir de la entrada en vigencia de la ley 21.208 que modifica el Código penal para tipificar acciones

que atenten contra la libertad de circulación de las personas en la vía pública a través de medios violentos e intimidatorios, fijando las penas aplicables al saqueo en las circunstancias que indica. Este tipo penal presenta una configuración bastante peculiar en los siguientes términos:

“Artículo 449 quáter. Se aplicará en todo caso la regla 2ª del artículo 449, aun cuando el responsable no sea reincidente, si los delitos señalados en dicho artículo se cometen en circunstancias tales que contribuyan a la sustracción o destrucción de todo o la mayor parte de aquello que había o se guardaba en algún establecimiento de comercio o industrial o del propio establecimiento. En estos casos el hecho se denominará saqueo”.

La sola redacción del texto da cuenta de diversos problemas interpretativos. Para comenzar, los delitos que quedan comprendidos en este tipo penal se deben cometer en determinadas circunstancias que contribuyan a la sustracción o destrucción, pero ellas que no son precisadas por el legislador. La única referencia alude a una propensión a la comisión del delito, es decir, deberían motivar al hechor a cometer este delito. Esto nos conducirá a un problema concursal con la circunstancia agravante del art 10 número 12, ya que se deberá determinar si son exactamente las mismas circunstancias o tienen una similitud parcial o derechamente son diferentes.

Además, la interpretación del artículo 449 ter en su inciso primero genera inconvenientes adicionales al sancionar los delitos del párrafo tercero, es decir, del robo con fuerza en las cosas y del hurto, que se cometan “con ocasión de calamidad pública o alteración del orden público, sea que actúe en grupo o individualmente, pero amparado en este (...)”. De su lectura se infiere el segundo problema en materia de concursos que surge de las vinculaciones que seguramente se darán con los tipos penales de hurto, robo en lugar habitado o destinado a la habitación y receptación.

Una tercera dificultad surge de la limitación del sujeto pasivo del tipo de saqueo. El legislador, en términos expresos, solo le brinda protección a los propietarios de establecimientos comerciales o industriales, no a inmuebles no destinados a estas actividades. No se detectan mayores fundamentos, ni fenomenológicos ni valorativos, detrás de esta decisión legal.

Una cuarta cuestión problemática se desprende del principio de lesividad, pues este tipo de saqueo no exige la consumación de la sustracción, ya que la sanción se verificará con una conducta de mera contribución. Además se eleva a la categoría de autor a los partícipes, pues la conducta típica consiste solo en “contribuir” a la destrucción o sustracción. Como se puede advertir, la reconstrucción de este tipo penal requerirá esfuerzos interpretativos en diversos ámbitos de la teoría del delito y en cuanto a la necesaria sistematización de la Parte especial.

Por su parte, el Derecho internacional, desde la primera mitad del siglo XX, ha sancionado expresamente estas conductas como crímenes de guerra. En la actualidad la prohibición del pillaje es una regla de Derecho internacional consuetudinario aplicable a los

conflictos armados internacionales y no internacionales. Ambos casos son considerados crimen de guerra por el Estatuto de la Corte penal internacional<sup>4</sup>.

En cuanto a su consagración como crimen de guerra, Ambos precisa que las conductas más relevantes comprendidas en la prohibición son la destrucción, apropiación, incautación y saqueo de bienes en el territorio atacado. A propósito del saqueo, en primer lugar, precisa que terminológicamente hablando a veces se emplean indistintamente las expresiones saqueo, pillaje y explotación como sinónimos para referirse a la apropiación de bienes durante un conflicto armado. Luego señala que el autor de esta conducta debe sustraer los bienes persiguiendo un aprovechamiento individual. Para terminar entiende que para configurar este crimen es necesario evaluar la cuantía de los bienes sustraídos, el daño que padece la víctima y se debe formular una apreciación general de la conducta del hechor (2014: p. 171).

Por otro lado, para comenzar el estudio del fenómeno se debe recordar que en los contextos de conflicto armado la criminalidad individual es reemplazada por la colectiva (Ruiz-Funes, 1960: p. 175), desarrollándose una amplia gama de comportamientos delictivos que menoscaban bienes jurídicos individuales y colectivos.

Una revisión de la historia nos recuerda que estas apropiaciones fueron consideradas un derecho de los vencedores, que se concretaba con los botines de guerra. El producto del saqueo era una compensación legítima y justificada por el desempeño militar brindado, que en forma reiterada fue mal remunerado. Ciertamente, existieron reglas respecto del tipos de edificio que podía atacarse, los bienes que podían sustraer, las víctimas que podían ser asaltadas, entre otras.

Sin ir más lejos, una muestra de este fenómeno involucró a soldados chilenos durante la Guerra del Pacífico. Se ha registrado que en los territorios ocupados, estos combatientes desarrollaron de forma sistemática conductas de saqueo y pillaje (Rivera, 2016: p. 269). Aunque algunos historiadores han negado el fenómeno, su ocurrencia fue constatada luego de las victorias del ejército chileno en las provincias vencidas; por ejemplo, en Pisagua (1879), Tacna (1880), Arica (1880) y Chorrillos (1881), además de lo ocurrido pequeños poblados y balnearios y villorrios.

De acuerdo a la investigación de Rivera, los factores que contribuyeron a su aparición fueron variados: el uso de minas explosivas por parte del ejército peruano, que generó en los soldados un sentimiento de ira y venganza mucho mayor (2016: p. 272); la falta de pertrechos, que se tradujo en una alimentación insuficiente o menesterosa de las tropas chilenas, considerando que las batallas se disputaban en territorio enemigo. Este factor

---

<sup>4</sup> Esta regla data de hace varias décadas y ha sido reconocida en diversos cuerpos normativos con diferente rango, como son los instrumentos y reglamentos, declaraciones, prácticas, manuales militares y legislación interna de diversos Estados. Por ejemplo, el informe de la Comisión sobre la Responsabilidad establecida después de la Primera Guerra Mundial, el Estatuto del Tribunal Militar Internacional y el IV Convenio de Ginebra. En efecto, esta prohibición ha sido aplicada en tribunales nacionales con posterioridad a la segunda guerra mundial y ante el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (CICR, s.a.) ([https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/spa/docs/v1\\_rul\\_rule52#Fn\\_9E8B3EF\\_00002](https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/spa/docs/v1_rul_rule52#Fn_9E8B3EF_00002))

produjo también que los soldados se dispersaran, sumado a los graves problemas derivados del consumo de alcohol. Así, los alimentos y el alcohol fueron algunos de los bienes más preciados, representando auténticos trofeos de guerra. Estos objetos fueron sustraídos al pueblo vencido cada vez que el combate terminaba (2016: p. 286); a ello se suma que, en una etapa avanzada de la guerra, fue necesario reclutar tropas forzosamente, es decir, ya no se trataba de voluntarios que se alistaban por el sentimiento patrio, sino que por designación impuesta. Para ellos participar en la guerra “traía la oportunidad de saquear bienes que involucrara algún valor, como la joyería limeña” (2016: p. 288).

Ante ese panorama Green ha precisado ciertos elementos estructurales del fenómeno del saqueo. En primer lugar, se concreta con la entrada no autorizada a una casa o establecimiento comercial. Este inmueble debe encontrarse sin medidas de seguridad o resguardo como consecuencia del desastre o los disturbios, lo que representa una mayor vulnerabilidad y lo convierte en el medio del que se vale el autor para ejecutar la sustracción de los bienes. A ello se agrega que los hechos actúan en grupo y, a veces, cometen ciertos delitos adicionales como el de daños (2006: pp. 13-14).

En cuanto a los factores que contribuyen a su comisión, Mac Ginty estima que el contexto es determinante para la comisión de las conductas saqueadoras. Precisamente en esas circunstancias los bienes no cuentan con una protección o medidas de resguardo respecto de terceros extraños, producto de los acontecimientos que lo rodean. A ello se agrega la disponibilidad de los saqueadores. Comúnmente se trata de personas jóvenes que provienen de sectores marginados, sujetos movilizados a partir de su posición política o sujetos pertenecientes a grupos militares. A partir de lo anterior concluye que la disposición de los sujetos a cometer estas conductas va de la mano con ciertos contextos políticos (2004: p. 862).

Otro factor que propicia la comisión de saqueos radica en la disponibilidad de bienes para ser saqueados, los que deben ser transportables y accesibles, considerando el entorno que les rodea. En algunos casos se trata de bienes con un alto valor económico o de consumo (Mac Ginty, 2004: p. 863).

Estas conductas también se ven propiciadas por un entorno cultural permisivo que valora positivamente las conductas de saqueo. Ello no supone que, dentro de ese escenario, toda la comunidad apruebe este tipo de sustracciones, sino que basta con que un grupo de personas, en un momento determinado, considere adecuados estos comportamientos. Este último elemento puede asociarse al carácter imitativo de la actuación de las muchedumbres (Mac Ginty, 2004: p. 865).

En lo que atañe a los fines que persiguen las conductas saqueadoras, se ha reconocido dos grandes motivaciones por parte de los hechos. En términos generales, una posibilidad consiste en sustraer estos bienes para satisfacer necesidades básicas urgentes y otra opción afirma que algunos cometen estos delitos entendiendo que tienen un fin en sí mismo, aprovechándose de la situación de vulnerabilidad propia de estos escenarios complejos (Norza, Granados, Sarmiento, Fonseca, y Torres, 2014: p. 67). Con ello se hace una alusión directa a la denominada “tesis de la codicia” (Mac Ginty, 2004: p. 858). Bajo este móvil

quedan comprendidas las conductas de sustracción de especies de tráfico comercial lícito, el patrimonio cultural o ciertos minerales preciosos.

A partir de ello se han desarrollado distintas tipologías de saqueo. Siguiendo a Mac Ginty, básicamente, pueden tener un carácter económico, simbólico, estratégico y selectivo. Para comenzar, se revisarán las diversas modalidades. El *saqueo económico* persigue una ganancia o beneficio de dicha naturaleza. A su vez, es posible subdistinguir distintas tipologías motivadas por el afán económico.

Una de ellas es el *saqueo por necesidad absoluta*. Sus autores están motivados por la necesidad de satisfacer necesidades básicas en contextos de catástrofe o emergencias humanitarias en que se fracturó la red de distribución de bienes básicos. Por ello, las conductas principales consisten en sustraer alimentos u obtener un refugio.

Otra modalidad es el *saqueo de contingencia*. En estos casos, la apropiación de bienes se realiza para obtener un beneficio económico posterior. Para sus autores es relevante el potencial valor pecuniario de los bienes sustraídos. Se ha registrado en contextos de desastres naturales.

Una tipología diversa es el denominado *saqueo de aumento salarial*. Generalmente lo cometen soldados que no han recibido paga del Estado o solo perciben remuneraciones muy exiguas. Su comisión está vinculada a factores económicos específicos; por ejemplo, la existencia de demanda de ciertos bienes, como son las antigüedades, minerales preciosos, entre otros. Puede ocurrir a partir de ciertas ocasiones de desastre o desorden social, pero también a veces es fruto de la planificación (Mac Ginty, 2004: p. 867).

Una motivación de otra naturaleza aparece al revisar el denominado *saqueo simbólico*. Estas conductas están vinculadas a la sustracción de trofeos en contextos festivos y recreativos. El objetivo que persiguen los hechores consiste en satisfacer un placer afectivo que deriva de la apropiación, posesión y exhibición de ciertos bienes. Es frecuente que lo cometan muchedumbres en contextos de celebración o conflicto social, producto del efecto de imitación ya señalado (Mac Ginty, 2004: p. 867).

En tercer lugar se vislumbra el *saqueo selectivo*. El comportamiento delictivo está marcado por el ataque a ciertos grupos humanos, en áreas geográficas determinadas o solamente sustrayendo ciertos productos, como han sido las tiendas de licores o de venta de productos electrónicos (Mac Ginty, 2004: p. 868). Estos hechos comúnmente son consecuencias indeseadas de las guerras y han estado presente en todos los continentes en casi todos los momentos históricos. Han sido ejecutados por servicios de seguridad del Estado, fuerzas paramilitares, guerrillas, milicias, caudillos y también muchedumbres violentas y turbas (Bakonyi, 2010: p. 238). Un ejemplo representativo es lo ocurrido luego de la caída del régimen de Saddam Hussein, cuando la muchedumbre sustrajo los bienes de oficinas públicas, hospitales, museos, servicios públicos, empresas privadas, entre otros recintos (Mac Ginty, 2004: p. 857).

En cuarto lugar se distingue el *saqueo estratégico*, cometido en contextos políticos y militares. Esta tipología combina motivaciones de carácter económicas o simbólicas. Un

proceso particularmente relevante para comprender algunos aspectos del fenómeno, que ha permitido una ordenación teórica de sus características, tiene lugar con motivo de la guerra en Somalia en 1988 y el proceso de intervención de Naciones Unidas en dicho país. Durante largas décadas el saqueo y bandidaje ha sido una actividad constante<sup>5</sup>.

A partir de ello Bakonyi distingue otras modalidades de saqueo, concretamente: el saqueo estratégico, de protesta, a los poderosos y privilegiados, a los débiles. Esta tipología no limita otras posibles y asume que pueden ocurrir saqueos de forma simultánea o en distintos lugares (2010: p 243-250).

La primera tipología descrita es el *saqueo estratégico*. Se trata de sustracciones que responden a las lógicas de guerra, basadas en la idea de amigo-enemigo, es decir, se ejecutan contra los vencidos. Se trata de hechos que ejecutados por militares o paramilitares que intentan vengar los hechos del pasado. La mayoría de sus perpetradores consideraron que estaban consiguiendo una indemnización por los sufrimientos que habían padecido, sumado a una mejora en su remuneración. A ello se adiciona el afán de debilitar a sus opositores, es decir, como muestra de su poderío. En resumen, este saqueo se emplea como arma contra el enemigo y medio de venganza (Bakonyi, 2010: p. 244). No se puede olvidar que estas conductas comúnmente van de la mano con pillaje, robo, extorsiones, rapiña, asesinatos políticos (Ruiz-Funes, 1960: p. 176). En otras experiencias también son acompañadas por la violación de las mujeres del ejército derrotado<sup>6</sup>.

Seguidamente, el *saqueo de protesta* expresa el descontento y malestar por la incapacidad del Estado de redistribuir la riqueza. Las multitudes que comúnmente cometen estas sustracciones las ejecutan mediante conductas agresivas, expresivas de la ira que los moviliza. El ataque se dirige contra bienes públicos, espacios públicos y comunes, pues los saqueadores consideran que así pueden legítimamente acceder a la riqueza del país (Bakonyi, 2010: p. 246).

Por otro lado se distingue el *saqueo a los poderosos y privilegiados*. Estas conductas se basan en la sustracción de especies para nivelar las desigualdades sociales y materiales. Usualmente, la comunidad considera que estos comportamientos son justos o están justificados. Su comisión se asocia a un ánimo eufórico y festivo, desarrollándose en contextos de protestas, aglomeraciones y disturbios masivos. En términos generales lo ejecutan muchedumbres o turbas (Bakonyi, 2010: p. 247).

---

<sup>5</sup> Esa nación ha padecido, desde fines de la década de los años 70 hasta nuestros días, un colapso generalizado del Estado, sumado a conflictos violentos internos. Paulatinamente, a lo largo de todo el territorio, sus habitantes han padecido la violencia sistemática, lo que ha traído consigo décadas en el saqueo y bandidaje, llegando estos últimos a constituir elementos que han sostenido su economía. Durante el extenso período de grave crisis institucional que ha afectado a ese país el saqueo ha sido constante y generalizado. Se trata de actividades sociales complejas y su estudio ha permitido delimitar a los sujetos activos, sus motivaciones, objetivos y la organización que los dirige.

<sup>6</sup> Respecto de la violación, el estudio de Franco recoge las experiencias de Guatemala y Perú, tratándose de conflictos armados internos y el genocidio. Los informes posteriores sobre verdad y reparación dan cuenta que estas conductas responden a una lógica idéntica de la del saqueo. Es decir, los soldados, de todos los bandos, entienden que la violación de mujeres era un verdadero botín de guerra y no un exceso (2008: p. 21). Tal como recuerda Cárdenas, en la regulación del Derecho internacional se sanciona estas conductas en virtud de la aplicación de los delitos de Genocidio, Crímenes de lesa humanidad y Crímenes de guerra (2021: pp. 143-147).

En cambio el *saqueo a los débiles* se verificó cuando comerciantes, bandas, milicias y grupos violentos compraron alimentos y especies saqueadas previamente, como consecuencia de su dramática escasez y la fuerte alza en los precios de los bienes. Las motivaciones de estos saqueos surgieron de la necesidad de supervivencia o por un afán de lucro. Esto último se verificó cuando se realizaron redadas a almacenes, establecimientos de ventas de alimentos y campos de cultivos (Bakonyi, 2010: p. 248).

Ahora bien, el *saqueo organizado* hace referencia a aquellas conductas desarrolladas por grupos que planifican sus atracos. Ellas tienen redes comerciales y financieras que les garantizan la venta posterior de los bienes sustraídos, y el producto de dichas transacciones les deja altos márgenes de ganancias. Usualmente los hechores son bandas y pandillas juveniles reclutadas por intermediarios y empresarios con amplias redes de comercialización. Sus conductas recaen sobre el grupo vencido o socialmente vulnerable (Bakonyi, 2010:p. 249).

Otro fenómeno bastante peculiar ocurrido durante la guerra en Somalia fueron los *Rackets* o *estafas para obtener protección*. Considerando el caos generalizado que vivía el país y los ataques sistemáticos a centros de acopio de bienes básicos, los representantes de organismos internacionales negociaron con clanes, milicias, empresarios y autoridades tradicionales para obtener un mínimo de seguridad que les garantizara la internación de bienes de primera necesidad que formaban parte del plan de ayuda humanitaria. Es decir, se trató de acuerdos para garantizar la seguridad local en que los antiguos saqueadores pasaron a formar parte de los grupos que protegían estos bienes (Bakonyi, 2010: p. 250-251).

Para terminar, las diversas tipologías desarrolladas a propósito del saqueo nos muestran que se trata de una conducta sumamente compleja, cuya motivación va desde la necesidad de supervivencia en contextos adversos hasta el enriquecimiento económico. Estos últimos casos reflejan una motivación del hechor que merece, sin lugar a dudas, un reproche penal más intenso, ya que los perpetradores se aprovechan o usan las circunstancias para aumentar su patrimonio, situación diferente a las conductas que solamente se fundan en el afán de vivir luego de una experiencia traumática como es un conflicto armado.

### 2.3.3. DELITOS COMETIDOS CON OCASIÓN DE DESASTRES NATURALES Y CATÁSTROFES

La redacción de la circunstancia agravante en estudio no tipifica expresamente diversas situaciones en que se aplica de forma indubitada, como ocurre con los desastres y catástrofes. Su utilización es resultado de la interpretación analógica de las expresiones “u otra calamidad o desgracia”. Recordemos que, según la RAE, la calamidad alude a la desgracia o infortunio que alcanza a muchas personas, mientras que la desgracia puede aludir a varios significados, siendo los relevantes para estos efectos los recaídos sobre la ocurrencia de una situación que provoca dolor, pena, infelicidad, incluso puede ser sinónima de mala suerte.

El estudio de esta problemática se encuentra frente a una primera dificultad que consiste en sistematizar los abundantes documentos que recogen las investigaciones sobre el

tema, de carácter histórico, sociológico y psicológico, particularmente sobre los desastres naturales y el comportamiento del ser humano en dichas ocasiones.

Por razones de orden es pertinente comenzar señalando en qué consiste un desastre y qué se entiende por catástrofe. Considerando que se han registrado decenas de definiciones técnicas, su conceptualización es bastante problemática. Por un lado, algunos usan las expresiones como sinónimos y otros las diferencian. Ello conduce a revisar los criterios que permiten precisar cada término (Benyakar, 2002: p. 7).

Una posibilidad es comprenderlos según las características de cada evento, o bien analizando las características del fenómeno a partir de la reacción de la población, incluyendo las psicopatologías que estos acontecimientos generan en las personas que los experimentan. Otros especialistas combinan ambos elementos.

Si se toma en cuenta la característica del evento, el desastre es un evento extraordinario que trae consigo la destrucción considerable de bienes materiales y que provoca daño en las personas que lo padecen (Benyakar, 2002: p. 7). Por otro lado, la catástrofe estudia su gravedad y apunta hacia la revisión del evento y sus consecuencias individuales, sociales, públicas. En concreto, las catástrofes provocan “destrucción material importante (o de geografía humana), un gran número de damnificados, una desorganización social notable, o las tres cosas a la vez” (Benyakar, 2002: pp. 8-9).

En este orden de cosas, en situaciones de catástrofes el elemento presente constantemente es el desorden, ya que dejan de funcionar los sistemas más elementales de la vida en sociedad, como son la provisión bienes indispensables, el acceso a servicios básicos, el orden y la seguridad pública, el sistema sanitario y de salubridad, los mecanismos de comunicación, provocando el aislamiento de comunidades enteras. Desde la perspectiva psíquica estos fenómenos generan en la población que los padece, generando una ruptura en el equilibrio en el área individual, institucional y social (Benyakar, 2002: p. 6).

De esta forma, atendiendo al origen podemos distinguir catástrofes naturales, sociales, accidentales, tecnológicas y de guerra. Ciertamente, un desastre puede ser natural o provocado por el comportamiento de los seres humanos. Estos últimos pueden ser intencionales o casuales (Benyakar, 2002: pp. 6-9).

Según la Organización de Naciones Unidas un desastre natural corresponde a las “consecuencias del impacto de un peligro natural en un sistema socioeconómico con un nivel dado de vulnerabilidad que impide que la sociedad afectada le haga frente a tal impacto” (ONU, 2001). Los factores determinantes para su concurrencia son: peligros naturales, vulnerabilidad y riesgo. Entre los primeros destaca una serie de hechos como son los terremotos, maremotos, erupciones volcánicas, tormentas, plagas, inundaciones, incendios forestales, entre otros; la vulnerabilidad comprende las posibilidades de resistencia de las comunidades frente a los peligros naturales; y el riesgo abarca la probabilidad de que el peligro natural se concrete (Norza et al., 2014: p. 58).

En distintos momentos históricos y bajo diversos escenarios han ocurrido desastres y catástrofes, en cuyo contexto se han cometido una serie de conductas delictivas. Por ello,

algunos especialistas han sugerido su estudio a partir de la distinción entre la situación previa al evento catastrófico, lo ocurrido durante esos momentos y aquello que pasa con posterioridad (Provitolo, Dubos-Paillard, y Müller, 2011: p. 50). Considerando la circunstancia agravante de responsabilidad que se está analizando, solo se revisarán los comportamientos que ocurren durante o inmediatamente después del desastre o catástrofe, ya que esta agravante recoge las expresiones “con ocasión”, es decir, el agente utiliza dicho contexto particular.

Los registros de estos comportamientos delictivos se repiten a medida que suceden estas calamidades públicas. En nuestro continente, luego de los terremotos de Haití en 2010 y Colombia en 1999 se registraron numerosos saqueos a establecimientos comerciales de diversa entidad, pero lo mismo ocurrió en un territorio tan lejano como Cachemira durante el año 2005. Tratándose de Chile, se registraron saqueos luego de los terremotos de Valparaíso en 1822 y 1906, Chillán en 1939, Valdivia en 1960, Concepción y Talcahuano en 2010.

A ello se suman acontecimientos similares vividos en Indonesia en el año 2004 después de maremoto que golpeó sus costas. También tuvieron lugar eventos de esta naturaleza luego del paso de huracanes en México, en el año 2014, en Cuba, en el año 2017 y, en menor medida, en Estados Unidos después del huracán Katrina. En el mismo país, se desataron saqueos con posterioridad al atentado del 11 de septiembre de 2011 (Green, 2006: p. 3).

Respecto de los incendios de grandes magnitudes, en Chile también se han recogido antecedentes de saqueos cometidos luego del desastre. Ello ocurrió luego de los devastadores incendios de Temuco en 1908 y Puerto Montt en 1909. En cuanto a los naufragios, con posterioridad a estos episodios se han producido sustracciones de partes de las naves siniestradas y los bienes que llevan en su interior (Guzmán, 2020: pp. 254-255).

Sin embargo, los saqueos no son los únicos delitos que ocurren en estos contextos. Por ejemplo, en Haití aumentaron los delitos de secuestro y violencia sexual hacia las mujeres<sup>7</sup> y también se incrementaron los incidentes violentos (Norza et al., 2014: p. 54). Otros desastres naturales han contribuido al incremento de la violencia contra las mujeres, incluyendo las agresiones sexuales, como fue lo ocurrido con posterioridad al huracán Mitch en Nicaragua, el año 1998 (Alemany, 2019: p. 86).

---

<sup>7</sup> Particularmente, el Memorandum de Walter Kalein, Representante de la Secretaría General de Naciones Unidas para los desplazados internos y los Derechos Humanos, reconoció un alarmante aumento de las violaciones individuales y en bandas contra mujeres, sumado a la violencia doméstica y la prostitución y tráfico infantil, sobre todo ocurridos en los campamentos instalados para albergar a las personas damnificadas. Todos estos delitos aumentaron en número y brutalidad (2010: p. 8). Por su parte, Human Rights Watch documentó la alta vulnerabilidad en la que se encontraban mujeres adultas y adolescentes, las que necesitaban atención urgente, pues reiteradamente habían padecido violaciones y abusos sexuales, entre otros menoscabos (2010: s.p). También Amnistía Internacional registró que los campamentos para desplazados constituían verdaderas trampas para mujeres y niñas. Dicha afirmación se sustentó en duras cifras al respecto. En los 150 primeros días posteriores al terremoto se denunciaron más de 250 violaciones en dichos campamentos (2011: s.p.). Frente a estas cifras debemos recordar que su denuncia se encuentra sub-registrada como consecuencias de la ineficacia del sistema de persecución de estos delitos, que recién en el año 2005 tipificó la violación como delito y la estigmatización que experimentan las personas agredidas (IJDH, 2011: s.p).

Un estudio desarrollado por el Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA) informa que existe un aumento de la violencia de género luego de la ocurrencia de un desastre. Entre los factores derivados del contexto que contribuyen a su comisión se encuentran el caos, la inseguridad pública, los sentimientos de miedo e inseguridad individual, sumado a que, comúnmente, este tipo de violencia existía en forma previa y se mantendrá después de la calamidad pública (UNFPA, 2012: p. 17).

Además, se han detectado una serie de limitaciones en la investigación de este fenómeno que seguramente inciden en su bajo estudio. Por un lado, en contextos de desorden es difícil contar con información confiable y exhaustiva, sumado a las restricciones que tienen las instituciones del Estado para abordar estos problemas luego de la catástrofe, añadiendo las dificultades propias de cada investigación social (UNFPA, 2012: p. 43).

En cuanto a las agresiones sexuales, se ha registrado con frecuencia en los albergues instalados luego del desastre. Lamentablemente los estudios sobre estos hechos se basan más bien en investigaciones cualitativas fundadas en percepciones y vivencias, sin conseguir otro tipo de evidencia. Con todo, se ha concluido que algunos elementos que contribuyen a su comisión son: “la exposición de las mujeres y niñas en la esfera pública, ruptura de mecanismos tradicionales de protección, falta de seguridad y privacidad o la frustración en los hombres” (2012: p. 19).

Otros factores que contribuyen derivan de las condiciones de los albergues temporales. Una mayor vulnerabilidad se presenta en la noche, ya que los lugares que sirven para guarnecer a las personas afectadas reúnen a hombres y mujeres juntos, carecen de medidas de seguridad básicas, como son la iluminación y el personal militar adecuado (UNFPA, 2012: p. 20). Por ello, numerosas denuncias explicitan que el simple hecho de ir al baño de noche ha sido el contexto favorable para la comisión de este tipo de agresiones.

Tratándose de los atentados contra la propiedad, en Chile se cometieron saqueos en las zonas en que el movimiento telúrico ocasionó mayores estragos. Lo mismo ocurrió en Colombia, luego del terremoto de Armenia, donde se cometieron robos similares. En cambio, luego de la erupción volcánica en Nariño se incrementó la comisión de delitos sexuales. Según información entregada por la INTERPOL en veintinueve países se produjeron hechos delictuales similares, especialmente sustracciones en residencias y locales comerciales dedicados a la venta de diferentes bienes (Norza et al., 2014: p. 66).

Todos estos hechos han llamado la atención de los investigadores sociales, pues por regla general, las personas que padecen estos eventos dramáticos se comportan fraternalmente y apoyan al resto de los sobrevivientes; sin embargo, la comisión de delitos también ha tenido una relevancia social que ha sido estudiada científicamente. En ese sentido, la investigación social del fenómeno ha sido mucho más profunda y extensa que los estudios de la ciencia jurídica. Probablemente las causas de este retraso dependen de las complejas dinámicas sociales, demográficas y psicológicas involucradas (Green, 2006: pp. 4-5).

Los estudios psicológicos sobre las reacciones individuales ante los desastres dependen del tipo de catástrofe, su característica, la composición y densidad de la población afectada y su grado de preparación para estos eventos. Como ya se señaló, comúnmente la

reacción de las personas que padecen estas calamidades tiende hacia la solidaridad. Es así como la mayoría mantiene la calma a pesar de la situación y solo un porcentaje menor expresa un comportamiento desadaptado por la sorpresa o el shock emocional (Benyakar, 2002: p. 11).

Por su parte la psicología ve en estos desastres una situación disruptiva, es decir, se trata de un contexto particular del mundo exterior que “irrumpe en la psiquis, provocando una ruptura abrupta de un equilibrio u homeostasis existente hasta ese momento, tanto en el área individual y/o institucional y/o social. La ruptura de este equilibrio puede ser transitoria permitiendo una reorganización, o permaneciendo como un evento no elaborado ni elaborable” (Benyakar, 2002: p. 6).

El estudio del comportamiento colectivo en estos escenarios ha registrado que la mayor parte de las personas reacciona con comportamientos colectivos adaptados, organizados o espontáneos. Mayoritariamente se acatan las jerarquías de las autoridades, manteniendo un espíritu solidario y respetando los valores sociales. Por lo mismo, no es posible establecer con precisión que la causa de estos delitos sea la ocurrencia de estos desastres naturales, sino que solamente se ha reconocido que existe una relación entre ambas (Norza et al., 2014: p. 54).

Cabe precisar que destacados investigadores en el tema han precisado que las conclusiones anteriores son relativas, ya que se sustentan empíricamente en estudios realizados en la población de Estados Unidos y no es tan sencillo generalizar esta conclusión a otras comunidades (Stallings, 1988: p. 570).

Con todo, conviene recordar que los desastres naturales, generan más consenso en torno a la forma de enfrentarlos, surgiendo actitud positiva para enfrentar la dificultad. No ocurre lo mismo tratándose de conflictos sociales que se expresan mediante revoluciones o conmoción popular. Mientras los desastres provocados por el ser humano se encuentran en una posición intermedia (Stallings, 1988: p. 572).

Uno de los hechos delictivos más estudiados en contextos de desastres naturales son los saqueos. En este apartado revisaremos el fenómeno considerando su frecuencia e intensidad en la historia chilena, ya que es usual que luego del desastre se produzcan cortes en los suministros de servicios básicos, por lo que el alimento y el agua escasean y, seguidamente, comiencen los saqueos.

Un antecedente relevante ocurrió luego del terremoto en Valparaíso el 16 de agosto de 1096. Esa noche el sismo provocó la destrucción casi total de amplias zonas de la comuna, como consecuencia del movimiento telúrico y de los numerosos incendios que le sucedieron. Se estima que fallecieron 3.800 personas; hubo más de 20.000 heridos y los daños a la propiedad fueron cuantiosos (Gil, 2017: p. 80). Por supuesto la ciudad sufrió graves problemas ya que se destruyeron los sistemas de comunicación y se interrumpieron los servicios vitales de agua, luz y alcantarillado (Urrutia et al., 1993: p. 157). Frente a ello se adoptaron numerosas medidas, sobre todo para reponer los servicios básicos y asegurar el abastecimiento esencial de bienes para la supervivencia de la comunidad porteña (Sepúlveda, 2009: pp. 75-76).

A ello se le aparejó un problema adicional: el criminal. Una vez que cesó el fuerte sismo comenzaron a desarrollarse desmanes, robos, bandolerismo y pillaje. La gravedad de la situación fue tal que se decretó estado de sitio y se designó un jefe de plaza. Como consecuencia de esa medida se decretaron varios fusilamientos públicos. Los primeros días se ejecutaron aproximadamente quince fusilamientos, al ser sorprendidos los individuos *in fraganti*. Posteriormente, tuvieron lugar otras ejecuciones luego que los autores de estos delitos fueran condenados por el Tribunal Militar (Urrutia et al., 1993: p. 162).

Otro acontecimiento reciente que se debe destacar fue el ocurrido con motivo del terremoto y posterior maremoto del 27 de febrero de 2010 en la zona centro sur del país. Este movimiento telúrico afectó al ochenta por ciento de la población nacional y generó daños en seis regiones. Como consecuencia del intenso sismo se cortó el suministro eléctrico y de agua, se suspendieron las comunicaciones, cayeron numerosos puentes, algunas vías públicas resultaron destruidas. Lo mismo le ocurrió a edificios de vivienda y otras instalaciones.

Los hechos que vale la pena revisar en esta investigación fueron los ocurridos en el gran Concepción. En primer lugar, porque el territorio afectado comprendió zonas urbanas y sub-urbanas, recorriendo desde la cordillera hasta zona costera, abarcando una amplia cantidad de población. En dicho espacio geográfico ocurrieron numerosos hechos delictivos al amparo del desorden propio del contexto, los que han sido registrados por algunas investigaciones sociológicas.

El panorama general de la zona posterior al terremoto y maremoto fue desolador, considerando el gran perjuicio humano derivado del número de personas fallecidas y los graves daños materiales que afectaron a una zona tan amplia. Durante varios días los habitantes estuvieron prácticamente incomunicados. A ello se suma que tampoco existía un contingente numeroso de funcionarios del Estado para resguardar el orden público y los marinos que estaban en la base naval de Talcahuano tuvieron que asumir rápidamente las labores de reconstrucción de sus instalaciones que fueron gravemente afectadas por el maremoto (Sanzano, 2010: p. 152).

En ese contexto de devastación y calamidad comenzaron a registrarse saqueos y amenazas de turbas. Para detener esta escalada de violencia la autoridad decretó estado de emergencia constitucional para asegurar el orden público en las regiones afectadas, garantizar conectividad y la entrega de ayuda a las víctimas de parte del Estado, y comenzar las labores de restablecimiento de los servicios básicos interrumpidos (Alarcón, 2010: pp. 393-394).

Una vez que la situación general fue mejorando, comenzó la persecución penal de aquellas personas que habían sustraído bienes en los establecimientos de comercio. Tal como recogió Alarcón a partir de la información brindada por la Defensoría Penal Pública, se decretó la medida de prisión preventiva para 324 personas. Concretamente, respecto de las formalizaciones, a 166 personas se les imputó el delito de receptación, 66 por el delito de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado o destinado a la habitación, 78 por el delito de robo con fuerza en las cosas que se encuentran en lugar no habitado y 14 por el delito de hurto simple. La gran mayoría de ellos poseían, guardaban o tenían, a cualquier título, bienes muebles que habían sido sustraídos de diversos establecimientos comerciales (2010: p. 394).

Los dos casos relatados al inicio de este apartado son ilustrativos de las características de la respuesta estatal en este particular contexto.

Las investigaciones sobre los delitos ocurridos en ese escenario exponen conclusiones útiles para el proceso de comprensión del fenómeno. En primer lugar, los acontecimientos tuvieron lugar principalmente en los centros urbanos de Concepción (Alarcón, 2010: p. 393). En segundo lugar, una comparación de las cifras totales que recogen un número global de delitos del año 2009, entre el 27 de febrero y el 13 de marzo, recaídas sobre los delitos de violación, homicidio, hurto, robo, robo con fuerza, robo con violencia, violencia intrafamiliar, ley de drogas, incendio, desórdenes, amenazas, registran una disminución general de la criminalidad. Sin embargo, en esos días de catástrofe aumentaron las denuncias por robo con fuerza, vinculada a saqueos. Si bien Sanzano no consiguió precisar la cifra exacta, acreditó que afectaron mayormente a grandes establecimientos comerciales. También que las sustracciones recayeron fundamentalmente sobre bienes de primera necesidad como son provisiones, medicamentos y combustible. En cuanto a saqueos a tiendas pequeñas las cifras son contradictorias, aunque se estima que varios cientos de ellos fueron afectados, mientras que el saqueo a viviendas particulares cuenta con datos más vagos que impiden precisarlos. Respecto de otros delitos, se registraron incendios de gran magnitud que afectaron a supermercados y a una multitienda (Sanzano, 2010: p. 151).

Los estudios nacionales sobre este fenómeno no han logrado precisar las causas y motivaciones de estas conductas. Una interpretación del fenómeno lo atribuye a un “descontento sistémico –histórico, impulsado por la escasez y la incertidumbre, que aprovechó espacios de libertad; y en qué medida primaban franjas movidas por una voluntad de poseer y consumir mercancías individualmente y satisfacer así plenamente necesidades que el propio capitalismo instala en el sentido común de las capas subalternas” (Sanzano, 2010: p. 156). Algunos especialistas han identificado una crisis de cohesión social, que afecta la dimensión colectiva de la vivencia en comunidad, en que se han menoscabado valores como la solidaridad pública y el respeto ciudadano (Aignerren, 2010: p. 9).

Otras investigaciones concluyen que hay un factor asociado a los medios de comunicación que propiciaron un clima de amenaza que contribuyó a los saqueos y la autodefensa de los vecinos (Grandón, Acuña, Briese, Chovar, Hernández, Orellana, 2014: p. 190). Específicamente, ellos asociaron estas conductas a una expresión del lumpen, es decir, los saqueos se habrían cometido por personas marginalizadas (Aignerren, 2010: p. 10). El resto de los factores expuestos en los estudios internacionales no ha sido indagado en los trabajos revisados en esta investigación.

Ambos hechos, espaciados extensamente en el tiempo y el lugar, nos muestran la ocurrencia reiterada de una especie particular de criminalidad, asociada al contexto de desorden y desgracia que se vive cuando terminan estos desastres naturales. Las causas de las conductas pueden ser variadas y no se ha constatado si acaso los hechores se aprovecharon de la posición de vulnerabilidad de los inmuebles siniestrados o usaron el contexto catastrófico para sustraer lo que se encontraba al interior de los inmuebles.

Tampoco es posible establecer una relación de causalidad directa entre ambos fenómenos, pero sí se distingue una vinculación atenuada que permite asociar aumento de

los delitos de saqueos a estos particulares contextos. Eso sí, los casos nacionales y extranjeros dan cuenta de hechos en los que el daño que genera esta conducta se centra en el patrimonio del propietario de las especies sustraídas, pero también en el empleo de un escenario en el que se espera un comportamiento fraterno y solidario de quienes están viviendo semejante desastre, lo que intensifica el juicio de reproche que la comunidad formula a este tipo de comportamientos.

#### 2.4. PROPUESTA INTERPRETATIVA

A lo largo del apartado se detectaron diversos problemas interpretativos, que giran en torno al contenido y extensión de la circunstancia agravante en estudio. Una dificultad surge al precisar los contornos de la ocasión en que deben cometerse los delitos que constituyen la base que permite aplicar la circunstancia agravante. La segunda cuestión, de carácter terminológico, se presenta al aclarar el significado de las expresiones consagradas en el texto de esta agravante objetiva, específicamente: el incendio, naufragio, sedición, tumulto, conmoción popular u otra calamidad o desgracia. En ese recorrido se asoma una cuestión sumamente interesante, a propósito de la concreción de las expresiones “u otra calamidad o desgracia”, ya que algunos autores consideran que sólo se refiere a desgracias públicas mientras que otros estiman que comprendería desgracias privadas.

Este asunto, que podría parecer menor, puede representar una complicación cuando el intérprete se encuentre en situaciones dudosas, producto de la propia vaguedad de los términos de dichas expresiones. A ello se suman las diversas disposiciones diseminadas en diferentes sectores de la legislación penal que hacen referencia a escenarios o hechos específicos, cuya verificación justifica el incremento de la pena.

El núcleo del problema se presenta porque la “otra calamidad o desgracia” no tiene un punto de inicio o término expreso, y tampoco contiene elementos claros que permitan delimitar su alcance. Por ello, tal como señala Nino, esta duda obliga a desarrollar un análisis que supere el significado de cada una de las palabras vagas y, por lo tanto, exige analizar el conjunto de palabras que componen este enunciado (2014: p. 256).

En este estado del problema cobra relevancia tener algo de certeza sobre el contenido de la circunstancia, en particular de todas las expresiones que la componen. Sin embargo, llegar a esa claridad conceptual es un trabajo complejo pues, como se verá, si únicamente se desarrolla un estudio que aborde aspectos lingüísticos, no se logrará esclarecer totalmente los dilemas ya enunciados.

Para comenzar este camino interpretativo se tiene que considerar una idea general. Algunos delitos se cometen con ocasión de circunstancias específicas, ello ocurre porque ese escenario atrae o inclina al autor hacia el resultado típico (Alonso, 1981: p. 569). Es decir, en este caso el contexto de desastre o calamidad estimula al hechor a delinquir. Particularmente, recordando las palabras de Antón, estamos frente a situaciones en que la ocasión que socialmente consideramos de ayuda se transforma en una de agravio (1986: p. 408). En estos trágicos escenarios, la comunidad espera un actuar solidario pues ha padecido

un evento que provoca una ruptura en el desarrollo los sistemas sociales, que provoca un fuerte impacto en su vida. No olvidemos que, históricamente, estos delitos cometidos en estos escenarios son fuertemente reprimidos.

Los contextos específicos que el legislador considera que son particularmente complejos y que ameritan una éxasperación de la pena mediante esta circunstancia agravante son: incendio, naufragio, sedición, tumulto, conmoción popular y u otra calamidad o desgracia.

Una recapitulación de los significados atribuidos anteriormente, recuerda que la expresión incendio debe entenderse de una cierta magnitud, no puede tratarse de una pequeña combustión. El naufragio se concibe como la ruina de una nave y puede asimilarse al capotaje de una aeronave. Por su parte, la sedición, tumulto y conmoción popular nos remontan a circunstancias en que un gran número de personas se despliega en espacios urbanos, producto de una alteración de sus ánimos, generando una agitación en la tranquilidad social.

Se debe recordar que la redacción en particular de esta circunstancia agravante no exige que el hechor persiga asegurar la impunidad, a diferencia de aquella prevista en el artículo 456 bis letra a) del Código penal que aumenta la penal cuando se ejecuten los delitos de hurto y robo en sitios sin vigilancia policial, oscuros, solitarios, sin tránsito habitual o que, por cualquiera otra condición, favorezcan la impunidad. Ello es un elemento relevante a propósito del esclarecimiento del *telos* de la disposición.

En este momento arribamos al problema del significado de la “otra calamidad o desgracia” y el límite que se le dará a su contenido. Tal como se trató con anterioridad, la interpretación mayoritaria entiende que su incorporación perseguía el objetivo de darle mayor apertura al significado de la circunstancia, debido a la incapacidad natural del legislador de expresar todas las situaciones catastróficas que podían ocurrir. Justamente, esa finalidad, que busca salvar una dificultad propia del uso del lenguaje en el Derecho, es usada por algunos autores para afirmar que las desgracias privadas quedan comprendidas en el significado de esta circunstancia agravante de responsabilidad penal.

Ahora bien, los argumentos dados para defender esta posición asumen que la redacción de la circunstancia no lo ha prohibido. Además, entienden que los otros casos comprendidos expresamente, pueden ser hechos con connotación pública o privada. Asimismo, se amparan en el significado que la expresión desgracia puede referirse a asuntos públicos o privados (Rodríguez: 1972: pp. 681- 683). Como ya se señaló, esta interpretación de las expresiones ha sido acogida por el Tribunal Supremo español y parte de la doctrina nacional y española, abriendo las dudas sobre el límite entre los significados atribuibles a las expresiones y una interpretación correctora de la ley.

La resolución de este problema puede llevarse a cabo empleando el esquema de las directivas interpretativas propuestas por Chiassoni. Dicha metodología interpretativa conduce a emplear directivas primarias, secundarias y de tercer nivel en el razonamiento que justifica la decisión que atribuye significados.

Recordemos que las directivas primarias se valen de recursos que dotan de una eficiencia hermenéutica inmediata. Bajo su concepto quedan comprendidos todos los datos reales o hipotéticos que recaen sobre usos lingüísticos, asuntos de política legislativa, opiniones de expertos, doctrinas éticas y la configuración de los fenómenos sociales. El aprovechamiento de dichos recursos se concreta mediante la aplicación de las directivas interpretativas concretas, que a continuación se individualizan.

Las directivas lingüísticas permiten que el intérprete justifique su decisión a partir del uso ordinario o técnico de las expresiones contenidas en el texto, sumado a las reglas gramaticales vigentes. La lectura de la redacción de la circunstancia agravante de responsabilidad en estudio contempla una serie de escenarios y acontecimientos cuyo significado fue precisado anteriormente, pero no incorpora ningún escenario de desgracia individual o privada.

Si bien es cierto que desde la perspectiva gramatical no se incluye alguna prohibición que impida contemplar las desgracias privadas, la revisión de los significados atribuidos por la RAE nos da un punto de partida. Concretamente, la calamidad se entiende como una desgracia o infortunio que alcanza a muchas personas. Las inquietudes surgen de las numerosas acepciones que detenta la expresión desgracia. Entre ellas, solo una se refiere a la situación de quien sufre un suceso doloroso. De la sola lectura se desprende que ello puede ocurrir por múltiples experiencias, siendo tan amplias las posibilidades que, en virtud del principio de taxatividad legal, le corresponde al intérprete fijar con mayor precisión su extensión. En consecuencia, no es posible precisar el significado siguiendo el uso común de estas expresiones.

A continuación queda por evaluar el uso de las directivas psicológicas. Lamentablemente, no hay registro del fin que persiguió el legislador histórico al recoger la disposición, salvo la referencia a ampliar el contenido original de la circunstancia para consagrar los casos de conmoción pública, surgida en períodos de agitación popular, como son la sedición el tumulto y la conmoción popular, que no estaban contempladas en el Código punitivo español que sirvió de modelo al chileno.

Corresponde desarrollar un análisis a partir de las directivas autoritativas, es decir, revisar las propuestas elaboradas por especialistas en el tema. Como se señaló en párrafos anteriores, sobre este asunto las opiniones están divididas, ya que se ha defendido una interpretación restrictiva que sólo comprenda las desgracias públicas y otros han sostenido la incorporación de las desgracias privadas.

En cuanto al examen de la directiva teleológica, conviene recordar que ella permite al intérprete asignar significado a partir de la norma final, que puede ser implícita o explícita del instituto jurídico respectivo. Por ello, podríamos reorientar el problema a partir de la finalidad perseguida con su incorporación.

Las circunstancias agravantes de responsabilidad expresan una conducta, diversa del tipo penal, que justifica un incremento en la penalidad prevista en el tipo. Tratándose de esta agravante, el *telos* de su incorporación no puede desprenderse de la discusión legislativa, por ende, el análisis tiene que centrarse en la valoración jurídica del fenómeno tipificado en su

texto. En ese sentido, la agravación ha sido concebida como consecuencia de una antijuridicidad incrementada o en virtud de un mayor reproche en la culpabilidad. Recordemos que la redacción del texto de la circunstancia no incluye alguna expresión que obligue al autor a aprovecharse de estos contextos, basta con que el sujeto activo delinca en algunos de estos escenarios típicos.

Aquellos autores que justifican el incremento de la pena en una antijuridicidad exacerbada, consideran que delinquir en estos contextos disminuye los riesgos de la conducta y facilita su consumación, por ende, se trata de un abuso de una posición fáctica (Novoa, 2005: p. 41). La opinión contraria defiende que estas conductas delictivas deben valorarse a partir del incremento de la culpabilidad del autor, ya que el agente expresa una conducta opuesta al Derecho y reprobada jurídicamente (Rivacoba, 1989: p. 205).

Teniendo en cuenta el estado del problema, se debe revisar el aporte de las directrices de interpretación heterónoma o argumentos naturalistas. Ellas permiten que el intérprete emplee datos o antecedentes que provienen de la denominada naturaleza de las cosas. Para Chiassoni la expresión “naturaleza” en los contextos argumentativos del Derecho se refiere al conjunto de características esenciales de una cosa. Claramente estas no pueden precisarse a partir de la sola observación de un fenómeno social; por ende, el hermeneuta necesita valerse de un sistema de valores, aplicando una determinada ética normativa (2011: pp. 106-107).

El uso de esta directiva requiere desarrollar un trabajo completo, pues se trata de un análisis basado en la observación y valoración de los hechos. En este caso, es fundamental centrar el asunto en ciertas características de los contextos o situaciones descritas por el legislador expresamente en la circunstancia agravante. Todos los casos tipificados a aluden a situaciones graves en que se produce un desorden generalizado a nivel social e individual.

En primer lugar, una calamidad de origen natural o humano, afecta ampliamente a una población provocando un serio impacto psíquico en toda la colectividad. Es así como numerosos estudios psicológicos demuestran que desastres y catástrofes generan una ruptura en el funcionamiento ordinario de los individuos (Benyakar, 2002: p. 4) y su interacción con la comunidad.

Es más, estas circunstancias y sus consecuencias en el ser humano han sido estudiadas desde épocas antiguas. Podemos remontar los registros a la erupción volcánica de Pompeya y Herculano, época en que el historiador Plinio el joven recreó la destrucción ocasionada por la fuerza del Vesubio o los relatos de Voltaire sobre el terremoto de Lisboa en 1755. Posteriormente, durante fines del siglo XIX y principios del siglo XX, los estudios psicoanalíticos dedicaron esfuerzos a comprender el comportamiento humano en estos contextos. Con todo, el mayor desarrollo tuvo lugar a partir de los estudios psicológicos y psiquiátricos sobre la conducta de los soldados durante las guerras mundiales de inicio del siglo XX (Benyakar, 2002: pp. 4- 5).

Estos antecedentes nos revelan que, durante los desastres y catástrofes, se produce una interrupción súbita de la vida individual y colectiva, provocando un desequilibrio en la esfera psíquica de los individuos. En esos casos “la ruptura del equilibrio puede ser

transitoria, permitiendo una reorganización o permaneciendo como en evento no elaborado ni elaborable” (Benyakar, 2002: p. 6). Normalmente, esa disrupción también afecta al funcionamiento de todos los sistemas sociales básicos para la subsistencia y la convivencia, pues tratándose de las calamidades públicas se interrumpen las redes sanitarias, la conectividad vial, los sistemas de comunicaciones, la provisión de bienes de subsistencia, entre otros. Estamos frente a un desorden y varios peligros graves, sumado a la pérdida de vidas humanas.

Tratándose de situaciones de conmoción popular, tumulto o sedición, presenciamos un escenario de desorden y descontrol en el territorio, que afecta el funcionamiento de la vida en comunidad. En estos contextos de revolución o golpes de Estado, comúnmente aparece el fenómeno de la criminalidad de la muchedumbre que ejecuta conductas delictivas violentas, fundadas en sus impulsos y emociones del momento, bajo una dinámica particular. Estos hechos comúnmente generan múltiples reacciones en la comunidad que, en ciertos casos, justificará ese actuar y en otros lo reprochará.

En el fondo, la valoración de estas conductas reprobadas nos conduce intentar comprender asuntos profundos y básicos de las pautas del comportamiento humano. Así, tal como señala Eibl-Eibesfeldt “en todas las épocas el peligro común ha reforzado la cohesión de los grupos humanos” (2004: p. 152). Ya sea que estemos frente a una conducta innata o un aprendizaje cultural, los grupos humanos se unen ante las agresiones comunes, creando un fuerte vínculo (2004: p. 152), es decir, existe una tendencia a la cohesión para enfrentar el peligro que va de la mano con el temor. Ambos factores avivan la unión entre las personas (2004: pp. 152-153).

Entonces, nos remontamos a una cuestión esencial, tal como sostuvo Lorenz “que yo sepa no hay ninguna especie animal cuyos individuos vivan en cohesión estrecha y que no se acerquen más íntimamente unos a otros cuando les inquieta la sospecha de que el enemigo devorador está cerca” (2003: p. 162). Por lo tanto, el comportamiento que apunta al sentido opuesto, es decir delictivo y no solidario, repugna fuertemente a toda comunidad, tal como ha ocurrido cada vez que se enfrenta a situaciones con estas características.

Estos antecedentes del comportamiento básico de los seres humanos se expresan en valoraciones sociales concretas. Es decir, existen pautas claras sobre el comportamiento esperado en estos escenarios. Básicamente, cuando debemos enfrentar este tipo de calamidades lo que se espera es una conducta solidaria, leal entre sus miembros, no por el hecho de tener algún vínculo especial, sino sencillamente por pertenecer a la humanidad.

Como señala Squella “si las distintas comunidades fomentan la lealtad entre sus miembros, la humanidad amplía esa lealtad a todos los individuos de la misma especie, constituyéndose en base de la solidaridad. Es por eso que de una persona solidaria suele decirse que es “humana” o “muy humana”. En cuanto somos conscientes de nuestra común humanidad, nada de lo que ocurre a otro y otros debería dejarnos indiferentes, sobre todo cuando se trata del dolor, del hambre, del abandono, de la persecución, de la pobreza” (2018: p. 26). Es esa solidaridad la que impulsa y guía conductas de ayuda mutua. Consecuentemente, el actuar delictivo merece un reproche mayor al romper una conducta esperada jurídicamente, vinculada a los elementos más básicos del comportamiento humano.

Retornando a la propuesta de Chiassoni, es momento de aplicar las directivas secundarias. Ellas conducen al intérprete a aplicar aquellas de carácter procedimental y preferencial. Las directivas procedimentales, en nuestro país, se rigen por las reglas del Código civil en materia de interpretación de la ley. Precisamente, ese título orienta al intérprete respecto de las directivas primarias que deberá emplear.

De esta forma, el artículo 19, inciso primero del Código de Bello, dispone que si el hermeneuta se enfrenta a una expresión oscura, como es la palabra desgracia, debe recurrir al elemento histórico o al elemento intencionalista o teleológico. Respetando ese mandato se observa que la historia de la ley no da herramientas para resolver el problema. Por lo tanto, corresponde aplicar la directiva teleológica.

Seguidamente, las directivas de segundo nivel preferenciales “establecen bajo qué condiciones el resultado de las aplicaciones de una directiva primaria, o de un conjunto unitario de directivas primarias, puede *habida cuenta de todo*, ser adscrito a una disposición como “su” significado jurídicamente correcto” (Chiassoni, 2011: p. 114). Estas directrices se expresan a través de doce argumentos. En este problema interpretativo pueden aplicarse los argumentos de la razonabilidad, congruencia teleológica, la no redundancia y aquel que ordena el respeto por la naturaleza del fenómeno regulado.

El empleo del *argumentum ab absurdo* prohíbe atribuir significados y derivar de las disposiciones normas explícitas que sean absurdas o que traigan consecuencias jurídicas irracionales (Chiassoni, 2011: p. 119). En este caso, la admisión de las desgracias privadas como circunstancia agravante de responsabilidad derivada del art 10 número 12, presenta una serie de situaciones que conducen a soluciones un tanto irracionales, basadas en la falta de una delimitación clara de su contexto. Es así como una desgracia privada puede producirse a partir de cualquier experiencia desagradable que provoque infelicidad, dolor o pena; por ende, puede comprender situaciones que van desde un desengaño sentimental, el padecimiento de una enfermedad transitoria o incluso de alguna de gravedad. Claramente, esos casos no son comparables con la entidad de una desgracia de carácter público.

La aplicación de la *directriz de la congruencia teleológica* le impide al intérprete atribuir significados incongruentes o consecuencias que tengan dicho carácter, considerando el fin impuesto por una o más normas formal o axiológicamente superiores del sistema. Es decir, se trata de comprender el significado entendiendo que se trata de una disposición instrumental a un fin (Chiassoni, 2011: p. 121).

En el caso de las desgracias privadas no se comprende a qué fin superior tributa su incorporación como significado posible del art. 10 número 12, considerando nuevamente el amplio espectro de situaciones que pueden quedar comprendidas bajo su significado, a diferencia de la desgracia pública en que se persigue castigar un aumento de la culpabilidad por exteriorizar un comportamiento reprobado y sancionado por el derecho en contextos de auténtico terror y desorden generalizado.

El aprovechamiento de la *directriz de la no redundancia* limita al intérprete a “atribuir a dos disposiciones pertenecientes a la misma fuente de significados que sean total o parcialmente idénticos” (Chiassoni, 2011: pp. 123-124). Es decir, con ella se intenta

mantener la armonía en el sistema entre distintas disposiciones. El análisis de los delitos que se cometen en los escenarios contemplados en el artículo 10 número 12, en la medida que acepte las desgracias privadas, conduce al hermeneuta simultáneamente a otras disposiciones que captarían total o parcialmente el mismo asunto.

Una primera superposición de contenidos tiene lugar respecto de la circunstancia agravante de la alevosía, del art 12 número 1 del Código penal, en la medida que el delito tenga lugar contra las personas. En estos casos, si el hechor utiliza la circunstancia para obrar a traición o sobre seguro; por ejemplo, si utiliza una enfermedad para cometer el delito, debe primar dicha disposición. La segunda reiteración parcial se verifica a propósito de la agravante del art 456 bis letra a) cuando el hechor comete los delitos de hurto y robo utilizando cualquier otro escenario que favorezca la impunidad. Ambas circunstancias permiten agravar la responsabilidad del sujeto activo siempre que utilice el contexto en su favor, tratándose del amplio abanico de delitos contra las personas y respecto de la comisión hurtos y robos. Por lo tanto, en todos esos casos corresponde excluir, sin lugar a dudas, la aplicación de la desgracia privada del 12 número 10 del Código criminal.

La utilización de la directiva que resguarda el *respeto por la naturaleza del fenómeno regulado* prohíbe atribuir “un significado que sea incompatible, ya sea por sí mismo o por sus presumibles consecuencias prácticas, respecto de la naturaleza del fenómeno regulado” (Chiassoni, 2011: p. 123). De este modo, considerando que todas las situaciones descritas expresamente en la agravante tienen una connotación pública, la incorporación de las desgracias privadas dentro de sus sentidos admisibles resulta incoherente desde la perspectiva formal y sustantiva, ya que la gravedad de ellas no es armónica con la magnitud de la conmoción psicológica que soporta quienes sobreviven a una calamidad pública, que exige de todos los miembros de una comunidad un comportamiento solidario y no delictivo.

En definitiva, el sentido del artículo 12 número 10 del Código penal chileno solamente comprende las desgracias públicas y no privadas, en virtud de la aplicación de las directivas de primer nivel teleológicas y de respeto por la naturaleza del fenómeno regulado, como resultado de la aplicación del artículo 19 inciso primero. En cuanto a las directrices de segundo nivel, se suma a la utilización del argumento *ad absurdum*, la directriz de la *congruencia teleológica*, de la *no redundancia* y aquella que propicia el *respeto de la naturaleza del fenómeno regulado*.

Finalmente, si no se acepta esta argumentación y se continúa defendiendo que las desgracias privadas quedan comprendidas en la circunstancia agravante del 10 número 12, en el fondo se promueve una interpretación correctora de la ley, es decir, se trata de una sustitución parcial del significado original del texto (Chiassoni, 2011: p. 150), que va más allá de las posibilidades semánticas, teleológicas y del fenómeno regulado. Con ello, se vulnera el principio de taxatividad en materia penal, promoviendo una interpretación extensiva que fuerza el texto de la ley más allá de sus límites que, por lo demás, resulta incoherente con el fin perseguido a través de la incorporación de la agravante y las características de los fenómenos regulados expresamente, sumado a la contradicción de otras disposiciones penales que agravan las conductas cometidas en contextos de desgracias privadas.

### 3. TERCER CASO: EL ROBO CON VIOLACIÓN Y LA INTERPRETACIÓN DE LA EXPRESIÓN “CON MOTIVO U OCASIÓN”

(...) Ni muy listo ni tonto de remate  
Fui lo que fui: una mezcla  
De vinagre y aceite de comer  
¡Un embutido de ángel y bestia!  
(Epitafio, Nicanor Parra)

#### 3.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA INTERPRETATIVO

El estudio de este delito representa un desafío para el intérprete. Se trata de una figura compleja y problemática, cuya aplicación tiene lugar en casos en que la víctima sufre una afectación de sus derechos patrimoniales y la libertad o indemnidad sexual. El tratamiento que el legislador chileno ha dado a estos fenómenos queda resumido en la regla prevista en el art. 433, en virtud del cual prevé una exasperación de la pena a través de la aplicación de la penalidad de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado cuando, con motivo u ocasión del robo se cometiere, además, violación u homicidio.

Si bien se trata de delitos conectados, es decir, aquellos que pueden tener una conexión teleológica o consecuencial (Bettioli, 1986: p. 586), se ha discutido sobre la existencia de relaciones lógicas entre ambos tipos penales, abriendo el debate a la posibilidad de que sean especies enlazadas artificialmente. Lo cierto es que esta solución legislativa excluye las reglas concursales que podrían aplicarse a estas situaciones

A partir de esta regulación han surgido numerosas discusiones. Una de ellas cuestiona si estamos frente a un tipo calificado o una regla de agravación de pena. Además han surgido controversias sobre la forma de comprender los elementos normativos del tipo “robo” y “violación”, sumado al debate teórico respecto del uso de coacción y la falta de coacción en la comisión del delito. También se puso en duda la configuración de relación de causalidad y los elementos subjetivos del tipo, sin contar con las dificultades en la aplicación de concursos a casos residuales, la falta de proporcionalidad en las penalidades, algunos problemas de participación y la aplicación de circunstancias agravantes. A ello se suma que la bibliografía nacional sobre el tema no es abundante y usualmente dedica extensos párrafos a las críticas a la regulación vigente, con una opinión común que en forma constante sugiere su derogación, sin abordar todos estos problemas que se han descrito con anterioridad.

En este apartado se tratará otro problema específico de interpretación que surge del uso de la expresión “con motivo u ocasión”. Ella representa un elemento descriptivo del tipo penal conflictivo, ya que la ambigüedad de sus términos conduce a un laberinto conceptual, pues se cuestiona si es posible que la conducta típica del robo tenga la capacidad de determinar en el hecho una agresión sexual como la violación. Esta duda alcanza una hondura mayor ya que las soluciones doctrinales vertidas en la interpretación de la expresión “con ocasión” no conducen a una mayor claridad terminológica.

Concretamente, en el artículo 433 se emplean dichos términos, pero no es posible determinar su significado con una lectura *prima facie*. En particular, tal como señaló Rodríguez, tratándose del robo con homicidio, dichas expresiones han venido a convertirse en uno de los logogrifos de la Parte especial (1993: p. 434). La lectura literal de esos términos, acudiendo a la RAE, nos conduce a concebir el motivo como aquello que mueve o tiene eficacia para mover, o bien, se entiende como una causa o razón que mueve a algo. Por otro lado, tratándose de la ocasión, un primer sentido alude a la oportunidad que se ofrece para ejecutar o conseguir algo, y la segunda acepción lo define como causa o motivo por que se hace o acaece algo. Luego, cabe preguntarse cómo han sido entendidas estas expresiones por la dogmática penal, en especial tratándose del tipo penal de robo con violación.

En primer lugar, existe un consenso en la dogmática penal chilena que asume que la regulación del robo con violación solamente puede aplicarse cuando, con ocasión del robo, se cometiere violación, descartándose la posibilidad de que dicho acceso carnal tenga lugar con motivo del robo. Esta conclusión usualmente se obtiene de la lectura que se da a la regla del robo con homicidio, aplicando una solución analógica. Específicamente, tratándose del robo con homicidio se ha afirmado que “con motivo” se refiere a una muerte que sea el medio necesario para conseguir el robo. En síntesis: mata para robar. En cambio “con ocasión” significa que el homicidio es una conducta que permite al autor asegurar el delito de robo, en resumen: mata al robar (Oliver, Rodríguez, 2019: p. 92). Entonces, en dicho caso sí es posible verificar homicidios cometidos con motivo del robo, de manera que *a contrario sensu*, por una razón presumiblemente lógica, en la violación no tendría lugar.

Teniendo a la vista este panorama, cabe formular numerosas preguntas. A partir de la revisión de los trabajos desarrollados en la doctrina nacional y española, surge el cuestionamiento de si es factible extender la interpretación del robo con homicidio al robo con violación. Además, si es posible asumir la corrección de que motivo es sinónimo de medio y, vinculado a lo anterior, acaso ¿la única interpretación adecuada de la expresión motivo es aquella que lo asimila al medio? Con ello queda trazada una ruta que conduce al intérprete en otras dudas relevantes. Precisamente, de la lectura de las propuestas doctrinales nacionales, que omiten toda referencia a datos criminológicos o de carácter psicológico ¿es posible excluir de forma tan tajante la posibilidad de que un robo sea el motivo de una violación?; ¿son útiles los antecedentes extra sistémicos para el proceso de definir el significado de este texto? A primera vista, para arribar a una solución de estos asuntos, parece necesario hacer una revisión de los elementos o cánones interpretativos que se han empleado en la solución de estos problemas, por lo que este apartado se dedicará a reconstruir el asunto en ambos sentidos.

Un hecho que grafica la dimensión e importancia del problema seleccionado y la relevancia del proceso de interpretación como fase de la argumentación desarrollada para calificar jurídicamente conductas ocurrió en la comuna de San Antonio durante el año 2014, siendo conocido por los tribunales competentes.

Durante la noche, una mujer salió de su domicilio y atravesó un sitio eriazo para llegar a su destino. En ese lugar, el hechor la abordó por la espalda sorpresivamente, tapándole la boca y apuntándola con un arma en la cabeza, exigiéndole que le entregara el dinero que

portaba y su celular. Seguidamente, se produjo un forcejeo por el que la víctima logró quitarle el arma al sujeto activo y lanzarla unos metros más allá, ante lo cual el agresor le tapó la boca con ambas manos, la lanzó al pasto y con fuerza la despojó de su ropa interior, penetrándola vaginalmente, tocándola en distintas partes del cuerpo y luego la accedió analmente. Luego de ello el sujeto tomó el celular de la víctima, que ella mantenía en el bolsillo de la chaqueta, y huyó del lugar.

En una situación de estas características surgen dudas a propósito de la relación que existe entre los delitos de robo y violación. Básicamente es posible preguntarse ¿cuál es la figura principal? ¿el robo acompañó la violación? ¿la violación predominó? ¿la ocasión del robo propició la violación? ¿el robo motivó el impulso sexual propio del delito de violación?

La identificación de los motivos que determinan la actuación del sujeto activo es determinante para la calificación jurídica de estos hechos. Para ello el intérprete debe comprender claramente cuáles son los motivos y fines del actual, sumado a la de ciertas ocasiones. Ese procedimiento de interpretación es determinante en la calificación jurídica de este caso difícil, pues puede configurarse el delito robo con violación, ya sea por motivo u ocasión o incluso podría descartarse dicha solución asumiendo que se trata de una violación acompañada de robo, lo que repercutirá en problemas concursales que se creían excluidos en este tema.

### 3.2. RECONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA DE LA FIGURA DEL ROBO CON VIOLACIÓN

#### 3.2.1. HISTORIA Y FUNDAMENTOS DEL TIPO PENAL

La historia nacional de la disposición que se estudia ha sido reconstruida fundamentalmente por Rodríguez y Bascuñán. El primero, en su estudio sobre el robo con violación y, el segundo en su trabajo sobre delitos sobre intereses instrumentales. Para comprender la configuración actual de la disposición se debe tener en consideración que el texto original del artículo 433 dispuso: “1° Cuando con motivo u ocasión del robo resultare homicidio; 2° Cuando fuere acompañado de violación o mutilación de miembro importante”. Su lectura nos refleja que la comisión redactora originalmente previó dos reglas para sancionar estas conductas, reservando las expresiones “con motivo u ocasión” solamente para el robo con homicidio, mientras que tratándose del robo con violación acuñó la expresión “acompañado”.

Con posterioridad, en el año 1954, se introdujo la reforma por la ley 11.625, que unió en un solo numeral los delitos de robo con homicidio, con violación o con lesiones, estableciendo la fórmula del “motivo u ocasión” para las tres figuras penales. A continuación, en el año 1959 se modificó la expresión “resultare” por “cometiere, además”. Tal como nos recuerda Rodríguez la modificación buscó despejar dificultades derivadas de problemas de imputabilidad subjetiva (2007: pp. 77-78). Otra conclusión que se puede obtener consiste en asumir la voluntad expresa del legislador de mantener vinculado estrechamente los delitos de robo con homicidio y con violación. De manera que, como señaló Bascuñán “no habría

razón para restringir el alcance de la expresión “con ocasión”, en un sentido de pluralidad de acciones, sólo a la comisión de la violación” (2004: p. 310).

Respecto de la figura, su origen se ha asociado a la figura del salteo, delito cometido durante los siglos XIX y XX en nuestro país. En esos años se generó una fuerte alarma pública, ya que los salteadores sembraban terror en los caminos (Palma, 2011: p. 33). En la zona central, específicamente en las zonas rurales, desde el período de emancipación de España, el bandolerismo se tornó epidémico, aumentando la comisión de crímenes violentos como robos, abigeatos, lesiones, homicidios y violaciones, los que incrementaban sobre todo cuando se expulsaba a los peones-gañanes de sus precarios empleos (Palma, 2011: p. 30).

Los bandoleros fueron temidos y admirados, formaron parte de la cultura popular y “representaban la vida libre del que escapa de las normas sociales y desafía al poder establecido, pero al mismo tiempo eran percibidos como sujetos peligrosos y brutales” (Marín, 2013: p. 30). En el fondo, el bandolerismo fue un mecanismo de supervivencia, ya que se trataba de personas hundidas en una profunda pobreza. Sus crímenes expresaban una oposición a las reglas sociales dominantes (Daitsman, 1990: p. 267).

Los estudios sobre el fenómeno muestran que quienes cometían estos delitos eran usualmente los denominados *gañanes*, es decir, personas que no eran propietarias de inmuebles, ni detentaban un trabajo estable y mucho menos tenían acceso a ambos (Valenzuela, 1991: p. 37). También se identificaba a *inquilinos*, aunque ellos se dedicaban, más bien, al pequeño hurto de animales. Igualmente se encontraban aquellos sujetos conocidos como *carrilanos*, que se dedicaban a la construcción y mejoramiento de caminos, puentes y línea férrea. Durante esos años se les consideraba un peligro constante en los lugares donde se encontraban, pues era común que ejecutaran un salteo que les proporcionara un poco de dinero (Valenzuela, 1991: p. 41).

En ese sentido Salazar apuntó a un aspecto relevante, pues antes de la industrialización, “al peonaje de ciudad se le enganchaba para realizar trabajos cortos a jornal en obras públicas, o en forma permanente, con un salario nominal, para el servicio doméstico en las casas patricias o para el Ejército; o bien a ración, para las cuadrillas de presidiarios. Para los patrones de esos años no existía ninguna diferencia digna de mención entre el peón-gañán, el sirviente doméstico, el soldado-recluta, el vagabundo, el regatón y el presidiario. Todos ellos tenían el mismo estatus social y se hallaban sometidos al mismo régimen de enganche y de salario represivo y punitivo. Durante su vida, los peones mismos solían alternar entre una y otra de esas “ocupaciones”, de grado, o por fuerza” (1985: pp. 234-235).

El salteo comúnmente fue cometido durante el amanecer por bandoleros anónimos y no por aquellos bandidos célebres (Dantel, 1935: p. 245). Tratándose de los *bandoleros*, Contador precisa que su forma de actuar consistía en “salir a los campos y robar a los pasajeros que por ellos transitan”. Además ejecutaban otras modalidades de sustracción, como el asalto a transeúntes en caminos o lugares deshabitados y el salteo a casas o haciendas. Entonces “un día caían al anochecer sobre una estancia y obligaban a sus moradores a entregar todos los objetos de valor que pudieran guardar. Y en otras ocasiones caían sobre los viajantes, esperándolos en los recodos de los caminos o tras montículos y matorrales” (1998: p. 96).

Su conducta era más bien violenta y agresiva, a diferencia del comportamiento de los vagabundos (Góngora, 1966: p. 28). Era común que utilizaran armas para intimidar, aunque también formaba parte de la violencia la comisión de homicidios y abusos sexuales. Con todo, no es posible afirmar que estos últimos representarían la mayoría de los casos, pues existen escasos registros de la época (Contador, 1998: p. 99). También se documentó la perpetración del delito de incendio (Dantel, 1935: p. 245).

La situación provocada por el salteo años fue denunciada durante años. Tal como recuerda Salinas “a partir de 1812 era imposible el tránsito de un viajero aislado entre Concepción y Santiago”, se debía viajar siempre en caravanas, en la medida que los caminos públicos y ríos no estuvieran cerrados (1986: p. 59). Todos estos hechos provocaron reformas en nuestra legislación.

En el acta de la sesión 91 de la Comisión redactora del Código, “hizo notar (el señor Rengifo) que había incluido en el párrafo segundo las disposiciones relativas al homicidio y las lesiones causadas en robo o salteo” (Vivanco, 1857: p. 38). Entre las estrategias que se adoptaron para reducir su comisión se encuentra la ley para reprimir el bandidaje, y el debate legislativo en 1875, que impuso a estos delitos la pena de muerte y la de azotes, ampliando las facultades de decisión de los jueces (Palma, 2011: p. 33).

Nuestra regulación también se encuentra vinculada al derecho español, que agravó estos fenómenos criminales, especialmente el bandidaje y el bandolerismo en zonas rurales, en virtud del ataque a diversos bienes jurídicos y su frecuencia (Brandiz, 2003: p. 165); así, Quintano señaló que la incorporación del robo con violación respondió a sancionar un tipo de delincuencia atávica, con la finalidad de “marcar un mayor reproche al acto mismo de la violación (*odium delicti*), que entreverado con móviles de codicia, propios del robo, añade a ambos un coeficiente de máxima odiosidad”, dejando de lado una justificación desde la perspectiva de la técnica jurídica (1977: pp. 435-436).

### 3.2.2. ELEMENTOS DEL TIPO

Para algunos se trata de una figura calificada (Etcheberry, 1997: p. 343), que consagra un delito complejo (Bascañán, 2004; p. 309, Bullemore, Mackinnon, 2005: p. 110, Garrido, 2000: p. 201). Mientras que para otros autores estamos frente a una regla de penalidad aplicable a la persona que haya cometido un robo y una violación en el mismo contexto situacional (Rodríguez, 2008: p. 81), pues detrás de esta regulación no hay un sustento basado en un injusto más intenso o una culpabilidad mayor, sino que sencillamente se aumenta la pena por una necesidad política de resolver de forma más drástica el problema, con un claro propósito intimidatorio (Rodríguez, 2008: p. 83). Una tercera opinión sostiene que se trataría sencillamente de una situación especialmente regulada (Matus et al., 2017: p. 486).

En términos generales existe consenso en que el artículo 433 n° 1 del Código punitivo hace referencia a aquellos casos en que una persona “deberá haber efectuado una apropiación de cosa mueble ajena, con ánimo de lucro, sin la voluntad del dueño y ejerciendo violencia

o intimidación en contra de una persona; y deberá, además, haber accedido carnalmente a la víctima por vía vaginal, bucal o anal” (Rodríguez, 2008: p. 83).

De lo anterior se deduce que se trata un delito complejo, que comprende un ataque contra dos bienes jurídicos: la propiedad y la libertad sexual (Bullemore et al., 2005: p. 110). Los autores y la jurisprudencia concuerdan que la conducta matriz de la figura es el robo, por lo tanto, su comisión se funda en una apropiación que luego es complementada por la violación (Garrido, 2000: p. 201). De acuerdo a las palabras de Rodríguez, se funda en la redacción del texto, cuando emplea la expresión además violación (2008: p. 87).

Seguidamente, la conducta del sujeto recaerá sobre una conducta de apropiación y de acceso carnal. Para algunos autores, la violencia debe ir dirigida a la apropiación y a la cópula (Matus et al., 2017: p. 486). Tal como señala Rodríguez “será menester que se compruebe que el empleo de medios coercitivos dirigidos a la apropiación y de medios de la misma índole encaminados a la realización de la cópula” (2008: p. 86).

Para otros, puede ocurrir la violación que acompaña a la apropiación puede tener lugar sin ejercer violencia sobre la víctima. En efecto, según la opinión de Bascuñán, debe existir una coacción funcional a la apropiación, pero solo eventualmente se apreciará una coacción respecto de la violación, pues podría configurarse el delito en caso de cópula con una víctima privada de sentido, o si se encuentra incapacitada para oponer resistencia o cuando se abusa de su enajenación mental o trastorno, o en casos que la víctima es menor de catorce años, tal como lo regula el artículo 361 N° 1, N° 2, N° 3 y el artículo 362 (Bascuñán, 2004: p. 309).

Por el contrario, ante estos hechos Etcheberry plantea una solución diversa, pues en su razonamiento, si solo hubiese violencia dirigida a la apropiación y no a la cópula, se verificaría un robo con violencia únicamente (1998: pp. 343).

En cuanto a los elementos subjetivos, se afirma que el robo y la violación deben ser conductas dolosas (Rodríguez, 2008: p. 91). Por lo tanto, “presupone que el sujeto haya actuado con la voluntad de apropiarse de una cosa mueble y con voluntad de acceder carnalmente a la víctima” (Oliver, 2013: p. 337). Con todo, el ánimo de apropiación debe estar presente desde el comienzo de la conducta, mientras que el ánimo de agredir sexualmente puede surgir después, en virtud de la consagración legislativa de la expresión “con ocasión” (Rodríguez, 2008: p. 91).

### 3.2.3. VINCULACIÓN ENTRE ROBO Y VIOLACIÓN

En Chile, respecto de la vinculación entre ambas conductas la doctrina adopta una postura unánime, asumiendo que la tipificación del Código punitivo es equívoca, pues no sería posible aceptar alguna situación en que el robo se pueda considerar motivo de la violación (Rodríguez, 2008: p. 87). Por consiguiente, según la opinión mayoritaria, la descripción contenida en el texto legal constituye un enlace artificial (Etcheberry, 1997: p. 343) y es prácticamente inimaginable una conexión subjetiva entre violación y expropiación (Bullemore, 2005: p. 110).

El fundamento de esta conclusión surge de la idea de que no se puede precisar una relación ideológica entre robo y violación, más allá que la proximidad espacio temporal. De la lectura de las opiniones de los distintos especialistas chilenos se puede concluir preliminarmente que la expresión “con motivo” es entendida como sinónimo de “con ocasión”. Entonces, solamente sería posible representarse un acceso carnal con ocasión del robo (Rodríguez, 2008: p. 87), descartándose en términos absolutos la posibilidad de que una violación se cometa con motivo del robo. A esta conclusión se arriba extendiendo la aplicación de la solución del robo con homicidio a esta figura delictiva.

Mientras que la expresión “con ocasión” hace referencia a un elemento descriptivo del tipo que no puede entenderse únicamente aplicando el método gramatical. En consecuencia, “es la oportunidad para ejecutar algo, un contexto objetivo que atrae hacia el resultado sin llegar a determinarlo” (Guzmán, 2020: p. 252). Específicamente, en este tipo penal se verificará en aquellas situaciones en que la violación ocurre cuando el robo presta la circunstancia u oportunidad para el acceso carnal, pero se trata, según Rodríguez, de acciones típicas independientes (2008: p. 81).

En España, Quintano señaló que “el delito de violación, aún siendo normalmente de violencia personal, no es ni puede ser jamás medio necesario ni siquiera útil para realizar el de robo, vista su heterogénea naturaleza y la desconexión total del valor de la honestidad del económico” (1977: p. 435). Además, Muñoz asumió que en el robo con violación la vinculación encuentra su origen exclusivamente en la decisión legislativa, lo que ha propiciado una serie de dificultades técnicas, pero que en el fondo refleja un afán de enlazar el ánimo lujurioso con la codicia (1976: p. 201).

Si se realizara un análisis desde la perspectiva cronológica, esta opción interpretativa termina fijando el alcance de la disposición en dos posibles sentidos. Para Garrido “una violación puede llevarse a efecto antes, durante o después de los actos de apropiación” (2000: p. 202) y, lo más importante, es que sea muy próxima temporalmente. A una conclusión distinta arriba Rodríguez, ya que la violación solamente puede tener lugar durante o después del robo, nunca antes, considerando que el texto legal que se analiza emplea la expresión “además”, la que resulta incompatible con un acceso carnal previo (2008: p. 87).

Todo ello conduce a criticar la figura estudiada, pues según la opinión unánime, su incorporación carecería de justificación desde una perspectiva criminológica (Garrido, 2000: p. 202), a lo que se suma una desproporción en las penas aplicables a estos supuestos, y la distorsión general que ocasiona la exclusión de las reglas de los concursos a eventos de estas características (Vives, Cobo, 1988: p. 802).

### 3.2.4. SIGNIFICADO DE LAS EXPRESIONES “CON MOTIVO” Y “CON OCASIÓN”

Como ya se señaló anteriormente, en nuestro país y en España se han verificado dificultades en la interpretación de las expresiones “con motivo u ocasión”. El texto legal presenta una escueta redacción y escasa información para el intérprete, sumado a diversos problemas sistemáticos, algunos de los que ya fueron señalados.

Con todo, teniendo en cuenta que no es posible exportar de forma mecánica las propuestas españolas al derecho chileno, pues tal como señala Guzmán a propósito del robo con homicidio, “el texto nacional tampoco es una imagen que reproduzca punto por punto el modelo español” (2005: p. 330), es útil estudiar qué caminos siguieron los dogmáticos españoles mientras la figura delictiva se mantuvo vigente.

Son particularmente relevantes las propuestas interpretativas desarrolladas a la antigua regulación del robo con homicidio. Por un lado, Rodríguez, centró el problema en la interpretación de dichas expresiones en lo que, a su juicio, radicaba el núcleo de las dificultades, concretamente en el “causar”. En ese sentido, entendió que el motivo y ocasión precisan el nexo causal “como la palabra robo no designa una acción fulminante, sino todo un proceso real complejo, como hemos tenido ocasión de ver, que comienza con la violencia o la amenaza y acaba con el apoderamiento de la cosa; y como el robo, desde el punto de vista natural, no es solo un acto, sino un complejo de actos, el homicidio no tiene por qué aparecer precisamente al final del robo, contemporáneamente con el apoderamiento, sino que puede enlazar causalmente en cualquier momento del complejo, incluso en el acto inicial” (1993: p. 434).

Desde otra perspectiva, también a propósito del robo con homicidio, Vives y Cobo señalaron que las expresiones “motivo u ocasión” describen la vinculación entre el homicidio y el robo en cuanto delito complejo. Específicamente, sostuvo que con los términos “motivo u ocasión”, el legislador se limitó “a exigir que la razón de ser del homicidio se halle en el robo o, dicho de otro modo, que el sentido del homicidio se haga patente a partir de su relación con el robo. Y tal exigencia se cumplirá siempre que el homicidio aparezca como parte del proceso ejecutivo del acto de apoderamiento; pero solo en ese caso” (1988: p. 797).

Una tercera posición desarrolló Torio, también a propósito del robo con homicidio, asumiendo que el motivo es, en realidad, un elemento subjetivo del tipo (1970: p. 619). Para arribar a esta conclusión el autor realiza un análisis de los significados de las expresiones motivo u ocasión a partir del uso del lenguaje natural, por lo tanto, vincula la expresión motivo a la relación de motivación entre dos comportamientos, enfatizando en su contenido subjetivo. En consecuencia, la atribución de sentido debe realizarse siguiendo los aportes de la Psicología, Criminología y Derecho penal, en particular con la teoría de los motivos, reconociendo, de igual modo, las fluctuaciones que ella ha experimentado durante el paso de los años (1970: p. 617). Para ello diferenció el móvil del motivo. El primero “se hallaría teñido o impregnado de una coloración subjetiva, como conjunto de deseos pasiones y emociones que impulsan la acción. El motivo, finalmente, sería la razón de ser del comportamiento o conjunto de consideraciones racionales que lo justifican”. En consecuencia, el legislador, en el fondo, “tiene a la vista un proceso subjetivo en que el apoderamiento lucrativo funciona como factor interno a partir del que se dispone la muerte” (1970: p. 619).

Por otro lado, la ocasión también hace referencia a un elemento del tipo, entendiéndose como un factor que inclina la conducta, es decir, “aunque la distinción entre ocasión y causa posea límites fluidos, puede aceptarse que a la causalidad le es inherente la necesidad lógica, mientras que la ocasión se limita a inclinar a la causa a su actuación” (Torio, 1970: p. 620). En otras palabras, estaríamos frente a una situación en que el autor no habría

asentado su voluntad de matar previamente, sino que al realizar la acción violenta de apoderamiento termina dando muerte a la víctima. En otras palabras, “son estos los casos en que la jurisprudencia habla de naturaleza accidental del homicidio, cuya característica es que el autor, sin voluntad previa de matar, realiza una acción violenta para conseguir el apoderamiento, que actúa como factor atrayente o inclinante de su obrar, determinante de la muerte de la víctima” (Torio, 1970: p. 621).

En una interpretación apegada, más bien, a elementos subjetivos se encuentra Quintano, afirmando que se trata de un factor psicológico, más que cronológico (1977: pp. 423- 414). Siguiendo esta línea de razonamientos estuvo Bajo, sosteniendo que a propósito de la violación que acompaña a “la relación entre robo y violación implica no sólo una conexión en el tiempo y en el espacio, sino también un propósito inicial de robar (1998: pp. 82-83).

En la otra vereda, Gimbernat, a propósito del robo con homicidio y reconociendo diferencias estructurales entre el robo con homicidio y el robo con violación, concluyó que el motivo es un elemento que vincula al robo y al homicidio, por lo tanto, establece entre ellos una relación de medio a fin. Los fundamentos de sus dichos surgen del razonamiento sistemático, pues en numerosos tipos penales que consagran delitos complejos, “la violencia o intimidación, para alcanzar una meta delictiva, es la relación característica de numerosos delitos complejos en nuestro código”. A ello se suma un criterio literal, fundado en las exclusiones que el propio antiguo artículo 501 establecía (1964: p. 440). Entonces, cuando no se dé dicha relación, no se aplicaría el mencionado artículo sino las reglas generales concursales.

### 3.2.5. EL MOTIVO COMO ELEMENTO DEL TIPO DE ROBO CON VIOLACIÓN

A pesar de que el artículo 433 del Código penal chileno utiliza la expresión “motivo” tratándose del robo con violación, la dogmática nacional no ha indagado mayormente en su significado, ni respecto de la distinción teórica de su valor ontológico ni como dato psíquico (Veneziani, 2000: p. 6). Ello no sorprende pues el estudio de los motivos, en general, no ha sido analizado profundamente en la doctrina chilena. Más bien, los estudios desarrollados están dedicados a enfrentar problemas surgidos de ciertas disposiciones específicas que remiten a los motivos del autor; por ejemplo, los delitos agravados por cometerse motivados por odio, la circunstancia de cometer el delito por arrebató u obcecación, entre otros.

Este panorama podría explicarse por varias razones. En primer lugar, tal como señala Silva, la tradición continental ha defendido constantemente el denominado mandato de neutralidad, que acoge la distinción kantiana, que obliga a asumir que “el derecho debe dejar a disposición del ciudadano la elección de los motivos o razones para el seguimiento de las normas y solo debe exigir una conformidad exterior con las mismas” (Silva, 2016: p. 327). Por otra parte, en la tradición angloamericana, esta noción se reconoce en la denominada “máxima irrelevancia de los motivos en el Derecho penal” (Silva, 2016: p. 344). En consecuencia, el estudio de los motivos del autor de un delito, preliminarmente, podría considerarse como una anomalía.

También se puede agregar que el estudio de este tema requiere vincular el conocimiento jurídico a los aportes desarrollados en otras disciplinas que estudian el fenómeno. Concretamente, supone adentrarse en conceptos ofrecidos por la Psicología, Antropología y la Criminología. En síntesis, como señaló Malinverni “las nociones psicológicas de los propósitos y motivos son premisas indispensables para una correcta valoración” (1955: p. 50). Además, la versión más extrema centró el análisis en la peligrosidad del autor. Una expresión de lo antes dicho quedó constatada en el contexto del positivismo criminológico, por ejemplo en la obra de Garófalo, que lo consideró un criterio teórico y una guía que se debía tener en cuenta en la valoración de los indicios y en la conmensuración de la pena (Perini, 2012: p. 62).

A estos antecedentes de la cultura jurídica se puede agregar un problema terminológico, pues se ha constatado que cada autor, siguiendo sus propias preferencias, emplea términos similares para hacer referencia a objetos diferentes. En ese sentido Malinverni nos recuerda que “el mismo hecho, que algunos juristas llaman motivo, otros le dicen fin o intención o causa. Entonces, no siempre es fácil explicar fielmente y con claridad las diversas teorías” (1955: p. 21).

Teniendo en cuenta ambos aspectos, conviene adentrarse en la búsqueda del significado de la expresión “motivo”. El motivo debe entenderse como el motor, antecedente o causa psíquica (Guzmán, Fornasari, 2015: p. 214) que determina que se ejecute u omita una conducta. En palabras sencillas, se trata del resorte que determinó la conducta (Antolisei, 1988: p. 312).

Por lo tanto, con la expresión motivo se hace referencia a un elemento que tiene naturaleza psicológica (Jiménez, 1976: p. 237), de carácter interno, que no puede percibirse en el mundo exterior (1976: p. 489). Está muy vinculado a elementos afectivos (Malinverni, 1955: p. 64), estímulos, impulsos, sentimientos o instintos (Veneziani, 2000: p. 3) e intenta responder a la pregunta de por qué se comete el delito.

Otro asunto vinculado con el anterior es la noción de fin u objetivo, referido a aquello que persigue el autor con su conducta u omisión (Mezger, 1957: p. 60), aludiendo a algo material (Pavez, 2013: p. 61). Como aclara Zaffaroni, el motivo actúa como motor de la conducta, es “lo que decide la voluntad del autor, *desde donde*, mientras que la finalidad es el *hacia donde*. Con el motivo nos preguntamos de donde nace la voluntad criminal y con la finalidad hacia donde se dirige” (2008: p. 1742). En palabras muy sencillas, el motivo responde a la pregunta de por qué se dirige, mientras que la finalidad explica para qué se ejecutó. También se ha señalado que existiría una diferencia temporal entre motivos y fines, pues el motivo está presente desde antes de la conducta y el fin opera después (Pavez, 2013: p. 62). Tal como señaló Peralta, los motivos miran hacia el pasado de la conducta del autor, mientras que los objetivos miran hacia el futuro (2012: p. 32).

La diferencia conceptual anterior se aprecia con claridad en el ejemplo propuesto por Bettiol. Así, una persona busca matar a otra, en consecuencia, ese es el fin que persigue, pero aquello que lo motivó puede surgir de la venganza, los celos, el sadismo, la liberación de la patria, o el honor (1986: pp. 582-583).

Tratándose de estos datos psicológicos, conviene considerar ciertos aspectos relevantes. En primer lugar, la motivación de la conducta es multidimensional y dinámica. Por ello, es posible reconocer dentro de un motivo distintos sub motivos, los que en ciertas ocasiones se relacionan de forma armónica y en otras operan antagónicamente. Cuando se ejecuta una conducta termina prevaleciendo un motivo y el resto quedará bajo la idea de simples representaciones (Guzmán, et al., 2015: p. 217).

En segundo lugar, los motivos pueden ser conocidos o estar ocultos para el autor. En la primera situación, estos serán conscientes cuando “el estímulo para la acción está suscitado por la representación de una finalidad que se ha de conseguir”, mientras que serán inconscientes cuando respondan a una tendencia profunda, en cuya virtud la persona no ha conseguido distinguirlo por una incapacidad introspectiva o por su propio proceso de auto justificación (Antolisei, 1988: p. 312). Por ello, será tarea de la dogmática elegir aquellas motivaciones que determinantes para explicar el comportamiento o la omisión (Guzmán, et al., 2015: p. 217).

Ahora bien, estos datos, es decir, esta perspectiva ontológica es tratada por el Derecho punitivo, en primer lugar, fijando ciertos criterios para su valoración y, posteriormente, reconducirlos a una ubicación en el sistema de la Parte general y la Parte especial.

La valoración de los motivos, no puede realizarse solamente mediante juicios morales, ni tampoco apreciarse por sí mismos *a priori*, más bien el intérprete deberá considerar el contexto específico de relevancia jurídica (Veneziani, 2000: p. 5) y analizar las valoraciones sociales dominantes en una comunidad y las consagradas en el ordenamiento jurídico (Guzmán, et al., 2015: p. 219). En otras palabras, necesita evaluar el cuadro ético-social que contextualiza la conducta (Castillo, Navia, 2020: p. 448). Según otra posición, serán las premisas político criminales o normativas las que faculden la apreciación (Peralta, 2012: p. 31).

La ubicación sistemática que la dogmática jurídico-penal le ha dado a los motivos es dispar. Una primera opinión entiende que la motivación del agente debe estudiarse a propósito del incremento del injusto; luego, otros estiman que representa una mayor reprochabilidad (Castillo et al., 2020: p. 452); una tercera postura la concibe como un elemento que permite configurar alguna causa de justificación (Peralta, 2012: p. 195).

Asimismo, el análisis de los motivos se ha desarrollado a partir de las circunstancias modificatorias comunes, ya sea como elemento agravante o atenuante (Malinverni, 1955: p. 4). En Chile, tal como precisó Pavez, tratándose de las circunstancias atenuantes es relevante, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 11 del Código criminal, es decir, respecto de la comisión de un hecho en vindicación próxima de una ofensa grave, así como también en el artículo 10 al obrar por celo de la justicia y, en las circunstancias agravantes, cuando se comete un delito mediante precio, recompensa o promesa (2013: pp. 68-69). Cabe añadir que también es importante en el proceso de conmensuración de la pena (Madera, 2005: p. 257), pues repercutirá en posibles evaluaciones de “peligrosidad”.

Finalmente, en la Parte Especial se han revisado a propósito de los denominados crímenes de odio, en que expresamente se incorporan los motivos como elementos del tipo

penal respectivo. También se deberán analizar tratándose de ciertas circunstancias calificantes del homicidio.

Por la complejidad de este problema, llama la atención que este aspecto tenga escaso desarrollo en la doctrina chilena a propósito del delito de la violación cometida con motivo del robo, salvo la posición de Rodríguez afirmando que la disposición estudiada, en realidad, no constituye un tipo calificado, sino que sencillamente responde a una regla de exasperación de pena, aunque ello solo es afirmado tratándose de la violación cometida con ocasión del robo y no respecto de aquella propiciada por el motivo.

Con todo, para los fines de esta investigación basta con los párrafos desarrollados anteriormente, que expresan, a grandes rasgos los elementos que deben considerarse para efectos de interpretar la regla estudiada. Es decir, la referencia manifiesta del motivo en artículo 433 debería reconducir al intérprete a la búsqueda de aquel factor que operó como resorte de la conducta del agente, es decir, a indagar en aquello que motivó su actuar. Esa opción interpretativa es la única que permite diferenciar el motivo de la ocasión, sin anular, omitir u olvidar deliberadamente una expresión que, guste o no, está recogida en el Código punitivo. Por ende, corresponde preguntarse si la violación puede entenderse como motivada por el robo, o bien, sencillamente se debe aceptar sin cuestionamientos la opinión vertida unánimemente por la dogmática chilena.

### 3.3. ANTECEDENTES CRIMINOLÓGICOS SOBRE EL FENÓMENO DE LA VIOLACIÓN Y EL ROBO

#### 3.3.1. UBICACIÓN SISTEMÁTICA DEL PROBLEMA EN EL CAMPO CRIMINOLÓGICO

Considerando que el fenómeno que se debe analizar está compuesto por dos conductas delictivas y que se requiere evaluar si una violación puede haber sido motivada por la ejecución del robo, en este apartado se revisarán antecedentes criminológicos referidos a la violación y luego se estudiará la información criminológica aportada respecto del delito de robo con la finalidad de evaluar la rectitud de la interpretación desarrollada unánimemente por la doctrina nacional.

En el campo criminológico, las investigaciones desarrolladas a propósito del delito de violación se enmarcan en las labores que intentan explicar la delincuencia. Estos esfuerzos se organizan analizando el tipo de delito de que se trate. En general, estos hechos usualmente se analizan dentro de una categoría más amplia que la Criminología denomina delitos sexuales. El abordaje de estos problemas ha sido desarrollado predominantemente por la Psicología criminal y la Sociología criminal. Básicamente estos esfuerzos pretenden explicar por qué las personas ejecutan estos delitos que atentan contra la libertad e indemnidad sexual, atacando a adultos o niños.

Tratándose del estudio de ambos fenómenos se revisarán investigaciones de carácter cualitativas y cuantitativas; sin embargo, las que más antecedentes aportan al análisis de los motivos del comportamiento delictivo en el robo y la violación son del primer tipo. Por ende, es sumamente importante profundizar en los resultados de estudios de Psicología

criminológica. Estas investigaciones adoptan cuatro paradigmas fundamentales: “la psicología biológica o criminología biosocial, el paradigma del control social o autocontrol, la criminología del desarrollo o de la carrera delictiva y la incluida en la psicología del delincuente racional. En puridad, todas ellas son integradoras de otros niveles de análisis” (Garrido, 2016: p. 42) Por lo tanto, dentro de los factores generales que se analizan se destacan aspectos biológicos, de carácter psicológico, culturales y normativos, y las relaciones existentes entre ellos.

En cuanto a las agresiones sexuales, de acuerdo a lo señalado por Terry, históricamente estos hechos fueron considerados normales por las culturas antiguas; sin embargo, a partir del siglo catorce se produjo un cambio en las concepciones sociales sobre la sexualidad, como consecuencia del influjo de la iglesia católica en la moralidad social, que estimaba que los actos sexuales ejecutados por diversión y que no perseguían la procreación debían ser duramente castigados bajo la pena de muerte. Estas creencias se mantuvieron vigentes hasta el siglo veinte en que fueron cambiando las valoraciones morales sobre el asunto.

Entre los factores que contribuyeron a la transformación social destaca la revolución industrial. Este proceso jugó un papel determinante, pues por primera vez las mujeres y los niños formaron parte de la fuerza laboral y quedaron expuestos a actividades sociales fuera del hogar. Ello motivó la introducción de cambios en la legislación en las que se incorporó una edad mínima para dar el consentimiento en materia sexual, tal como ocurrió en Estados Unidos. En paralelo, desde la perspectiva científica los investigadores comenzaron a poner atención sobre conductas sexuales estimadas desviadas, explicando dichos comportamientos a partir de aspectos psicológicos y médicos.

Durante el siglo veinte continuó vigente la idea de que los agresores sexuales son personas que padecen una desviación psicológica. Vinculado a lo anterior, inicialmente los enfoques de las autoridades se centraron en los delitos cometidos por extraños a las víctimas, quedando desplazados los análisis de las agresiones ocurridas en el interior de las familias. Esta situación cambió en los años sesenta, al aumentar los estudios sobre victimización en menores de edad que habían padecido este tipo de agresiones. Posteriormente, con el reconocimiento de esta realidad, en los años setenta se desarrollaron estrategias de prevención para estos delitos. Simultáneamente, el movimiento feminista puso en el debate público que los ataques contra mujeres y niños expresaban una política de control y subordinación (Terry, 2017: p. 4).

Ahora bien, durante muchos años han prevalecido una serie de mitos sobre las violaciones, los que han sido invalidados en las numerosas investigaciones empíricas desarrolladas sobre el fenómeno. Por el contrario, esta mitología ha ayudado a mantener la ignorancia sobre el fenómeno, desplazando la responsabilidad de sus autores, ocultando sus motivos, sin contribuir a un análisis racional del problema (Sample, Rader, 2017: p. 90).

Un primer mito surge de la supuesta sexualidad exacerbada del hechor. Esta idea ha quedado relegada a un lugar secundario, ya que se ha acreditado que su comisión estaría determinada por diversos factores que constituyen una expresión hostil de la sexualidad y, en ciertos casos, abusos de posiciones de poder. Se ha reconocido también que el factor

detonante puede ser o no, derivado de situaciones de estrés, provocada por el fracaso, la incompetencia y el rechazo (Garrido, 1989: p. 94).

Como consecuencia de derribar el mito anterior ha aparecido como factor relevante el ejercicio de poder, como contrapartida de profundas inseguridades del hechor. En consecuencia, la violación constituiría una forma de obtener afirmación y seguridad personal. También puede surgir de la ira, como secuela de experimentar acontecimientos estresantes, con la intención de humillar y degradar a sus víctimas (Sample et al., 2017: p 90).

A partir de ahí han surgido numerosos estudios desde distintas perspectivas y asumiendo diversos paradigmas científicos, en la búsqueda de explicaciones sobre este tipo de delitos. Las investigaciones de estos problemas son extensas y han tenido un abundante desarrollo. Actualmente, se han recibido aportes destacados desde la neurociencia, el análisis de los procesos evolutivos, estudios integrales y en distintos niveles, que abordan aspectos culturales, biológicos y teóricos (Ward, Beech, 2017: p. 42).

A pesar de sus avances, todas estas investigaciones deben resolver limitaciones de carácter metodológico y epistemológico. Para comenzar, las propuestas mantienen dificultades fundadas en la verificación de la causalidad científica, el uso de razonamientos inferenciales, de explicación, predicción y control. Además, en forma constante necesitan fijar más específicamente su objeto de estudio. Seguidamente, tienen complicaciones para adaptar y aplicar el método científico a sus análisis. A ello se suman los problemas para relacionar los factores de riesgo dinámico, los factores de protección y variables predictivas. Finalmente, subsisten los escollos referidos a la vinculación entre el análisis de la evidencia basada en la práctica y los conocimientos teóricos (Ward et al., 2017: p. 43).

Sin perjuicio de lo anterior, la revisión de estos estudios debe comenzar con una advertencia determinante. Las investigaciones desarrolladas respecto de estas conductas y las características de los individuos que las cometen muestran heterogeneidad entre ellos. Por lo tanto, se avizoran diversas tipologías y condiciones para ejecutar el delito (Garrido et al. 2013: p. 722). En resumen, una conclusión esencial explica que “no existen perfiles de personalidad típicos de agresores sexuales” (Valencia, Labrador, Peña, 2010: p. 298), sino que concurren múltiples variables.

Particularmente, este ámbito de estudio para la Criminología comprende diversas conductas y conceptos, que pueden o no coincidir con la terminología jurídica. Así, dentro de la gama de comportamientos que son considerados agresiones sexuales se incluyen aquellos actos sexuales con contacto físico y los que no lo han tenido. También la visualización, posesión o producción de material pornográfico infantil y la sollicitación de prestaciones sexuales a cambio de una contraprestación económica o alguna similar (Terry, 2017: p. 5). En ese esquema teórico, solamente se revisará la situación de los delitos de violación y, excepcionalmente, de abuso sexual cometidos contra menores de edad considerando el límite de esta investigación.

Las investigaciones desarrolladas sobre estos delitos asumen modelos unifactoriales o multifactoriales. Por supuesto, todas ellas reciben diversas evaluaciones y críticas. En primer lugar, siguiendo a Ward, Polaschek y Beech, dentro de los esquemas unifactoriales se

ubicación: el modelo de las distorsiones cognitivas, las teorías de la empatía deficiente, la teoría de las preferencias sexuales desviadas, las teorías feministas sobre el abuso sexual infantil, las teorías sobre el déficit en la intimidad y las teorías del riesgo. Tratándose de los estudios que reconocen múltiples factores se destacan: el modelo multisistémico, el modelo de las precondiciones de Finkelhor, la Teoría integrada de Marshall y Barbaree, el modelo cuatripartito de Hall y Hirschman's, el modelo de los caminos de Ward y Siegert, el modelo de confluencia de agresión sexual de Malamuth y la denominada Teoría evolutiva y de los delitos sexuales.

En segundo lugar, otra opción de sistematización la ofrecen Garrido y Redondo distinguiendo parcelas de conocimiento referido a la violación y el abuso sexual de menores de edad. La primera es la teoría basada en elementos biológicos. La segunda se refiere a la teoría sobre el fracaso de la inhibición. La tercera corresponde a la teoría de las actitudes socioculturales. La cuarta es aquella propuesta recaída sobre las circunstancias próximas. Para terminar distinguen la teoría referida a las distorsiones cognitivas (2013: pp. 723-724).

### 3.3.2. FENOMENOLÓGICA DEL ROBO Y LA VIOLACIÓN

Teniendo en cuenta este panorama teórico, a continuación se abordarán las principales propuestas recaídas fundamentalmente sobre el delito de violación. En ese sentido esta investigación asume la posición mayoritaria que reconoce semejanzas entre ambos tipos de delitos, pero acepta sus diferencias y propone desarrollar análisis enfocados en cada uno de ellos, por tratarse de fenómenos complejos que necesitan pesquisas más concretas.

Para comenzar, el modelo biológico parte de la premisa que “en nuestra constitución biológica existen dos elementos que tienen relevancia para comprender la agresión sexual”. El primero guarda relación con aspectos hormonales y neuronales. En resumen, “genes, hormonas y neurotransmisores llegarían a afectar el grado de impulsividad y elevar la excitación sexual de un individuo” (Larota, Rangel, Noriega, 2013: p. 108). Ello se produce porque la conducta sexual agresiva de los varones encuentra su origen en similares mediadores endocrinos. Como consecuencia los individuos deben aprender, mediante el proceso de socialización, a diferenciar ambos tipos de comportamientos (Redondo, Pérez, Martínez, 2007: p. 108). El segundo elemento determinante dice relación con la falta de especificidad del impulso sexual innato (Garrido et al., 2013: p. 723), del que surge la necesidad de que las personas aprendan las pautas sociales correctas para comportarse adecuadamente (Redondo, Pueyo, 2007: p. 108).

Un segundo modelo ha sido desarrollado por pensadoras feministas, trayendo consigo una variedad de estudios representativos de las diversas versiones teóricas existentes, abarcando el estudio de aspectos sociológicos y psicológicos, entre otros. Por ende, estos aportes no expresan un consenso teórico respecto de las características de los procesos de agresión sexual lo que impide presentarlos como un solo modelo explicativo (Ward, Polaschek, Beech, 2006: p. 168).

Con todo, los principales aspectos comunes dicen relación con la predominancia del análisis de aspectos culturales derivados del proceso de socialización y su influencia en la perpetuación de estos delitos (Ward et al., 2006: p. 169). En el fondo, estas propuestas hacen referencia a teorías socio-culturales que analizan las circunstancias y actitudes negativas que facilitan la violencia hacia las mujeres y niños (Garrido et al., 2013: pp. 723-724). Más precisamente, un elemento común asumido es que los abusos sexuales y la violación ocurren en contextos determinados, marcados por una extralimitación del ejercicio de facultades en las relaciones de poder, lo que deriva en que las víctimas terminen convirtiéndose en objetos (Larota et al., 2013: p-107).

Por otro lado la teoría de las distorsiones cognitivas se ubica en el ámbito de la psicología cognitiva y socio-cognitiva moderna. Las cogniciones corresponden a un sistema general complejo que operan para definir y mejorar la comprensión de los seres humanos. En ese proceso se expresan diferencias en los individuos que se derivarían de la información almacenada y organizada en la memoria a largo plazo. En palabras sencillas, “la experiencia de vida lleva a las personas a construir una base de conocimientos o esquemas que albergan suposiciones de lo que se espera del mundo y de las otras personas” (Ward et al., 2006: pp. 115). En consecuencia el mundo se interpreta a partir de lo que se espera de él, siempre basándose en los esquemas almacenados.

Ahora bien, las denominadas distorsiones cognitivas se han entendido de distintas formas. Una de ellas las concibe como especies de excusas, justificaciones o racionalizaciones que hace el autor respecto de su conducta (Ward et al., 2006: pp. 115-116). Se refieren a aquellos casos en que el individuo logra superar sus controles internos en virtud de esa distorsión cognitiva; por ejemplo, se trata de situaciones en que los agresores justifican su comportamiento afirmando que la víctima deseaba ser violada y solamente fingía la resistencia (Garrido, et al., 2013: p. 724).

Otra propuesta fue desarrollada por la teoría del fracaso de la inhibición, de marcado corte psicológico. Plantea que existirían una serie de factores que permiten comprender una menor abstención de parte de las personas que cometen el delito de violación. Entre ellos se destacan “pobres modelos educativos paternos, disciplina severa e inconsciente, padres agresivos y alcohólicos y abuso físico y sexual sufrido en la niñez” (Garrido et al., 2013: pp. 723-724). En el fondo, si un niño, niña o adolescente sufre este tipo de experiencias traumáticas o similares, acarreará deficiencias personales en diversos ámbitos, como son: la comunicación interpersonal, baja autoestima, falta de empatía e hipersexualización. La confluencia de todas ellas puede conducir a la agresión sexual, sobre todo si dentro de sus experiencias vitales están las vivencias sexuales anómalas, lo que se traduce en mayores dificultades para controlarse y abstenerse en el ámbito sexual (Redondo, Martínez- Catena, 2016: p. 26).

Otra forma de comprender el problema asume una perspectiva metodológica diversa, desarrollando modelos multisistémicos. Como su nombre lo indica, estas propuestas recogen el análisis de diversos elementos, en diferentes niveles, combinando factores y contribuyendo a dar explicaciones más complejas sobre el fenómeno.

Un trabajo relevante es el modelo de las precondiciones de Finkelhor. Está basado en cuatro condiciones previas que deben cumplirse para que se cometa la agresión sexual. Dos tienen carácter interno y las restantes son externas, configuradas a partir de la forma en que el individuo se relaciona con otras personas y su entorno.

El primer factor es de carácter motivador y predispone al sujeto a la comisión de estos delitos; por ejemplo, el bloqueo de los medios adecuados socialmente para satisfacer necesidades sexuales. El segundo factor requiere superar las inhibiciones internas, tal como ocurre con las herramientas que permiten las distorsiones cognitivas de justificación o racionalización. El tercer factor contribuye a superar las barreras externas, es decir, se refiere a la búsqueda de algún momento en que la víctima no estará supervisada. El cuarto factor exige superar la resistencia de la víctima (Heffernan, Ward, 2020: p. 7).

Una segunda teoría, quizás la más estudiada, es la propuesta integradora de Marshall y Barbaree. El análisis que desarrollaron los autores, durante largos años de investigación, abarca el estudio de factores cercanos o distantes de la agresión sexual. Por ello, resultó fundamental recoger las experiencias adversas vividas durante la infancia de los individuos, que van determinando el proceso biológico y su aprendizaje social. Estos problemas generan dificultades en el comportamiento interpersonal y se pueden ver reforzadas a partir de experiencias futuras, propendiendo a las ofensas, enmarcadas en procesos de justificación y racionalización posteriores (Heffernan et al., 2020: p. 8).

Ciertos factores como las experiencias de ser víctima de abuso o descuido en la infancia, generan en el niño una imagen del mundo amenazante y peligrosa, provocándole angustia y soledad. Todo ello contribuye a problemas de adaptación en la persona adulta. A ello se le pueden sumar ciertas situaciones que operan como desinhibidoras; por ejemplo, el abuso de sustancias o estado emocionales, la disponibilidad de la víctima y la oportunidad adecuada para ejecutar la agresión sexual. Por ende, ninguna persona es inmune a cometer esos delitos, sino que su comisión dependerá de su grado de vulnerabilidad y circunstancias personales. En síntesis, mientras la persona sea más vulnerable menos estímulos requerirá para agredir sexualmente. Entonces, un individuo puede cometer estos delitos si dichos elementos interactúan recíprocamente (Ward et al., 2006: p. 38).

Otro factor relevante que coadyuva a la comisión de estos delitos es el aprendizaje de la discriminación entre los impulsos agresivos y sexuales. Concretamente, según la teoría integrada, los varones en su adolescencia deben desarrollar ese aprender a separar el deseo sexual de la agresividad. Este proceso se dificulta si en su infancia tuvieron un apego inseguro y, derivado de ello, baja autoestima y menores habilidades sociales. Así, aumentarán las probabilidades de cometer este tipo de agresiones sexuales con los cambios hormonales de la pubertad, la concurrencia de ciertas situaciones, y determinados elementos culturales como son los roles de género y las actitudes hacia el sexo opuesto (Ward et al., 2006: p.34).

Por su parte, es pertinente revisar los principales postulados de la teoría cuatripartita de Hall y Hirschman. Esta propuesta realiza una combinación de diversos factores internos y externos que concurrirían para explicar los delitos de violación y agresiones sexuales a menores de edad. Concretamente, estudia las distorsiones cognitivas, el descontrol afectivo, la excitación sexual y problemas de personalidad. Una conclusión primordial consiste en

asumir que el comportamiento de las personas usualmente está motivado por varios elementos; sin embargo, uno de ellos es el determinante que empuja su proceder. Ello se aprecia cuando algunos individuos actúan motivados por impulsos, pero otros sujetos lo hacen por problemas emocionales (Heffernan et al., 2020: p. 8).

Otra teoría integrada fue desarrollada Ward y Beech, incorporando factores biológicos y neurológicos como elementos determinantes de la agresión. Ambos especialistas se esforzaron para esclarecer las funciones neuropsicológicas enlazadas. Además, aplicaron aportes de las teorías evolutivas y del desarrollo, sumado al análisis de elementos contextuales. En particular, revisaron las interacciones entre el sistema psicológico central, las motivaciones, emociones, percepción, memoria, selección y control de acciones (Heffernan et al., 2020: p. 9).

El principal aspecto positivo de estas propuestas integradoras dice relación con el reconocimiento de que el ser humano es complejo, tiene capacidad de razonar, reflexionar y de actuar persiguiendo objetivos. En efecto, Ward y Beech concluyeron que los seres humanos “pueden participar en viajes mentales en el tiempo y regular la acción mediante la aplicación de modelos mentales psicológicos complejos y la adquisición de herramientas culturales cognitivas y conductuales” (2017: p. 54).

Estos aspectos resultan fundamentales para comprender el fenómeno de la violación desde la perspectiva de las emociones del autor. En términos generales ellas rápidamente le entregan información al individuo sobre su objetivo actual, es decir, el fin que persigue con su conducta, el progreso que consigue para alcanzarlo y también le proporcionan una señal sobre la rectitud de su comportamiento. De hecho, las emociones operan como verdaderos indicadores de afectos y organizan su actuar (Ward et al., 2017: p. 54).

Una teoría integrada y compleja la propusieron Ward, Polaschek y Beech, asumiendo que la comisión de estos delitos se origina en la concurrencia y relación de diversos factores de carácter biológico, circunstanciales o ecológicas y neuropsicológicos. Dentro de los primeros se ubica el desarrollo genético y cerebral. En el segundo grupo se encuentran los aspectos circunstanciales que abarcan aspectos sociales, culturales y personales. En el tercer grupo se ubica el sistema motivacional-emocional, la selección y control de acciones y los sistemas de percepción y memoria. Este desarrollo teórico propone que todos estos factores actúan de forma dinámica. En consecuencia, la predisposición genética y el aprendizaje social producen un determinado funcionamiento en el sistema neuropsicológico (2006: p. 334). Por lo tanto, refleja que para la comisión de una violación se necesita una red de relaciones entre los autores y su contexto. Ellos se combinan y dan como resultado un funcionamiento y un comportamiento único de cada individuo, descartando con ello la explicación biológica como única causa de estos crímenes (2006: p. 336).

Para terminar, es útil considerar los aportes de la Teoría de los factores de riesgos. Ella ha sido principalmente desarrollada en el ámbito clínico para evaluar el riesgo de reincidencia de personas condenadas por estos delitos (Ward et al., 2006: p.197). El modelo contiene un catálogo no exhaustivo de variables de desarrollo, incluyendo el abuso sexual infantil, el rechazo materno y las dificultades de apego. También dedica un apartado a la revisión de la vulnerabilidad, que comprende la disposición psicológica y, en general, analiza

los problemas de autorregulación. A ellos se aplica una serie de variables que examinan los factores históricos y psicológicos, como son ciertos eventos y contextos que desencadenen la conducta, y algunos factores de riesgo agudo (Ward et al., 2006: p. 203). Por ejemplo, la dependencia del sexo para controlar estados negativos de ánimo es un déficit en la regulación emocional que constituye un factor de vulnerabilidad, que a su vez aumentará las posibilidades de que un individuo actúe agrediendo sexualmente cuando asocie el sexo a elementos agresivos (Ward et al., 2006: p. 207).

Con todo, en la actualidad se reconoce que es muy difícil afirmar con claridad y precisión cuál es la relación causal entre factores predictores y la conducta de la violación. Por ende, todos estos factores de riesgo no pueden fijarse como causas, sino que solamente deben entenderse como síntomas que las personas comúnmente presentan cuando cometen estos delitos (Heffernan et al., 2020: p. 9). Esta debilidad metodológica se suma la falta de precisión conceptual de cada variable o elemento empleado, pues estas investigaciones utilizan definiciones vagas y con fuerte carga normativa y valorativa (Heffernan et al., 2020: p. 66).

Una última propuesta explicativa destacada surge a partir de la aplicación de la psicología evolutiva. Sus estudios se enfocan fundamentalmente en aspectos biológicos del ser humano. Parten de la premisa que durante milenios, a través de la selección natural, se fue moldeando el cerebro humano como una herramienta compleja que nos permite sobrevivir y reproducirnos en un mundo esencialmente hostil (Ward et al., 2006: p. 95).

Asumiendo este paradigma se han desarrollado diversos estudios. Entre ellos destaca la propuesta que asume que la violación es una consecuencia del proceso de adaptación “seleccionada directamente porque resultó ser una ventaja reproductiva para los hombres o es el subproducto de otras adaptaciones psicológicas seleccionadas para resolver problemas adaptativos”. Ello trae consigo la concepción que entiende a la violación como una acción que se ejecuta exclusivamente por una motivación de índole sexual. En consecuencia, esta herencia biológica propende a la ejecución de una agresión sexual, sin olvidar la influencia de elementos ambientales en el comportamiento del hechor (Ward, et al., 2006: p. 103).

Como se pudo apreciar, la concurrencia de múltiples variables relacionadas en diversos niveles confluye para propiciar la ejecución de esta agresión sexual. A pesar de la heterogeneidad de conductas y motivaciones, algunos especialistas han desarrollado una tipología de violadores que agrupa determinados comportamientos, basadas en ciertas características comunes. Por supuesto que el uso naturalista de la expresión violador no resulta del todo adecuado, pues prescinde de la consideración de la persona del autor del delito; sin embargo, a pesar de la disconformidad terminológica se empleará esta propuesta, pues expone información fáctica útil para esta investigación.

La primera categoría distingue a los violadores de agresión desplazada, en que la conducta del hechor persigue humillar y dañar a la víctima, comúnmente mediante comportamientos sádicos. La segunda categoría diferencia al violador compensatorio que busca demostrar su competencia y capacidad sexual, la que no es del todo satisfactoria en sus relaciones sexuales consentidas con personas adultas. En la tercera categoría aparece al violador sexual agresivo, referido a aquellos individuos que necesitan provocar daño físico

para sentir placer sexual. La cuarta especie reconoce a los violadores impulsivos que ejecutan la conducta aprovechando una buena oportunidad. Dicho comportamiento normalmente ocurre mientras cometen otro delito como es el robo (Garrido, 1989: p. 93).

Este mismo fenómeno fue identificado por Canter en su tipología de violaciones sobre variables de alta frecuencia. En estos casos “el violador utilizará las oportunidades presentadas en el crimen para algún objetivo futuro y no para la inmediata satisfacción del acto de violación. Estos comportamientos incluyen exigirle a la víctima que le dé ciertos objetos, robarle objetos personales, robar objetos identificables y robar objetos no identificados” (Soria, Sáiz, 2006: p. 385)

A partir de esta última tipología es sumamente útil recordar los estudios de Psicología criminal de Von Hentig que en el siglo pasado adelantaba conclusiones pertinentes sobre estos acontecimientos. Específicamente, tratándose del robo con violación, advirtió que no es poco común que el robo coincida con la violación. Además reconoció las serias dificultades que supone la tarea de precisar con certeza el orden temporal de los acontecimientos, es decir, identificar si primero ocurre el robo o la violación.

Respecto del robo, señaló que es perfectamente posible que en el momento en que el ladrón prive a la víctima de sus vestidos o en “la aplicación de la violencia que hace caer a la víctima, despierte automatismos sexuales hasta entonces latentes”. Entonces, su conducta “se dirige a romper la propiedad o la autodeterminación sexual, y, al modo que un cambio de agujas, mueve fácilmente acá para allá, unas veces ataca la propiedad, otras la libertad de disposición sexual. Pudiera ser también –esto necesitaría una investigación más detenida– que la violencia indiferenciada que al principio perseguía sólo un lucro material, como el giro y frote de un generador, origine apetitos sexuales” (Von Hentig, 1960: p. 195).

Un caso destacado por Von Hentig hace referencia a un joven de diecinueve años, que luego de embriagarse se encuentra con una antigua conocida de setenta y cinco años de edad. En un momento determinado tuvo pensamientos de connotación sexual y empujó a la mujer al suelo. En ese contexto pretendió agredirla sexualmente, levantándole la falda, pero finalmente solo le sustrajo el monedero. A partir de estos hechos concluye que “se ha hablado aquí de una acumulación de motivos. En realidad, el instinto se desliza de la “violación” material a una vía secundaria en cierto modo preparada ya de antemano” (1960: p. 195).

A partir de la detección de estos complejos antecedentes se puede avanzar hacia la indagación de la fenomenología del delito de robo. Esta búsqueda no es sencilla por diversas razones. En primer lugar, el tema no ha sido ampliamente estudiado por la Psicología criminal ni la Sociología criminal, sobre todo porque no ha despertado el interés científico de sus especialistas, considerando que pareciera tratarse de un delito sencillo y obvio.

Básicamente, se ha asumido que el robo es una conducta desarrollada para obtener dinero (Bartol, Bartol, 2017: p. 461). Además, usualmente no se investiga por la supuesta ausencia de psicopatologías en sus autores (Pacifci, 2005: p. 336), salvo la vinculación a las drogas, que es fenómeno estudiado de forma autónoma. Esta tendencia ha sido criticada por simplificar extremadamente el problema, desconociendo que los motivos para la acción de estos autores pueden ser extremadamente variados (Bartol et al., 2017: p. 461).

Si a ello se le suma la habitualidad y la gran cantidad de personas condenadas en la cárcel por su comisión, estos comportamientos terminan catalogándose como delincuencia común (Garrido et al., 2013: p. 596). Sin embargo, dentro de este grupo se distinguen ciertas especies de atentados contra derechos patrimoniales. Precisamente, se identifican robos con fuerza en las cosas, robo con violencia o intimidación, atracos contra bancos, centros comerciales, etc., el atraco callejero, entre otros (Leganés, Ortolá, 1999: p. 238). Teniendo en consideración el objeto de esta investigación, solamente se realizarán observaciones respecto del robo con violencia o intimidación, que es el comprendido en el tipo penal que se intenta interpretar.

Para comenzar, desde la perspectiva cuantitativa algunos estudios nacionales expresan que los robos y estafas encuentran su origen en la motivación económica (Nuñez, Rivera, Villavicencio, Molina, 2003: p. 79), mientras que en aquellos que hay agresión física, incluyendo la violación, homicidio y otras conductas violentas, surgen por factores situacionales (Cadena, Letelier, 2018: p. 1175).

Luego, los estudios cualitativos aportan mayor información útil para comprender el problema del motivo en el robo con violación. Entre las investigaciones desarrolladas sobre el tema es relevante analizar la tipología de los autores del delito de robo, toda vez que ella muestra aspectos motivacionales del comportamiento. En general, estos sujetos suelen distinguirse según tengan un nivel delictivo bajo, medio o alto. Ello permite precisar la situación de aquellas personas que cometen el delito de forma ocasional respecto de los que lo realizan de forma profesional.

En el nivel bajo se encuentran aquellos sujetos que no se conciben a sí mismos como ladrones y tienen un bajo compromiso con el delito. Comúnmente se trata de jóvenes que no desarrollan una extensa carrera delictiva. También en este grupo quedan ubicados aquellos adultos que ocasionalmente cometen estas sustracciones (Siegel, 2010: p. 372). En su historia vital estos hechos representan un período corto (Carrabine, Iganski, Lee, Plummer, South, 2005: p. 138). Usualmente aprovechan ciertas ocasiones para desplegar pequeñas sustracciones, es decir, se trata de decisiones espontáneas y basadas en ciertos incentivos derivados de específicas situaciones. Entonces, algunos factores que inciden son los problemas económicos inmediatos y sin otra solución, además de ciertas influencias sociales; por ejemplo, la presión que el grupo de pares ejerce sobre el individuo (Siegel, 2010: p. 372).

En un segundo grupo se encuentran aquellos hechores que presentan un nivel de rango medio. Se trata usualmente de adultos que comienzan su actividad delictiva tempranamente, pero de forma interrumpida. Tienen más experiencia y habilidad en la comisión del delito. Suelen tener una amplia área geográfica para cometer los robos y están apoyados por otros sujetos que le ayudan a vender los bienes robados (Carrabine et al., 2005: p. 138).

Por otro lado, en el nivel alto se encuentran aquellos individuos que detentan conocimientos y habilidades específicas. Planifican sus acciones, tienen informantes sobre los bienes que sustraerán y emplearán sus conocimientos técnicos para burlar barreras de seguridad (Carrabine et al., 2005: p. 138). En su fuero interno no justifican sus conductas, sino que las conciben como un oficio cuya técnica se aprende de otros especialistas más avanzados. Generalmente, no actúan con violencia, sino que despliegan mayor habilidad y

preparación, reduciendo los riesgos y aumentando las ganancias económicas (Siegel, 2010: p. 372).

Esta tipología debe complementarse con información sobre los robos en que el autor emplea la violencia. Estos agentes son reconocidos por representar un mayor peligro para las víctimas, ya que su comportamiento demuestra ciertos rasgos específicos. Normalmente son más impulsivos, temerosos, osados, poco empáticos y adoptan valores antisociales. La perpetración del robo no es planificada, por lo que se necesita usar la violencia para garantizar el éxito de la sustracción (Garrido et al., 2013: p. 604).

En consecuencia, hay dos modalidades comisivas violentas de robo. En la primera, el autor tiene plena conciencia de que la única forma en que conseguirá la sustracción es empleando la violencia, tal como ocurre en los casos en que el hechor retiene a la víctima y luego la obliga a retirar dinero de un cajero bancario. La segunda modalidad se verifica cuando el agente planificó una sustracción pacífica, pero en la comisión experimenta circunstancias adversas y para revertirlas usa la violencia (Garrido et al., 2013: p. 594). Desde una perspectiva social, gracias a la comisión de estos robos violentos el hechor probablemente ascenderá posiciones sociales de acuerdo a la cultura delictiva a la que pertenece (Garrido et al., 2013: p. 604).

En el contexto de los robos violentos se ha investigado la relación entre la sustracción y el consumo de drogas. Una de las principales conclusiones obtenidas es que se trata de un factor relevante en nuestros días, pues la adicción a estas sustancias y al alcohol operan como facilitadores de comportamientos violentos (Garrido et al., 2013: p. 605). Sin embargo, también se ha concluido que es muy difícil precisar si los autores del delito robaban para consumirlas, o bien la sustracción violenta es consecuencia de su consumo, o solamente refleja un estilo de vida (Garrido et al., 2012: p. 605).

Este aspecto es particularmente sensible en la realidad chilena y latinoamericana. Una investigación nacional muestra que esta adicción determina que los individuos cometan robos para obtener escasas sumas de dinero, conformándose con pequeños botines, con la finalidad de adquirir estas sustancias prohibidas, tal como demostró Barros a partir de una investigación cualitativa desarrollada en personas condenadas por el delito de robo “no cabe especializarse ni discernir si vale o no la pena dar el lanzazo o cogotear al primer transeúnte que pasa por la calle. Tampoco cabe detenerse a pensar si el momento y las circunstancias son las más adecuadas para actuar. El imperativo de más droga se torna impulsivo, imprevisor y, en consecuencia, impredecible” (2003: p. 35).

Estos antecedentes describen algunos aspectos relevantes del comportamiento delictivo, pero dejan abierta la interrogante sobre su motivación, como se indicó anteriormente. El tema ha sido poco estudiado producto de una simplificación excesiva en su análisis; sin embargo, Garrido y Redondo apuntan a ciertos aspectos determinantes para acercarse a una comprensión más profunda del fenómeno. Ambos especialistas reconocen que en la delincuencia patrimonial el autor “dispone también de importantes motivadores cognitivos, los cuales, en forma de expectativas sobre los resultados que quiere alcanzar sobre el delito, y sobre la predicción de las consecuencias de sus actos, influyen poderosamente en la toma de la decisión final” (2013: p. 602).

Algunas propuestas teóricas estiman que el autor de estos delitos ejecuta la conducta producto de una elección racional, en que el individuo evalúa las circunstancias y, si las ganancias económicas son mayores que el riesgo de ser detenidos, actúan. Aplicando la teoría de Merton, se ha dicho que en una sociedad en que se valora de forma tan exacerbada el éxito económico es lógico que las personas se sientan presionadas para conseguir esos bienes, aunque sea de modo ilegal (Barkan, 2001: p. 258-259).

Estas conclusiones han sido fuertemente cuestionadas. Por un lado, se han puesto en duda ya que, en la mayoría de los casos, el éxito económico obtenido con las sustracciones es insignificante y no justificaría realmente el comportamiento (Barkan, 2001: p. 258). Por otro lado, ciertos especialistas entienden que, en realidad, la racionalidad del hechor está limitada por una serie de factores internos y externos. En su mente circulan dificultades de tiempo, recursos e información, sumado a las emociones que va experimentando. Por ello, se ha reconocido que más bien la decisión es fruto una estrategia descompensada. Esta idea se ha reafirmado al consultar a personas acusadas de cometer este delito. La mitad de ellos reconoció que el robo fue consecuencia de un impulso y otro porcentaje afirmó que no había ponderado los riesgos de su acción (Garrido et al., 2013: p. 603).

A estos elementos se puede añadir un factor de carácter cultural que dice relación con el estilo de vida del hechor. Tal como demuestran ciertas investigaciones, en los robos a mano armada normalmente la motivación radica en la experimentación de una forma de vivir que, combinada con ciertos factores situacionales, impulsan la ejecución del delito. En estos casos el autor ejecuta el guion conductual aprendido mediante la observación y la recompensa social (Bartol et al., 2017: p. 466).

Claramente la delincuencia patrimonial no es una conducta privativa de las clases menos favorecidas económicamente. Específicamente, tratándose de los robos, en Chile, hay ciertas características relevantes analizadas a partir de la propia información proporcionada por personas condenadas a penas privativas de libertad. En ese sentido, la investigación de Barros contribuye a acreditar que estos delitos no representan una actividad para sobrevivir económicamente, sino que expresa un cierto modo de vivir. En palabras del autor, “el mundo de la delincuencia va socializando a sus miembros en un cúmulo de definiciones, de valores, de convenciones que orientan a vivir de un modo peculiar. El delincuente del tipo que entrevistamos aprende lo que significa ser choro, se le inculca la virtud de la viveza, conoce la jerarquía delictual y lo que cabe hacer para ascender en ella (...) ha de conjugar la elección racional con el cúmulo de irracionalesidades propias de ser delincuente” (2003: p. 32).

Esta dimensión de la realidad nacional y de otras zonas geográficas en el mundo, deja al descubierto la complejidad de la fenomenología del robo y las distintas aristas que deben ser consideradas en los estudios de la dogmática jurídico-penal, para evitar desarrollar estudios que carezcan de aplicación práctica por su desconexión total con el fenómeno que se intenta regular.

### 3.4. PROPUESTA INTERPRETATIVA

La reconstrucción dogmática del artículo 433 N° 1 del Código penal chileno, en cuanto regla que sanciona la comisión de los delitos de robo y violación expresa una relación específica entre ambos delitos. Esta disposición suprime la posibilidad de aplicar las reglas generales de los concursos, previendo una penalidad altísima para sancionar su comisión. Ahora bien, como no está determinado claramente el significado del texto, surgen dudas respecto de su aplicabilidad.

A partir de la lectura del artículo se pueden detectar numerosos problemas interpretativos, los que han sido resueltos de forma parcial en investigaciones específicas desarrolladas sobre el tema, pero que naturalmente no han abarcado todas las dificultades lingüísticas y sistemáticas derivadas del texto legal.

Una de ellas es la interpretación de la fórmula escogida por el legislador para vincular ambas conductas. La disposición estudiada señala que la violación debe cometerse con motivo u ocasión del robo, replicando la fórmula prevista para la sanción del homicidio conectado con el robo. Ello ha dado pie para que la doctrina nacional se refugie en los resultados de los estudios desarrollados al alero de esa figura, interpretando analógicamente sus términos, afirmando que el homicidio motivado por el robo tiene lugar cuando la muerte es el medio para conseguir la sustracción. Por otro lado, si el hechor mata al robar se comete homicidio con ocasión del robo. Ello permitió extender su contenido y trasladar esa solución lingüística al análisis del robo con violación.

Ahora bien, toda interpretación jurídica, comienza su labor revisando las posibles interpretaciones literales del texto. La forma más sencilla de cumplir esta misión consiste en revisar el significado propuesto por el diccionario de la Real Academia Española. Este análisis comienza entendiendo que el motivo es aquello que mueve el actuar, mientras la ocasión consiste en la oportunidad que se ofrece para ejecutar o conseguir algo. Cabe prevenir desde una perspectiva metodológica que esta solución no es la más completa, pues no se basa en estudios acerca de la dimensión cultural del uso de las expresiones interpretadas en una comunidad hablante en un cierto momento histórico. Con todo, puede ser de utilidad como una forma de iniciar la discusión.

De acuerdo a los antecedentes presentados, tratándose de la expresión con ocasión, se puede concluir que la doctrina penal chilena sí ha empleado el significado que el diccionario provee. Sin embargo, la situación es distinta cuando se revisan las propuestas desarrolladas a propósito de la violación cometida con motivo del robo.

Este problema interpretativo subsiste pues no se ha desarrollado una interpretación literal ni de otra especie respecto de la expresión "con ocasión". Diversos aspectos conducen a esta situación. Básicamente la opinión unánime asume que es imposible que en la realidad social, es decir, empíricamente, ocurra una violación motivada por el robo. Dicha conclusión, lamentablemente no se encuentra respaldada en ningún antecedente criminológico, ni siquiera fenomenológico, salvo las previsiones que cada autor estima de acuerdo a su propia lógica.

En palabras sencillas, los estudios nacionales sobre el tema solo dedican espacio a la revisión de aspectos estrictamente dogmáticos. Si se analizan los aspectos fenomenológicos de drogas o alcohol, o respecto de todos los casos en que no es posible precisar si el robo fue motivo u ocasión de la conducta, sumado al problema de la motivación sexual o económica del obrar, al comprender un aspecto psíquico del autor sumamente difícil de determinar.

Esta situación trae varias consecuencias metodológicas. En primer lugar, no se resuelve el problema interpretativo. Más bien, subsiste de la falta de precisión del significado del texto legal. Esta aparente solución se limita a desarrollar afirmaciones sobre aspectos empíricos, basada en supuestos aspectos lógicos, pero no incluye ningún respaldo que sostenga la conclusión, omitiendo toda precisión metodológica que contribuya a explicar cómo se llegó a dicho resultado.

La segunda consecuencia se presenta porque esta forma de interpretar el Código criminal, al basarse únicamente en los estudios desarrollados en el seno de la dogmática jurídico-penal no logra precisar el significado de la expresión "con motivo". La incorporación de estos términos es compleja para el intérprete en este tipo penal y en el robo con homicidio. Como se ha señalado en España, no se trata de una fórmula que suministre demasiada información al intérprete, por el contrario, oscurece las vías de solución.

La tercera consecuencia derivada de esta posición metodológica ha llevado a los especialistas nacionales a asumir que el significado de la figura de robo con homicidio es aplicable al robo con violación en su modalidad de "con motivo" o "con ocasión". Esto ha traído consigo que las expresiones "con motivo" sean entendidas como sinónimas de "como medio para". En palabras resumidas, si el autor mata para robar actúa "con motivo" y si el hechor mata al robar procede "con ocasión". Entonces, tratándose del robo con violación se concluye que si el autor viola para robar comete el delito "con motivo", y si viola al robar lo ejecuta bajo la fórmula "con ocasión".

Esta atribución de significado a la expresión con motivo es doblemente errada. Primero porque traslada la solución del robo con homicidio al robo con violación asumiendo que se trata de fenómenos idénticos y no lo son. Tal como señala la Criminología, tienen una vinculación intensa, pero no son idénticos y, por ende, necesitan un tratamiento diferenciado y una respuesta jurídica específica para cada uno.

En segundo lugar, esta solución es equivocada pues convierte en sinónimos medio y motivo. Durante largos párrafos de esta investigación se ha expresado que el medio es distinto al motivo, basado en los numerosos estudios revisados, fundados en el conocimiento aportado por la Psicología, culminan identificando las diferencias entre el medio de comisión y el motivo.

Básicamente, desde una perspectiva técnica cuando se habla de motivo hacemos referencia a un elemento subjetivo del tipo que se enraíza en la psiquis del autor, determinando su conducta. En concreto, se alude a lo que gatilla la conducta del hechor, es decir, se trata de un elemento multidimensional y dinámico, que puede fundarse en un solo

móvil o a partir de varios simultáneamente, prevaleciendo uno sobre los otros. Este puede ser conocido por el agente o estar oculto para sí mismo.

Por otro lado, el fin es aquello que la persona persigue con su actuar; en cambio el medio es aquel instrumento del que se vale el hechor para alcanzar el fin. Otro elemento distinto es la ocasión para cometer el delito, que también es un elemento del tipo, pero se trata de un factor que inclina la conducta. En este caso es un escenario particular que impulsa al hechor a cometer el delito, ya que su voluntad no estaba consolidada en orden a obrar en ese sentido.

Más precisamente, luego de revisar las conclusiones expuestas en los estudios criminológicos sobre los motivos que determinan al autor a cometer el delito de violación, el intérprete debe considerar que no existe una única explicación de la conducta. Por el contrario, se trata de agresiones heterogéneas. Por ello cobran especial relevancia las teorías multifactoriales que identifican elementos biológicos, neuropsicológicos, circunstanciales y culturales que influyen en los motivos de comisión de este delito.

La agresión sexual es un comportamiento sumamente complejo que puede desplegarse por diversas causas, de naturaleza biológica, como son los impulsos hormonales y neuronales, de psicología evolutiva, otras derivadas del proceso de socialización, distorsiones cognitivas, sumado al fracaso de la inhibición y ciertos factores contextuales que impulsan la agresión sexual.

En cuanto al delito de robo, se advierte la necesidad de no simplificar el análisis de las motivaciones de la sustracción, reconociendo las peculiaridades de los distintos tipos de robos y las características de quienes los cometen; por ejemplo, si el hechor se dedica habitualmente a cometerlo o si solo roba ocasionalmente. Esto es relevante porque nos conduce a la posibilidad de que el autor desarrolle su vida en una cultura vinculada a lo criminal, o bien, padezca drogadicción o alcoholismo, que podría determinar la inestabilidad de su actuar, o que en determinados momentos de la conducta de la sustracción, producto del empleo de la violencia, mute hacia una agresión sexual. Resumiendo, los motivos del comportamiento del robo podrían tener un carácter cultural, o ser consecuencia de la drogodependencia y en otros casos surgen del deseo de obtener un provecho económico.

En resumen, de acuerdo a los estudios analizados se puede concluir que la motivación psíquica de la conducta de robo es distinta de la violación. Tratándose del robo se distinguen al menos tres tipos de motivos derivados de aspectos culturales, biológicos y económicos. Respecto de la violación se reconoce la motivación biológica, psicológica y sociológica derivadas del proceso de socialización individual. Reconociendo las distintas opciones, en ciertas manifestaciones encontrarán se reconocen ciertas conexiones.

Este empalme parcial se produce cuando coincide un contexto particularmente desinhibitorio y favorable para ambas agresiones o están presentes ciertas características particulares hechor de carácter biológico o psíquico. Recordemos que el denominado violador impulsivo es aquel que se aprovecha del contexto para cometer el acceso carnal forzado y apropiarse del bien mueble. También los conocidos como ladrones no profesionales fundan su ataque en el uso de la violencia como un medio para asegurar el resultado.

Considerando que los factores que despiertan la agresión sexual son tantos y con diversas singularidades, es plausible entender que la agresión física, propia del robo, estimule el impulso sexual y motive su conducta, como bien lo ejemplificó Von Hentig. Ello ocurriría, por ejemplo, si se acepta la motivación biológica de la violación o bien la teoría de Marshall y Barbare. La primera explica que, producto del sustrato endocrino, el agresor sexual confunde el impulso sexual con el agresivo y ello desencadena su conducta; por lo tanto, se podría pensar que la agresión propia de la sustracción tendría la capacidad de despertar su impulso sexual.

La segunda propuesta reconoce que ciertas situaciones desinhibirán al hechor, como son el consumo de sustancias, algunos estados emocionales, la superación de obstáculos externos y de las barreras impuestas por la propia víctima. En consecuencia, es posible que la concurrencia de algunos de estos elementos en circunstancias particulares determine una agresión sexual y una sustracción. En estos casos el problema que surgirá será determinar cuál es el motivo principal de las agresiones referidas.

Retomando las consecuencias de la posición de la doctrina nacional, se debe reconocer que esa reducción del método interpretativo solo contribuyó a negar el problema, omitiéndolo. Pero, el problema interpretativo subsiste, a pesar de que en varias ocasiones se haya señalado que se trata de una fórmula lingüística vacía de contenido, imposible de ocurrir. Además, cabe preguntarse si le corresponde al intérprete omitir fragmentos del texto legal o bien debe asumir otra actitud metodológica frente a estas dificultades.

Finalmente, esta solución doctrinal del problema adolece de parámetros adecuados de racionalidad argumentativa, pues pasa por alto varios aspectos relevantes. Básicamente omite los antecedentes fácticos que respaldan la conclusión. Por el contrario, teniendo a la vista toda la información recopilada sobre el fenómeno, al menos se debería dudar de hallar una solución. Ello pues aquello regulado en la figura delictiva está referido a aspectos psíquicos sumamente complejos, que no permiten excluir *a priori* la opción del robo motivado por la violación, ya que las investigaciones criminológicas sobre la violación y el robo reconocen sus propias limitaciones para comprenderlo y deja abierta la posibilidad de hallar otros factores que lo motiven y nuevas formas de relacionar ambos delitos.

Todo ello da cuenta de una solución insatisfactoria que merece volver a retomar el problema interpretativo y pensar si algunas herramientas de la teoría general del derecho pueden ayudar a complejizar los análisis en vista de la profundidad del problema. Para ello, nuevamente las directrices interpretativas de Chiassoni son herramientas útiles para revisar el problema hermenéutico detectado.

Recordando algunos aspectos señalados anteriormente, las directivas primarias son aquellas que permiten dotar de un significado inmediato a las expresiones interpretadas. En este aparatage conceptual se comprenden las directrices de carácter lingüístico, de corte intencionalista, autoritativa, teleológica y la heterónoma o naturalista. A su vez, el funcionamiento de ellas queda fijado por las directrices secundarias, que le entregan al intérprete herramientas y criterios de resolución en caso de que las primeras no permitan arribar a un significado satisfactorio. Finalmente, toda esta labor queda enmarcada en la posición ideológica del hermenauta, que puede estar enfocada en mantener los significados

atribuidos históricamente a las disposiciones o darle un contenido dinámico a los textos legales, contribuyendo a la actualización y adaptación de sus contenidos a la realidad social en que deben aplicarse.

La directiva de carácter lingüístico contiene cuatro posibilidades para el intérprete. La primera subdirectiva obliga a revisar el significado común vigente al momento de la producción de la disposición. En ese sentido, los antecedentes recopilados en la historia de la ley no permiten precisar un significado concreto en esta dirección. La segunda subdirectiva supone revisar el significado común vigente al momento de la aplicación de la disposición. Esta solución es la que aplica la dogmática penal chilena. La tercera subdirectiva mueve al intérprete a rescatar el uso especializado de las expresiones vigente al momento de producirla. Ella debe descartarse al igual que la primera subdirectiva. Siguiendo la cuarta subdirectiva, el intérprete requiere precisar el significado del texto según el uso especializado al momento de aplicarla.

A partir de los estudios referidos a la expresión motivo, se estima que esta última subdirectiva puede aplicarse, ya que las propuestas interpretativas de la expresión desarrolladas por la doctrina italiana reconocen que se trata de un significado que expresa una valoración jurídica de un concepto naturalístico, propuesto por la psicología. Entonces, la interpretación de la violación que se comete motivada por el robo obliga a entender el motivo como elemento que conecta ambas conductas delictivas y que, en ciertos casos, eventualmente podría ocurrir, teniendo en cuenta que no se puede descartar que el robo sea el disparador de la agresión sexual tipificada en esta figura punitiva.

Respecto de la directiva intencionalista, también es posible distinguir cuatro contenidos diferentes para la expresión motivo. En primer lugar, atendiendo al significado que dio el legislador histórico. Lamentablemente de forma expresa no se recoge ninguna definición a estos términos, salvo antecedentes contextuales en que se recoge al bandolerismo como un fenómeno relevante que debía sancionarse y las definiciones auténtico contextuales de los delitos de robo y violación. En segundo lugar, se debe indagar en el sentido que contribuya a alcanzar el fin perseguido por el legislador histórico. Al reconstruir la historia del texto estudiado no se puede arribar a una conclusión única, más allá del afán de sancionar duramente al bandolerismo rural y todas las conductas delictivas emparentadas con este fenómeno. En tercer lugar, se debe pesquisar cuál es el objetivo que persigue el legislador actual. Esta directiva permite cuestionarse sobre la utilidad vigente de la disposición y los posibles significados que contribuyan a ella, pues el fenómeno considerado en la dictación del texto legal ha cambiado con el paso del tiempo.

A continuación corresponde revisar las propuestas desarrolladas a partir de directivas autoritativas. En ellas quedan comprendidas las opiniones de expertos en la materia. A lo largo de este estudio se revisaron las opiniones de la doctrina nacional, española e italiana. El panorama chileno nos conduce a propuestas que no han conseguido dotar de un significado a estas expresiones, por el contrario estiman que no tiene sentido desarrollar esta tarea interpretativa. Los trabajos de la doctrina española contribuyen a delimitar el contenido del problema y dan luz sobre los principales aspectos que deben considerarse para encaminar una solución. Las investigaciones de la dogmática italiana ayudan a encaminar una salida diferente, pues ahondan con seriedad en el elemento subjetivo motivo, explorando su

complejidad y sus repercusiones jurídicas. A lo largo de este apartado se ha desarrollado un esfuerzo por discutir esta conclusión, entendiendo que sería necesario complementar estas propuestas ampliando los argumentos, propendiendo a respetar las características del fenómeno regulado, que ha sido reconstruido a la luz de los aportes criminológicos, reconociendo sus avances y limitaciones.

Seguidamente, la directiva teleológica permite aplicar dos subdirectivas. Una de ellas encamina al intérprete a estudiar el significado según el ordenamiento jurídico general y la segunda lo conduce a revisar ciertos sectores del ordenamiento jurídico, en este caso el Derecho penal. Por lo tanto, la labor interpretativa debe desarrollar un análisis sobre cuál es la *ratio legis* considerada por el legislador de forma explícita o implícita. Siguiendo los lineamientos del Derecho penal liberal, la lesión o puesta en riesgo relevante del bien jurídico es la razón que justifica la intervención del Estado aplicando la pena. Esta finalidad lleva a concluir que aceptar la opinión de la doctrina nacional que excluye la labor interpretativa de las expresiones "con motivo" no conduce a resguardar los bienes jurídicos lesionados con las conductas del robo y la violación. En consecuencia, dicha conclusión no se ajusta a la directiva teleológica en materia penal.

Para terminar, la directiva heterónoma o naturalista conduce a indagar dos posibles significados. La primera subdirectiva revisa la naturaleza de las cosas, asumiendo que el legislador al dictar el texto legal conoce el fenómeno que está regulando y describe sus características. Tratándose del robo con violación, a pesar de las diversas reformas que ha sufrido el Código punitivo, el legislador histórico sí conoció el fenómeno del bandolerismo e intentó aplicarle una sanción. Sin embargo, claramente la disposición estudiada y sus reformas no ahonda mayormente en su descripción y tampoco consigue ajustar su contenido al fenómeno con exactitud. Si bien la tipificación penal no es del todo precisa, no se podría justificar racionalmente un desconocimiento de los hechos que se pretende sancionar.

La segunda sub directriz derivada de la naturalista propone que el significado debe fijarse siguiendo la doctrina ética o la moral normativa. La revisión de diversos antecedentes permite afirmar que jurídicamente estos comportamientos son desvalorados, a pesar de la abierta desproporción de las penas denunciada sistemáticamente por la doctrina nacional y de que esta figura legal dispone la exclusión de la regla de concursos, que podría resultar más adecuada a estos hechos.

A esta altura del análisis del problema es posible arribar a conclusiones preliminares. La primera consiste en que las directrices de carácter lingüístico, si bien no han sido desarrolladas a cabalidad en este estudio, entregan algunos elementos útiles para precisar el significado del texto estudiado. En este caso, debe prevalecer el significado técnico por sobre el uso común de las expresiones "con motivo", aplicando el artículo 19 del Código civil, el que ha sido precisado por una corriente de pensamiento que acoge las conclusiones de la Psicología, la Criminología y la Antropología. En palabras sencillas, se pretende dar reconocimiento a un fenómeno psicológico que ha sido valorado jurídicamente.

En cuanto a directrices intencionalistas, de la revisión de la historia de la dictación del Código penal y de sus reformas posteriores se concluye que no hay antecedentes precisos que ayuden a atribuir el significado. Por su parte, la directiva teleológica sí da información

para descartar la interpretación ofrecida por la doctrina nacional y obliga al hermeneuta a revisar la finalidad que persigue la disposición.

Seguidamente, las directrices de carácter heterónomas (argumento naturalista) demuestran que la solución ofrecida por la doctrina penal nacional es insuficiente, pues no del desconocimiento sobre la posible concurrencia de estos hechos. Por ello, no respeta cabalmente el fenómeno regulado, ya que sus argumentaciones no indagan, ni siquiera de forma parcial, respecto las características de estos hechos en el plano empírico.

En este caso, tratándose de las directrices de segundo nivel o secundarias se debe aplicar el artículo 19 del Código civil, que le indica al intérprete el catálogo de directivas primarias que debe usar, las que fueron aplicadas tal como consta en los párrafos anteriores.

Respecto de las directivas secundarias procedimentales, el mismo artículo 19 en su inciso primero le indica al intérprete que si el texto legal contiene una expresión oscura, se debe recurrir al elemento histórico o tiene que considerar su intención o espíritu, es decir, hace referencia a los elementos tradicionalmente entendidos como intencionalistas o teleológicos. Considerando que el elemento intencional no entrega ningún posible significado a este caso, debe prevalecer el elemento teleológico.

Por su parte, las directivas secundarias preferenciales, es decir, este catálogo de al menos doce argumentos que nos posibilitan definir cuáles son los significados atribuidos correctos, contribuyen a justificar lo anterior en el siguiente sentido. Se estima que refuerzan la propuesta interpretativa los argumentos de la coherencia, la congruencia teleológica y el del respeto de la naturaleza del fenómeno regulado.

De acuerdo al *argumentum a coherentia* se debe excluir el significado propuesto por la dogmática unánimemente, pues no resulta coherente con la interpretación de la expresión "ocasión" en otros artículos del Código punitivo; por ejemplo, tratándose el delito cometido con ocasión de un incendio, naufragio, sedición, tumulto, conmoción popular u otra calamidad o desgracia, agravado de acuerdo al art. 12 n° 10 o bien, respecto de la interpretación de la expresión "con motivo" tratándose del delito cometido por motivos discriminatorios, regulado en la agravante genérica del art. 12 n° 21.

Además, siguiendo el argumento de la congruencia teleológica, el intérprete no puede derivar significados que sean incongruentes desde la perspectiva de la eficiencia instrumental, respecto del fin propuesto por una o más normas —formalmente o axiológicamente— superiores del sistema. En este caso, la interpretación tradicional resulta incoherente con el fin perseguido, por el fin perseguido por esta disposición y por el buscado por el Derecho penal, ya que la renuncia de la búsqueda de significado fundado en el desconocimiento del fenómeno regulado, trae consigo una vulneración del principio de legalidad penal. Esto se relaciona íntimamente con el tercer argumento basado en el respeto por la naturaleza del fenómeno regulado, ya que la interpretación doctrinal unánime de estas expresiones es incompatible con ella, a pesar de que el legislador ha intentado reforzar su sanción.

Considerando que durante las páginas de este apartado se ha realizado una crítica a la falta de expresión de razones en las decisiones de los intérpretes que han abordado el problema, es relevante aclarar que esta propuesta encuentra sus raíces en una directiva de tercer nivel que asume un código interpretativo ecléctico (Chiassoni, 2011: p. 137).

En síntesis, tratándose de la regla jurídica del artículo 433 número 1, la expresión “motivo” se refiere al motor o aquello que impulsa el actuar del hechor, en conformidad con las directivas primarias lingüísticas. Así se da preferencia al significado técnico y aquella directiva primaria teleológica, aplicando las directivas interpretativas de segundo nivel contempladas en el artículo 19 del Código civil chileno y asumiendo axiológicamente un código interpretativo ecléctico.

A pesar de todo el esfuerzo argumentativo queda pendiente resolver el caso con el que se dio inicio a este apartado. Recordemos que anteriormente se precisó el significado de las expresiones “con ocasión” y “con motivo”, fijándose sus principales características y los efectos en el tipo penal. Luego, a partir de diversos antecedentes criminológicos, se derribó la idea de que un robo no puede motivar la violación; por lo tanto, corresponde preguntar cuáles son las posibles calificaciones jurídicas el hecho narrado.

Para encontrar dichas respuestas es necesario tener en cuenta algunos antecedentes. Como ya se ha dicho se debe distinguir diversas motivaciones para ejecutar la conducta típica de la violación. Por otro lado, se vislumbran varios móviles determinantes de la apropiación violenta constitutiva de robo. A ello se suma la factibilidad de que la violencia ejecutada para desplegar la conducta de robo movilice el impulso del hechor hacia una agresión sexual. En consecuencia, en estos últimos casos tendremos una motivación de carácter sexual predominante por sobre aquellas que propician el robo.

En este estado del análisis queda de manifiesto la dificultad para calificar estos hechos a partir del título de imputación que brinda el robo con violación. Si bien el robo puede ser motivo de la violación, la conducta matriz de robo queda desplazada por el acceso carnal constitutivo de violación. En consecuencia, estaremos frente a una violación de aquellas en que se emplea la violencia en concurso con el delito de hurto. Así, se abren nuevos cuestionamientos en torno a la unidad o pluralidad de hechos y la clase de concurso que concurrirá. Ahí radica un efecto relevante de distinguir con claridad la motivación del agente.

Ello ocurre en el caso descrito, pues de acuerdo a los hechos narrados la conducta comenzó como un robo, pero producto del forcejeo y la defensa de la víctima el hechor terminó cometiendo el delito de violación. En consecuencia, ese hecho es el determinante, resultando la sustracción del celular un asunto más bien accesorio. A partir de ello se podría visualizar dos hechos.

Con todo, este análisis tiene una naturaleza eminentemente teórica, pues dependiendo de cada situación particular será necesario acceder a los elementos probatorios particulares que acrediten todas las circunstancias que componen estos complejos delitos. Por lo tanto, en ciertas ocasiones no será posible de distinguir con claridad las diversas motivaciones del hechor, ni mucho menos su sucesión cronológica. Recordemos que pueden aparecer distintos motivos, en forma simultánea y que algunos podrían estar ocultos para el

propio agente. En todos esos casos, ante las profundas dudas, solo quedará interpretar las disposiciones conforme al principio *pro reo*.

1. La interpretación de la ley penal puede ser estudiada como una actividad o un resultado. En cuando a su primera manifestación es una actividad argumentativa compleja. Bajo esa denominación quedan comprendidas diversas tareas; sin embargo, a lo largo de esta investigación se ha seguido la noción que la concibe como una labor que busca atribuir significado a un documento que expresa una o varias normas. En particular, se asume que la norma es resultado de dicha tarea. Con ello se adopta una concepción predominantemente escéptica, descartando las posiciones cognoscitivas. Luego, si se la considera como resultado, expresa una labor dianoética o noética y los significados darán lugar interpretaciones declarativas o reconstructivas.

2. El origen de los problemas interpretativos es diverso. Uno de ellos surge por la utilización del lenguaje natural para redactar los textos legales. De su empleo se desprenden numerosas dificultades lingüísticas derivadas del uso de palabras, el orden sintáctico y de carácter semántico. Considerando las limitaciones que tiene el legislador para regular cada uno de los supuestos, emplea expresiones vagas, ambiguas, con carga emotiva, con la finalidad de abarcar la mayor cantidad de situaciones posibles. Sin embargo, tiene razón Guastini, pues realiza un análisis de la práctica en el ámbito jurídico, a partir del cual incorpora como causas que originan dificultades hermenéuticas, los intereses prácticos y supuestos filosóficos-jurídicos de origen dogmático.

3. El desarrollo de la actividad interpretativa necesita emplear un método que le dé razonabilidad. En ese camino es fundamental el proceso de justificación que puede desarrollarse a través de diversos modelos teóricos. Tal como señaló Wròblewski, reconociendo que el punto de partida de cada razonamiento depende de la ideología sobre la interpretación que asuma cada hermeneuta, son particularmente relevantes los esquemas que incorporan elementos para elaborar su justificación externa e interna.

4. Reconociendo la diversidad de modelos teóricos, en esta investigación se empleó el elaborado por Chiassoni. Su propuesta distingue tres niveles de directivas. Específicamente, las de primer nivel son aquellas que dotan inmediatamente de un significado a una expresión. Por su parte, las de segundo nivel regulan cómo usar las de primer nivel. En cambio, las directivas de tercer nivel expresan la ideología que asume el intérprete al llevar a cabo su labor.

Este esquema fue utilizado para desarrollar las propuestas interpretativas en cada uno de los casos difíciles seleccionados. Su elección obedeció a que se trataba de una obra que integra elementos de los otros esquemas interpretativos, complementando y enriqueciendo su contenido. Además, por una razón práctica, ya que en las directivas de primer nivel parecen cánones o elementos que permiten expresamente incorporar antecedentes extrasistémicos, provenientes del conocimiento criminológico, en los razonamientos interpretativos, mediante las directrices teleológicas o a través de la directiva que obliga a respetar la naturaleza del fenómeno regulado.

5. El desarrollo de la teoría de la interpretación de la ley en la ciencia jurídico-penal es dispar, ya que el trabajo de las diversas escuelas penales propició avances o retrocesos, según la filosofía imperante en cada época y el método que cada una empleó. Así, a lo largo del siglo XIX la jurisprudencia de los conceptos se centró en una labor de sistematización a través del método inductivo, predominando el conceptualismo. Particularmente, la labor interpretativa se fundó en una concepción objetiva, predominando la labor teleológica que perseguía el significado conferido por el legislador.

Por su parte el positivismo criminológico italiano cambió el paradigma proponiendo el predominio de la Criminología sobre el Derecho penal. Esa hegemonía disciplinar no contribuyó a ampliar el conocimiento de la Ciencia jurídico-penal, repercutiendo en la labor interpretativa. Sin embargo, propició la elaboración de análisis que incorporaron elementos del fenómeno criminal.

Con la llegada del siglo XX el panorama cambió nuevamente. La escuela técnico jurídica centró sus análisis en la función y finalidad social de las normas jurídicas, fijando los límites del campo normativo, sin abusar del método exegético. Nuevamente se retomó la aplicación del método inductivo y sistemático. Además se reconoció la relevancia del bien jurídico como elemento en la tarea interpretativa, lo que parcialmente abrió una opción para incorporar los antecedentes de la realidad criminal.

Posteriormente los representantes de la jurisprudencia de los intereses asumieron que la labor interpretativa tenía un carácter marcadamente teleológico, ya que los fines sociales sirvieron de fundamento para dictar las normas jurídicas. Consecuentemente, promovieron interpretaciones de carácter subjetivo. También cobró amplia relevancia el trascendental aporte de Von Liszt, basado en el desarrollo de la Enciclopedia criminal que reunía en el estudio del fenómeno delictivo, el método de la Ciencia jurídico-penal y la Criminología, en particular por la introducción de la idea de fin en los razonamientos penales. Con ello nuevamente se abre un espacio para considerar de antecedentes criminológicos.

La jurisprudencia de los valores, en un intento por superar el positivismo imperante, centró sus análisis en el objeto de estudio, incorporando consideraciones axiológicas y materiales. Para ellos la interpretación jurídica predominante tenía carácter teleológico, en búsqueda del significado inherente a cada disposición. Así, reconocieron una mixtura entre elementos teóricos, prácticos, cognoscitivos, creadores, reproductivos y productivos científicos, supracientíficos, objetivos y subjetivos.

La escuela fenomenológica, a partir del estudio de las cosas mismas, consideró que la interpretación jurídica era un proceso continuo que se iniciaba con la voluntad del legislador, pero que no terminaba ahí, ya que se basó en la existencia de estructuras lógico-objetivas, que por su carácter teórico, no guardaron relación con el fenómeno criminal.

Finalmente, los postulados funcionalistas fueron concebidos desde distintas perspectivas arrojando distintos resultados. La versión más extrema desarrollada por Jakobs que aplicó la teoría de los sistemas y la absolutización de los criterios funcionales no desarrolló

mayormente la teoría interpretativa y se cerró a incorporar antecedentes del fenómeno criminal. Las conclusiones son distintas al revisar las obras de otros autores. Así, Roxin admite que la interpretación jurídica incorpore elementos fácticos, considerando el papel que ocupa la Política criminal en la elaboración dogmática. Por su parte, Hassemer también acepta esta mixtura de elementos, pues estimó que los aportes de otras disciplinas sobre la delincuencia, permiten comprender las disposiciones jurídica de una forma que otorguen respuesta a las necesidades e intereses de la sociedad.

De este modo se puede concluir que ciertas escuelas penales, en sus teorías sobre la interpretación jurídica, admiten la incorporación de los antecedentes del fenómeno delictivo aportado por el conocimiento criminológico. Entre ellas se reconoce al positivismo criminológico, la jurisprudencia de los valores, la escuela técnico jurídica y, parcialmente, las dos versiones del funcionalismo moderado ya señaladas.

6. El segundo asunto central de esta investigación radica en el estudio de la epistemología de la Ciencia jurídico-penal y la Criminología. En ese sentido es conveniente recordar que para Nino la expresión ciencia es ambigua, vaga y tiene una fuerte carga emotiva. Si bien se han esbozado diversas nociones, de acuerdo a Kuhn, se puede entender a la ciencia como una actividad que busca expandir el conocimiento a partir de la aceptación de ciertos paradigmas, empleando reglas que ocasionalmente son explícitas. Por ello el problema de la cientificidad del conocimiento jurídico se analizó desde una matriz epistemológica alejada de las ciencias naturales.

Posteriormente, si se examina el extenso y heterogéneo acervo de conocimientos elaborados por la comunidad de personas estudiosas del Derecho, se debe concluir que existen diversos saberes. Siguiendo a Calsamiglia, dentro de ese conjunto de conocimientos se distinguen dos funciones: descriptiva y prescriptiva. La primera tiene carácter cognoscitivo. La segunda pretende incidir en la configuración de la comprensión del Derecho. Como precisa Bascuñán, todas ellas tienen como horizonte racionalizar las investigaciones, disminuyendo la arbitrariedad en sus razonamientos.

Además, tal como precisa Núñez, la actividad de la ciencia jurídica responde a ciertos modelos, asumiendo una perspectiva normativista, realista, argumentativista, tecnológica o crítica.

Si bien cada modelo define sus principales bases metodológicas, Calsamiglia precisó algunos elementos característicos de esta área del conocimiento parten del reconocimiento de tres premisas básicas: la sistematicidad del derecho, el enfoque en la justicia del caso y la sujeción al contenido de la ley.

7. Entre esa diversidad de saberes se ubica la Ciencia jurídico-penal, teniendo un fecundo desarrollo teórico. Mayoritariamente los especialistas en la disciplina reconocen su cientificidad.

Tratándose de la dogmática o Ciencia penal, Kindhäuser nos recuerda que se trata de una disciplina con actividades heterogéneas, que asume distintos paradigmas y métodos. Así, la dogmática o ciencia penal en sentido estricto desarrolla las condiciones para la aplicación

del derecho vigente y, mediante la interpretación, intenta aclarar el contenido de las reglas que le competen, aplicando un método racional y sistemático. En segundo lugar distingue la tarea de la meta dogmática, que basada en la teoría de la ciencia, pretende detectar las interacciones entre las diversas reglas del ordenamiento jurídico. En tercer lugar reconoce una labor empirista o de investigación empírica de hechos jurídicos, que tiene por finalidad asegurar que el Derecho se ajuste a los hechos naturales y sociales que regula. Para terminar distingue la existencia de una investigación básica sustancial, de carácter filosófico, que analiza los paradigmas y conceptos esenciales de la disciplina. Estos dos últimos niveles que contribuyen a desarrollar una expansión profunda del conocimiento mediante la labor científica.

8. Por otro lado, el estatuto científico de la Criminología también es cuestionado, comenzando por su conceptualización. Se trata de una ciencia en continuo cambio y crecimiento. Su carácter empírico la dirige a estudiar el comportamiento delictivo y el proceso de criminalización. En su labor aspira a aplicar el método científico, valiéndose en algunos casos de la observación y en otros de la experimentación. Además, dependiendo del objeto de estudio, desarrolla análisis de carácter cualitativos y cuantitativos. Sus investigadores comúnmente despliegan esfuerzos en investigaciones multidisciplinarias o interdisciplinarias. De esta forma elaboran análisis sobre el fenómeno criminal considerando los aportes de la biología, psicología, sociología, historia, ciencia política, economía, geografía, el derecho, la antropología y las ciencias médicas. Además han renunciado a explicar el fenómeno en términos causales, reconociendo, como señala García Pablos, un conocimiento más relativo, provisional, abierto e inacabado, fundado en la revisión de factores delictivos.

9. La comprensión integral del fenómeno criminal requiere de los aportes del conocimiento criminológico y de la Ciencia jurídico-penal. Además, ambas áreas del conocimiento se influyen recíprocamente, pues el contenido de la ley penal incide en la comprensión del fenómeno criminal y los aportes criminológicos contribuyen a configurar el contenido de la legislación punitiva. También los dos saberes se vinculan a partir del estudio que desarrollan sobre el control social formal, al revisar la forma en que se aplican las leyes penales, el funcionamiento del sistema punitivo y su selectividad.

La tercera relación se presenta a propósito de la teoría jurídica y la información empírica. Si bien tradicionalmente se ha tratado a ambos saberes como opuestos, afirmando que la Criminología estudiaría una dimensión del ser y la Ciencia jurídica realizaría análisis sobre el deber ser, esa afirmación puede controvertirse, pues no existen hechos neutrales y la investigación criminológica no elabora datos objetivos y tampoco estudia información en bruto, sino que siempre necesita una teoría para enmarcar los hechos estudiados. Además, la recolección y construcción de datos también necesita de una teoría para su recopilación e interpretación.

Otro punto de encuentro se concreta en la labor de interpretación de las leyes pues, como señala Zaffaroni, la labor hermenéutica debe respetar la dimensión óptica, considerando la realidad social regulada, sobre todo cuando se trata de darle racionalidad a la legislación. En palabras de Herrero, la Criminología es la base indispensable para la teoría y práctica de la legislación punitiva.

10. Si bien ambas disciplinas comparten el objeto de estudio, cada una persigue sus propios fines, utilizando métodos y razonamientos diversos. Específicamente el análisis jurídico intenta responder a preguntas sobre la justicia y su aplicación, mientras que los estudios criminológicos tratan de comprender y explicar fenómenos criminales y los procesos de criminalización. En consecuencia, la investigación criminológica desarrolla razonamientos inductivos, mediante estudios interdisciplinarios o multidisciplinarios para interpretar los datos y comprobar la hipótesis. Además emplea metodologías cualitativas y cuantitativas, llegando a conclusiones de carácter empírico. En cambio, en la Ciencia jurídico-penal se llevan a cabo razonamientos deductivos, de carácter dogmático, comúnmente basados en el estudio de la legislación aplicable y otros documentos normativos. Por ello modelan sus respuestas de acuerdo a normas y valoraciones.

11. Con todo, la Criminología es una ciencia que se encuentra en pleno proceso de expansión y su riqueza radica precisamente en albergar conocimientos de diversa índole. Estas características marcan sus límites epistemológicos, pues teóricamente ha renunciado a pesquisar la relación de causalidad en el estudio del fenómeno criminal, reconociendo una aspiración más modesta, basada en la comprensión de los factores que influyen en los comportamientos delictivos y los elementos que componen el proceso de criminalización.

Por ello, tal como se pudo constatar en las propuestas interpretativas desarrolladas en el capítulo tercero, la búsqueda de conocimiento criminológico muchas veces condujo a explorar aportes desarrollados por otras disciplinas, que si bien no recibían el rótulo de conocimiento criminológico, otorgaron antecedentes de valor criminológico relevantes para reconstruir el fenómeno regulado. Ello ocurrió tratándose de investigaciones enmarcadas en la psicología, psiquiatría, sociología, historia, medicina, antropología e incluso la ciencia de las catástrofes.

12. Tratándose de los casos difíciles seleccionados para elaborar una propuesta interpretativa que incorpore los conocimientos criminológicos, se utilizó el modelo de las directrices interpretativas de Chiassoni, pues organiza de forma clara y ordenada los elementos que componen los argumentos interpretativos, distinguiendo distintos niveles de razonamiento.

13. El primer problema interpretativo se centró en el significado de la expresión agresión inminente, que es un requisito dogmático de la legítima defensa. Sus dificultades se expresan más profundamente en los casos que la mujer mata a su compañero sentimental que la ha agredido en un contexto de auténtico terror. La propuesta interpretativa incorporó antecedentes de la criminología feminista y la crítica criminológica obtenidos de teorías con enfoque psicológico y sociológico.

Concretamente, propongo que la agresión inminente, de creación dogmática, en la circunstancia descrita debe interpretarse extensivamente. Para ello es indispensable reconocer el historial de terror en la relación de pareja que rodeó la última y definitiva respuesta de la mujer, se trata de un antecedente fundamental que el hermeneuta no puede obviar. Por ello se necesita revisar el contexto en que ocurrieron las amenazas hacia la mujer. Esta argumentación descansa en el uso de directivas de primer nivel teleológicas y naturalistas. En cuanto a las directrices de segundo nivel contempladas en el artículo 19 del

Código civil, se utilizan las selectivas y preferenciales, por aplicación de argumentos de coherencia teleológica y de respeto de la naturaleza del fenómeno.

14. El segundo problema interpretativo surgió de la comprensión de la circunstancia agravante de responsabilidad de cometer el delito con ocasión de una calamidad o desgracia. Si bien de dicho texto surgen múltiples dificultades, se seleccionó en particular la precisión del significado de las expresiones “otra calamidad o desgracia” y la aplicación de razonamientos analógicos para ampliar sus posibles sentidos. Para desarrollar esta propuesta interpretativa se analizaron investigaciones sociológicas, psicológicas, históricas, jurídicas, y los estudios desarrollados por la denominada ciencia de los desastres.

La propuesta interpretativa concluyó que en la circunstancia agravante estudiada, solo quedan comprendidas las desgracias públicas y no las de naturaleza privadas. Para arribar a ese resultado se aplicaron las directivas de primer nivel teleológicas y de respeto por la naturaleza del fenómeno regulado, como resultado de la aplicación del artículo 19 inciso primero. Seguidamente, en las directrices de segundo nivel, se aplicó el argumento *ad absurdum*, la directriz de la congruencia teleológica, de la no redundancia y de respeto de la naturaleza del fenómeno regulado.

15. El tercer problema seleccionado recayó en el robo con violación, especialmente sobre la interpretación del texto que regula la conducta del hechor que con motivo de un robo cometiere violación. Dicho supuesto fue descartado, de forma unánime, por la doctrina penal nacional y, tradicionalmente se entendió que solamente podría cometerse una violación con ocasión del robo. En el desarrollo de esa propuesta interpretativa se analizaron investigaciones cualitativas recaídas sobre las motivaciones del delito de robo con violencia y de la violación, elaboradas por la sociología y psicología.

A partir de los conocimientos criminológicos revisados, se concluyó que dicha cláusula legal debe interpretarse reconociendo que la expresión “motivo” se refiere lo que impulsa el actuar del hechor. Seguidamente, de conformidad con las directivas primarias lingüísticas, es posible distinguir motivaciones diferentes en los delitos de robo con violencia y la violación. La amplitud de dichos motivos refleja que no es posible descartar que un robo motive la agresión sexual. Por lo tanto, se utilizaron las directivas primarias de significado técnico y de carácter teleológico. En consecuencia, el reconocimiento de los motivos en los delitos de robo y violación, puede desplazar la calificación jurídica usual de robo con violación, reconviniendo la solución a la concurrencia del delito de violación en concurso con el delito de hurto.

16. Para terminar, la hipótesis que guió esta tesis doctoral sostuvo que la labor interpretación de la ley penal debía incorporar los conocimientos aportados por la Criminología. Esta afirmación se verificó a partir de la revisión de numerosos estudios especializados que reconocen la necesidad de que la labor hermenéutica en la ciencia jurídico-penal respete el fenómeno regulado, con ello se propicia un estudio integral de las diversas dimensiones del problema. Entonces ambas disciplinas deben realizar sus investigaciones basadas en su propia epistemología.

De esta forma concluyo que la concreción de dicha postura metodológica no necesita proponer un modelo interpretativo nuevo e innovador, pues desde la obra de Von Liszt y el surgimiento de la Enciclopedia criminal existe una apertura al estudio más completo del fenómeno criminal. Para ello se puede acudir a los esquemas interpretativo vigentes en la actualidad, ya que ellos reconocen ciertas directrices o cánones de interpretación que consideran los elementos de la fenomenología criminal, especialmente a propósito de la directriz teleológica y aquella que mandata a respetar las características del fenómeno regulado.

En nuestro país, la labor hermenéutica se desarrolla mayoritariamente basándose en las reglas del Título preliminar el Código civil. A partir de dichas disposiciones es posible construir un modelo interpretativo que reconozca diversos niveles argumentativos, sin perder de vista que no constituye el único cuerpo legal del que se puede valer el intérprete en materia penal, ya que esos mandatos forman parte de un código interpretativo más amplio, que incluye a la Constitución Política de la República, otras leyes y los aportes de la dogmática penal.

## BIBLIOGRAFÍA

### LIBROS Y REVISTAS

Actas (1974): *Código penal de la República de Chile y Actas de la Comisión redactora del Código Penal chileno*, Manuel de Rivacoba y Rivacoba (ed.), Edeval, Valparaíso.

Aignerren, Miguel (2010): "Reflexiones a partir del terremoto de febrero de 2010 en Chile" en *La Sociología en sus escenarios*, número 21, pp. 1-12.

Aguiló, Regla, Josep (2012): *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Barcelona.

Agüero San Juan, Sebastián (2010): "Apuntes sobre las dificultades en la determinación del estatus científico de la Criminología" en *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Volumen 2, número 1, año 1, pp. 49- 63.

Alarcón, Corsi, Humberto (2010): "Prisión preventiva, terremoto y saqueos: Comentario a las sentencias de la Corte Suprema", *Ius en praxis*, número 2, año 16, pp. 393-414.

Alemaný Jordán, María Teresa (2019): "La violencia contra la mujer en contextos humanitarios y de refugio. Efectividad de los instrumentos internacionales y de las buenas prácticas de los organismos internacionales en américa latina y el caribe", tesis para optar al grado de Doctora en Derecho, del programa de doctorado en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional, de la Universidad de Valencia, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=255855> (Fecha última consulta: 31 de mayo).

Alonso Álamo, Mercedes (1981): *El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general*, en Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, Valladolid.

Alonso, Juan Pablo (2012): "Violación, aborto y las palabras de la ley" en *Pensar en Derecho*, número 0, pp. 301-329.

\_(2016): *Interpretación de las normas y derecho penal*, Didot, Buenos Aires.

Ambos, Kai (2014): *Treatise on International criminal law*, volumen II: The Crime and Sentencing, Oxford University Press, Oxford.

Aniyar de Castro, Lola (1986): "El jardín de al lado, o respondiendo a Novoa sobre la Criminología Crítica", en *Doctrina Penal*, Depalma, Buenos Aires, número 33, pp. 34- 45.

\_(2008) "La Criminología crítica en el siglo XXI como criminología de los derechos humanos: La sociedad del riesgo en la modernidad tardía: castigar a "el otro", facies criminológica del Derecho Penal del enemigo" en *Contribuciones críticas al sistema penal*

- de la post modernidad, in memoriam a Eduardo Novoa Monreal*, Myrna Villegas Díaz (ed.), Universidad Central de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, pp. 485-509.
- Antiseri, Dario, Reale, Giovanni (1988): *Historia del pensamiento filosófico y científico*, Tomo tercero, Editorial Herder, Barcelona.
- Araya Espinoza, Alejandra (1999): *Ociosos, vagabundos y malentretidos en el Chile colonial*, LOM, Santiago.
- Atienza Rodríguez, Manuel (2017) *Filosofía del Derecho y Transformación social*, Editorial Trotta, Madrid.
- \_(2016): *Curso de Argumentación Jurídica*, Trotta, Madrid.
- \_(2015): *Curso de Argumentación jurídica*, tercera edición, Trotta, Madrid.
- \_(2014): *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona.
- \_(2014): *Introducción al Derecho*, Fontamara, Ciudad de Mexico.
- \_(1987): “La analogía en la obra de Norberto Bobbio” en *Revista de Ciencias Sociales*, número 30, pp. 262-280.
- \_(1986): *Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Cuadernos Cívitas, Madrid.
- \_(1985): “Algunas tesis sobre la analogía en el Derecho” en *DOXA*, número 2, pp. 223-229.
- Antolisei, Francesco (1988): *Manual de Derecho penal*, Parte General, Temis, Bogotá.
- Antón Oneca, José (1986): *Derecho penal*, 2ª Edición, Akal, Madrid.
- Antón Oneca, José, Rodríguez Muñoz, José Arturo (1949): *Derecho penal*, Parte Especial, Tomo II, Gráfica administrativa, Madrid.
- Baeza, Manuel Antonio (2010): “Carnaval perverso: terremoto + tsunami y saqueos en el Chile del 2010” en *Sociedad Hoy*, número 19, pp. 53-69.
- Bajo Fernández, Miguel (1987): *Manual de Derecho penal, Parte Especial, Delitos patrimoniales y económicos*, Editorial Ceura, Madrid.
- Bakonyi, Jutta (2010): “Between protest, revenge and material interest: a phenomenological analysis of looting in the Somali war” en *Disasters*, número 34 (2), pp. 238-251.
- Baratta, Alessandro (2006), *Criminología y sistema penal*, B de F, Montevideo.

\_(1980) Criminología y Dogmática Penal. Pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal, en *Revista de Sociología*, volumen 13, Barcelona, pp. 13-48.

\_(1980b) *Introduzione alla Sociologia giuridico-penale. Criminologia critica e critica al diritto penale*, Dispense del ciclo di lezioni tenute alla facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bologna, Bologna.

Barkan, Steven (2001): *Crimonology: A sociological understanding*, Prentice-Hall, New Jersey, 2ª Edición.

Bascuñán Rodríguez, Antonio (2013): "El mito de Domat" en *Una vida en la Universidad de Chile: Celebrando al Profesor Antonio Bascuñán Valdés*, Legal Publishing- Thompson Reuters, Santiago, pp. 263-347.

\_(2004): "Delitos contra intereses instrumentales" en *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, número 1, pp. 291-345.

\_(2002) "El robo como coacción" en *Revista de Estudios de la Justicia*, número 1, pp. 55-125.

\_(1998): "Observaciones sobre la Ciencia del Derecho" en *Derecho y Humanidades*, número 6, pp. 15-25.

Beccaria, Cesare (2014): *De los delitos y de las penas*, Alianza, Madrid (traducción de Juan Antonio de las Casas).

Bellavista, Girolamo (1975): *L'interpretazione della legge penale*, Dott. A. Giuffrè editore, Milan.

Beltran de Felipe, Miguel (1989): *Originalismo e interpretación. Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional*, Civitas, Madrid.

Benyakar, Mordechai (2002): "Salud mental y desastres. Nuevos desafíos" en *Revista Neurología. Neurocirugía y Psiquiatría*, volumen 35, número 1, pp. 3-25.

Bergalli, Roberto (1986), "Una intervención equidistante, pero en favor de la sociología del control penal", en *Doctrina penal*, Depalma, Buenos Aires, número 36, p. 60- 72.

Beristain, Antonio (1985): *Ciencia penal y criminología*, Tecnos, Madrid.

Berner, Albert F (2020): *La teoría de la legítima defensa*, B de F, Buenos Aires, (traducción de José Luis Guzmán).

Bettiol, Giuseppe, Mantovani, Luciano (1986): *Diritto penale: Parte Generale*, CEDAM, Padova.

- Bobbio, Norberto (1965): *El problema del positivismo jurídico*, EUDEBA, Buenos Aires.
- Bosworth, Mary, Hoyle, Carolyn (2011): "What is Criminology? an Introduction" en *What is Criminology*, First Edition, Oxford University Press, Oxford.
- Bottoms, Anthony (2008): "The relationship between theory and empirical observation in criminology" en *Doing research on crime and justice*, Second Edition, Oxford University Press, Oxford.
- Brandiz García, José Ángel (2003): *El delito de robo con violencia o intimidación en las personas*, Comares, Granada.
- Bullemore, Vivian, Mackinnon, John (2005): *Curso de Derecho penal, Parte Especial*, tomo III, Lexis Nexis, Santiago.
- Bunge, Mario (2009): *La ciencia. Su método y su filosofía*, De Bolsillo, Buenos Aires, 6ª edición.
- Bustos Ramírez, Juan, Hormazábal Malaree, Hernán, (2006): *Lecciones de Derecho penal*, Trotta, Madrid.
- \_\_ (1983) Bustos Ramírez, Juan, Hormazábal Malaree, Hernán, Miralles, Teresa, *El pensamiento criminológico, vol. 1*, Temis, Bogotá, Colombia.
- Calsamiglia, Albert (1986): *Introducción a la ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona.
- Cárdenas Aravena, Claudia (2020): "La mujer y las consideraciones de género en el derecho penal internacional y en la justicia penal internacional" en *Criminología feminista*, Carmen Antony García y Myrna Villegas Díaz (coords.), LOM, Santiago, pp. 131-152.
- Carlizzi, Gaetano (2011): "Gustav Radbruch e le origini dell'ermeneutica giuridica contemporanea" en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, fascicolo 2.
- Carrasco Ferrari, María Angélica (1966): *Jurisprudencia sobre el delito de robo con homicidio (art. 433 N° 1 C.P)*, Editorial universitaria, Santiago.
- Carrió, Genaro (1986): *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- Case, Steve, Johnson, Phil, Manlow, David, Smith, Roger, Williams, Kate (2017): *Criminology*, Oxford University Press, Oxford.
- Castillo Morales, Juan Pablo, Navia Canales, Carlos (2020): "Emociones y motivos: Prueba de la efectividad de un enfoque interdisciplinario para los casos de violencia de género" en *Imputación y Culpabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 437-464.
- Cerezo Mir, José (2008): *Derecho penal, Parte General*, B de F, Buenos Aires.

\_(2006): *Curso de Derecho penal español*. Parte General, Tecnos, Madrid.

\_(2005): *Curso de Derecho penal español*, Parte General, II Teoría Jurídica del delito, Tecnos, Madrid.

Chiassoni, Pierluigi (2019): *El problema del significado jurídico*, Fontamara, México.

\_(2015): *Nota preliminar*. “El textualismo razonable: una tentación irresistible”, en *Una cuestión de interpretación: Los tribunales federales y el derecho*, Palestra, Lima, pp. 7-53, (traducción de Gonzalo Vila Rosas).

\_(2011): *Técnicas de interpretación jurídica. Brevario para juristas*, Marcial Pons, Madrid (traducción de Pau Luque Sánchez y Maribel Narváez Mora).

Chichizola, Mario (1964): “El delito de las muchedumbres” en *Revista mexicana de sociología*, volumen 26, número 3, pp. 801-831.

Chiesa, Luis Ernesto (2007): “Mujeres maltratadas y legítima defensa: La experiencia anglosajona” en *Revista Penal*, número 20, pp. 50-57.

Cid Moline, José, Moreso Mateos, José Juan (1991): “Derecho penal y filosofía analítica (A propósito de Diritto e ragione de L. Ferrajoli)” en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Tomo 44, mes 1, pp. 143-178.

Cid, José, Larrauri, Elena (2001): *Teorías criminológicas, Explicación y prevención de la delincuencia*, Bosch, Barcelona.

Cobo del Rosal, Manuel, Vives Antón, Tomás (1987): *Derecho penal*, Parte General, Tirant lo blanch, Valencia.

Cobo Martínez, Fernando (2014): *Conceptos básicos de Criminología*, Formación Alcalá, Jaén.

Cobo del Rosal, Manuel, Vives, Antón (1987): *Derecho penal*, Parte general, Tirant lo Blanch, Valencia.

Correa Florez, María Camila (2017): *Legítima defensa en situaciones sin confrontación: la muerte del tirano de casa*, Uniandes, Bogotá, Colombia.

Courtis, Christian (2016): “El juego de los juristas” en *Observar la ley*, Christian Courtis (ed.), Trotta, Madrid, pp. 105-156.

Comanducci. Paolo (2011): “La interpretación jurídica” en *El realismo jurídico Genovés*, Jordi Ferrer Beltrán, Giovanni Ratti (eds), Marcial Pons, Madrid, pp. 51-68.

Contador Valenzuela, Ana María (1998): *Los Pincheira. Un caso de bandidaje social, Chile 1817-1832*, Bravo y Allende Editores, Santiago.

Couso, Jaime (2011): *Código penal comentado: Parte General, Doctrina y Jurisprudencia*, Abeledo Perrot, Santiago, pp. 209-233.

Cury Urzúa, Enrique (2005): *Derecho penal*, Parte General, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago.

Daigle, Leah E. (2012): *Victimology*, SAGE, California.

Daitsman, Andy (1990): "El bandolerismo: mito y sociedad. Algunos apuntes teóricos" en *Proposiciones*, volumen 19, pp. 263-267.

Dantel, Elvira (1935): "El bandido en la literatura chilena" en *Boletín de la Academia Chilena de Historia*, número 6, segundo semestre, pp. 241-201.

De Lima Lopez, José (2016): "Regla y compás, o metodología para un trabajo jurídico sensato" en *Observar la ley*, Christian Courtis (ed.), Trotta, Madrid, segunda edición, pp. 41-68.

Di Corleto, Julieta (2006): "Mujeres que matan. La legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas" en *Revista de Derecho penal y procesal penal Lexis Nexis*, n° 5, año 2006, pp. 860-877.

Díez Ripollés, José Luis (2021): "La política criminal en las ciencias penales: un análisis crítico de la contribución de Roxin" en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, número 23, pp. 1-32.

\_ (2018): "El papel epistémico de la política criminal en las ciencias penales: la contribución de v. Liszt" en *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*, número 20, pp. 1-31.

\_ (2013): *La racionalidad de las leyes penales*, Trotta, Madrid (segunda edición).

Di Giovine, Ombretta (2016): "L'interpretazione delle fattispecie penali tra sintassi, semantica e pragmatica linguistica. Ovvero: la lettera de la legge rappresenta la vera garanzia?" en *Il problema dell'interpretazione nella giustizia penale*, Adelmo Manna (ed.), Pisa University Press, Pisa, pp. 127-145.

Doebner, William, Lab, Steven (2012): *Victimology*, Elsevier, Burlington, 6ª Edición.

Donini, Massimo (2010): "Democrazia e scienza penale nell'Italia di oggi: un rapporto possibile" en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, volumen 53, número 3, pp. 1067-1098.

Duros, Rachel, Ardern, Heidi, McMillan, Collen, Tome, Allison (2012): "¿Qué es el

síndrome de la mujer maltratada?” en *El síndrome de la mujer maltratada*, Desclée de Brouwer, Bilbao.

Dworkin, Ronald (1988): *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona (traducción de Claudia Ferrari).

Echeburúa, Enrique y De Corral, Paz (2002): “Violencia en la pareja” en *Tratado de psicología forense*, Javier Urra (ed.), Siglo XXI, Madrid.

Echeburúa Enrique, Amor, Pedro, De Corral, Paz (2005): “Violencia en la pareja: reflexiones psicológicas” en *Estudios de Victimología. Actas del I Congreso español de victimología*, Josep M<sup>a</sup> Tamarit Sumalla (ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 166-184.

Echeburúa, Enrique y Guerricaechevarría, Cristina (2006): *Manual de Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Eibl-Eibesfeldt Irenäus (2004): *Amor y odio*, Historia natural de las pautas de comportamiento elementales, Siglo XXI editores, México (traducción de Félix Blanco).

Eskridge, Chris (2013): “El estado actual de la Criminología” en *Revista Archivos de Criminología, Criminalística y Seguridad Privada*, año 6, volumen XI, pp. 415-432.

Etala, Carlos (2016): *Diccionario jurídico de interpretación y argumentación*, Buenos Aires, Marcial Pons.

Etcheberry, Alfredo (1998): *Derecho penal*, Tercera edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

\_\_\_\_\_(1997): *Derecho penal, Parte General*, Tomo segundo, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

Eusebi, Luciano (2006): *La pena “in castigo”*, Vita e Pensiero, Milano.

Fernández, José Ángel (2013): “Análisis crítico del discurso y criminología. Una aproximación interdisciplinar” en *Política Criminal*, volumen 8, número 16, pp. 472-499.

Ferrajoli, Luigi (2013), “Criminología, crímenes globales y derecho penal: el debate epistemológico en la criminología contemporánea”, en *Crítica penal y poder*, número 4, Barcelona, pp. 97-108.

Ferri, Enrico (1907): *Sociología criminal*, Centro editorial Góngora, Madrid (traducción de Antonio Soto y Hernández).

Fiandaca, Giovanni, Musco, Enzo (2007): *Diritto penale, Parte Generale*, Zanichelli editore, Bologna.

Fiandaca, Giovanni (2004): "Il giudice di fronte alle controversie tecnico-scientifiche. Il diritto e il processo penale" en *Pensare la complessità. Itinerari interdisciplinari*, Sigma, Palermo, pp. 7-23.

\_(2002), *Il diritto penale tra legge e giudice*, CEDAM, Verona.

Fletcher, George (1998): *Basic concept of Criminal Law*, Oxford University Press

Follari, Roberto (2016): "Interdisciplina y estatuto científico de lo jurídico" en *Metodología de la investigación jurídica, Propuestas contemporáneas*, Guillermo Lariguet (ed.), Brujas, Córdova, pp. 189-195.

Fornasari, Gabriele, Guzmán Dalbora, José Luis (2015): "La agravante de delinquir por discriminación. Un estudio comparativo del efecto penal de la intolerancia en Chile e Italia" en *Revista de Derecho penal y Criminología*, número 13, 3ª época, pp. 195-250.

Franco, James (2008): "La violación: un arma de guerra", en *Debate Feminista*, volumen 37, pp. 16-33.

Fuenzalida, Alejandro (1883): *Concordancias y comentarios del Código penal chileno*, Imprenta comercial, Lima.

Gadd, David (2017): "Domestic violence" en *The handbook of Criminology*, Alison Liebling, Shadd Maruna, Lesley McAra (eds.), Oxford University Press, Oxford.

García Pablos de Molina, Antonio (2008): *Criminología, una introducción a sus fundamentos teóricos*, Lexis Nexis, Santiago.

\_(2006): *Introducción al Derecho Penal*, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid.

\_(1998) García Pablos de Molina, *Manual de criminología*, Espasa Calpe, Madrid.

Garófalo, Raffaele (2005): *La Criminología*, B de F, Montevideo (traducción de Pedro Dorado Montero).

Garrido Genovés, Vicente y Redondo Illescas, Santiago (2013): *Principios de Criminología*, Tirant lo blanch, Valencia.

\_(1997), *Manual de criminología aplicada*, Cuyo, Mendoza.

Garrido Genovés, Vicente (1989): "Psicología de la violación" en *Estudios de Psicología*, número 38, pp. 91-110.

Garrido Montt, Mario (2000): *Derecho penal, parte especial*, Tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

Gibert, Jorge, Otero, Edison (2016): *Diccionario de epistemología*, RIL, Santiago, tercera edición.

Gil Ureta, Maribel (2017): "La reconstrucción del valor urbano de Valparaíso luego del terremoto de 1906" en *ARQ*, número 97, pp. 78-89.

Gimbernát Ordeig, Enrique (1999), *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, Tecnos, Madrid.

\_ (1964): "El comportamiento típico en el robo con homicidio" en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, tomo 17, facs/mes 3, pp. 423-450.

Gómez Lanz, Javier (2008): "La interpretación de la ley penal como actividad dogmática" en *Icade, Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, número 74, pp. 37-60.

Gómez Rivero, María del Carmen (2019): *Revueltas, multitudes y Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Góngora del Campo, Mario (1966): "Vagabundaje y sociedad fronteriza en Chile: siglos XVII a XIX" en *Cuadernos del Centro de Estudios Socioeconómicos*, número 2, pp. 1-42.

Grandón Fernández, Pamela, Acuña Medina, Simón, Briese Moreira, Camila, Chovar Muñoz, Pablo, Hernández Fernández, Ana, Orellana Espinoza, Florencia (2014): "Saques y autodefensa. Impacto social en Chile post terremoto" en *Ajayu. Órgano de difusión científica del Departamento de Psicología de la Universidad Católica Boliviana de "San Pablo"*, volumen 12, número 2, pp. 187-206.

Green, Stuart (2007): "Looting, Law, and Lawlessness" en *Tulane Law Review*, volumen 81, Hurricane Katrina Symposium Issue, pp. 1129-1174.

Guastini, Ricardo (2014): *Interpretar y argumentar*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid (traducción de Silvina Álvarez Medina).

\_ (2010a): *Nuevos estudios sobre la interpretación*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, (traducción de Diego Moreno Cruz).

\_ (2010b): *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Trotta, Madrid (traducción de Miguel Carbonell y Pedro Salazar).

\_ (2007): "Esercizi d'interpretazione dell'articolo 2 cost", en *Rivista Ragion Pratica*, num. 34, pp. 235-338.

\_ (1999): *Distinguiendo: Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Gedisa, Barcelona.

Guibourg, Ricardo, Ghigliani, Alejandro, Guarinoni, Ricardo (1995): *Introducción al conocimiento científico*, Eudeba, Buenos Aires.

Guzmán Brito, Alejandro (2011): *Las reglas del "Código civil" de Chile sobre interpretación de las leyes*, Abeledo Perrot, Santiago.

Guzmán Dalbora, José Luis (2020): "La circunstancia agravante de cometer un delito con ocasión de calamidad o desgracia" en *Circunstancias atenuantes y agravantes en el Código penal chileno*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, pp. 243-263.

\_(2015): *Elementi di Filosofia giuridico-penale*, Editoriale Scientifica, Napoli.

\_(2005): *Estudios y defensas penales*, LexisNexis, Santiago.

\_(1998): *El delito de amenazas*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago.

Haba, Enrique (1993): "Kirchmann sabía menos...¡pero vio mejor!" en *Doxa*, número 14, pp. 269-317.

\_(2006) *Metodología jurídica irreverente. Elementos de profilaxis para encarar los discursos jurídicos terrenales*, Dykinson, Madrid.

Hadler, Alois, Müller, Max (2001): *Breve diccionario de filosofía*, Herder, Barcelona.

Hassemer, Winfried (1984): *Fundamentos del Derecho penal*, Bosch, Barcelona, (traducción de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero).

\_(1999): *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*, Temis, Bogotá (traducción de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita).

Hassemer, Winfried y Muñoz Conde, Francisco (1989): *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Hart, Herbert (2012): *El concepto de Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, (traducción de Genaro Carrió).

Heffernan, Roxanne, Ward, Tony (2020): *Dynamic risk factors for sexual offending: Causal considerations*, Springer, Cham.

Hernández, Marín, Rafael (1999): *Interpretación, subsunción y aplicación del Derecho*, Marcial Pons, Madrid.

\_(2008) "Sobre ontología jurídica e interpretación en el Derecho", en *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, número 29, pp. 33-78.

Herrero Herrero, César (2007): *Criminología (Parte general y especial)*, Dykinson, Madrid.

Hope, Tim (2011): "Official Criminology and the new crime sciences" en *What is Criminology*, Oxford University Press, Oxford,

Hurtado Pozo, José (1992): "A propósito de la interpretación de la ley penal" en *Nuevo foro penal*, número 57, pp. 63-99.

Hruschka, Joachim (2009): *Imputación y Derecho penal*, segunda edición, Buenos Aires (al cuidado de Pablo Sánchez Ostiz).

Iglesias Río, Miguel Ángel (1999): *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa (consideración especial a las restricciones ético sociales)*, Comares, Granada.

Jakobs, Günter (2008): *El Derecho penal como disciplina científica*, Thomson, civitas, Pamplona, (traducción de Alex van Weezel).

\_(2007): *Derecho penal, Parte General*, Marcial Pons, Madrid (2º edición), (traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo).

\_(1997): *Derecho penal, Parte General*, Marcial Pons, Madrid (traducción de José Serrano González de Murillo).

Jescheck, Hans-Heinrich (2002): *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Editorial Comares, Granada, (traducción de José Luis Manzanares Samaniego).

\_(1993), *Tratado de Derecho penal: parte general*, 4ª Edición ampliada y corregida, Comares, Granada (traducción de Miguel Olmedo Cardenete).

Jimenez de Asúa, Luis (1976): *Tratado de Derecho penal*, Tomo V, La culpabilidad, 3ª Edición, Losada, Buenos Aires.

\_(1966): *El criminalista*, tomo VII, Víctor P. de Zabalía Editor, Buenos Aires.

\_(1964): *Tratado de Derecho penal*, Tomo I, Editorial Losada, Buenos Aires.

\_(1961): *Tratado de Derecho penal*, Tomo IV, El delito (segunda parte: las causas de justificación), Editorial Losada, Buenos Aires.

Jiménez Allendes, María Angélica, Medina González, Paula (2016): *Violencia contra la pareja en la justicia penal. Mayores penas, mayor violencia*, Editorial Universidad Central, Santiago (2ª Edición, revisada y actualizada), disponible en: <https://doctrina.vlex.cl/source/violencia-contra-pareja-justicia-penal-14763> (fecha de última consulta: 27 de mayo de 2021).

Johnson, Michel, Ferraro, Kathleen (2000): "Research on domestic violence in the 1990s: Making distinctions" en *Journal of marriage and the family*, volumen 62, número 4, pp. 948-963.

Jones, Stephen (2009): *Criminology*, Oxford University Press, Oxford.

Kaiser, Günter (1988), *Introducción a la criminología*, Dykinson, Madrid (traducción de José Arturo Rodríguez Núñez).

Kant, Immanuel (2012): *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, Alianza Editorial, Madrid, (traducción de Roberto Aramayo).

Karmen, Andrew (2001): *Crime Victims. An introduction to victimology*, Wadsworth-Thomson learning, Standford.

Kaufmann, Arthur (1999): *Filosofía del Derecho*, Universidad del externado de Colombia, Bogotá (traducción de Ana María Montoya y Luis Villar Borda).

Kelsen, Hans (1960): *Teoría pura del Derecho*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires (traductor Moisés Nilve).

Kindhäuser, Urs (2019): "Acerca del objeto y la tarea de la ciencia del Derecho penal" en *Derecho penal contemporáneo. Revista internacional*, número 66, pp. 15-45.

Kuhn, Thomas (2004): *La estructura de las revoluciones científicas*, Fondo de cultura económica, México, (traducción de Agustín Contin).

Künsemüller, Carlos (2002): "Comentario al artículo Artículo 12 y 13", *Texto y comentario del Código penal chileno*, Sergio Politoff Lifschitz y Luis Ortíz Quiroga (dirs.) Jean Pierre Matus Ramírez (coord.), Tomo I, Libro Primero-Parte General, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pp. 187-227.

Lacey, Nicola, Zedner, Lucia: "Criminalization: Historical, legal, and criminological perspectives" en *The Oxford handbook of Criminology*, Alison Liebling, Shadd Maruna y Lesley McAra (eds.), Oxford University Press, Oxford.

Larenz, Karl (2008): *La filosofía contemporánea del Derecho y del Estado*, Reus, Madrid (traducción de E. Galán Gutiérrez y A. Truyol Serra).

\_(1966) *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, (traducción de Marcelino Rodríguez Molinero).

Larrauri, Elena (2015): *Introducción al sistema penal*, Trotta, Madrid.

\_(2008): *Mujeres y sistema penal*, B de F, Buenos Aires.

Larrauri, Elena, Varona, Daniel (1995): *Violencia doméstica y legítima defensa*, EUB, Barcelona.

Leganés Gómez, Santiago, Ortolá Botella, María Ester (1999): *Criminología*, Parte Especial, Tirant lo Blanch, Valencia.

Lepin, Molina, Cristián (2016): “Evolución de los derechos civiles de la mujer en la legislación chilena” en *Revista boliviana de Derecho*, número 21, pp. 74-93.

Lifante Vidal, Isabel (2018): *Argumentación e interpretación jurídica. Escepticismo, intencionalismo y constructivismo*, Tirant lo Blanch, Valencia.

\_ (1997). *La interpretación en la Teoría del Derecho contemporánea* (tesis doctoral sin publicar), Universidad de Alicante, Alicante, España.

López Barja de Quiroga, Jacobo, Rodríguez Ramos, Luis, Ruiz de Gordejuela López, Lourdes (1988): *Códigos penales españoles. Recopilación y concordancias*, Akal, Madrid.

Lorenz, Konrad (2003): *Sobre la agresión: el pretendido mal*, Siglo XXI editores, México (traducción de Feliz Blanco).

Luhmann, Niklas (2005): *El derecho de la sociedad*, Herder, México DF (Traducción de Javier Torres Nafarrate).

Luzón Peña, Diego (2006): *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, B de F, Buenos Aires, 2ª Edición.

\_ (2004): *Curso de Derecho penal: Parte General I*, Editorial Universitas S.A., Madrid.

MacCormik, Neil (2018): *Razonamiento jurídico y Teoría del Derecho*, Palestra, Lima.

Mac Ginty, Roger (2004): “Looting in the context of violent conflict: a conceptualisation and typology” en *Third world Quarterly*, volumen 25, número 5, pp. 857-870.

Madera, Michele (2005): “I motivi a delinquere”, *Rivista penale*, número 3, pp. 257-263.

Marchezini, Víctor (2014): “La producción silenciada de los “desastres naturales” en catástrofes sociales” en *Revista mexicana de Sociología*, volumen 76, número 2, pp. 253-285.

Maurach, Reinhart (1962): *Tratado de Derecho penal*, Ediciones Ariel, Barcelona, (traducción de Juan Córdoba Roda).

\_ (1994): *Derecho penal: Parte General*, volumen 1, Astrea, Buenos Aires, (traducción de Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson).

Malinverni, Alessandro (1955): *Scopo e movente nel Diritto Penale*, Unione Tipografico-Edictrice Torinese, Torino.

Mannheim, Hermann (1975): *Tratato di Criminologia comparata*, 2ª Edición, Giulio Einaudi editore, editado por Franco Ferracuti, Torino.

Marmor, Andrei (2001): *Interpretación y teoría del derecho*, Gedisa, Barcelona (traducción de Marcelo Mendoza Hurtado).

Marín Montes, Fernando (2013): *Forajidos*, Bandidaje social en Chile, Ediciones Ideas, s/lugar.

Marotta, Gemma (2017): *Criminologia, storia, teorie, metodi*, Wolters Kluwer, Vicenza. Seconda edizione

Martínez- Catena, Ana, Redondo Illescas, Santiago (2016): “Etiología, prevención y tratamiento de la delincuencia sexual”, en *Anuario de Psicología Jurídica*, número 26, pp. 19-29.

Martínez Gonzáles, María Isabel (1988): *El delito de robo con homicidio*, Bosch, Barcelona.

Matus Acuña, Jean Pierre (2012): *La ley penal y su interpretación*, Editorial Metropolitana, Santiago.

Matus Acuña, Jean Pierre, Ramírez Guzmán, María Cecilia (2017): *Manual de Derecho penal chileno. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Maurach, Reinhart (1994), *Derecho penal: Parte General, Tomo I: Teoría general del Derecho penal y estructura del hecho punible*, Astrea, Buenos Aires (traducción de Jorge Boffil y Enrique Aimone).

Mayer, Max Ernst (2007): *Derecho penal*, Parte General, B de F, Buenos Aires, (traducción de Sergio Politoff Lfschitz).

Mera Figueroa, Jorge: “Artículo 12 N° 10” en *Código penal comentado*, Parte General, Doctrina, y jurisprudencia, Jaime Couso Salas y Héctor Hernández Basualto (eds.) Abeledo Perrot, Santiago, pp. 335-336.

Mezger, Edmund (1957): *Tratado de Derecho penal*, Tomo II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid (traducción de José Arturo Rodríguez Muñoz).

(1946) *Tratado de Derecho penal*, Tomo II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid (traducción de José Arturo Rodríguez Muñoz).

Millas Jiménez, Jorge (2012): *Filosofía del Derecho*, Universidad Diego Portales, Santiago.

- Mir Puig, Santiago (2005): *Derecho penal*, Parte General, Editorial Reppertor, Barcelona.
- \_(2003): *Introducción a las bases del Derecho penal*, Editorial B de F, Buenos Aires.
- Montesquieu, (2002): *El espíritu de las leyes*, Ediciones Istmo, Madrid, (traducción de Demetrio Castro Alfin).
- Moreso i Mateos, Josep Joan (2016): *Lógica, argumentación e interpretación en el derecho*, 4ª Edición, Editorial UOC, Barcelona.
- \_(2001): "Principio de legalidad y causas de justificación", en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 24, pp. 525-545.
- Moreso, Josep, Vilasojana, Josep (2004): *Introducción a la teoría del derecho*, Marcial Pons, Madrid
- Morillas, Cueva, Lorenzo (2004): *Derecho penal*, Parte general, Dykinson, Madrid.
- Muñoz Conde, Francisco (2003): *Introducción al Derecho penal*, Editorial B de F, Buenos Aires.
- \_(1976): *Derecho penal Parte Especial*, 2ª edición, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla.
- Muñoz Conde, Francisco, García Arán, Mercedes (2004): *Derecho penal*, Parte General, Tirant lo Blanch, Valencia.
- \_(1996): *Derecho penal. Parte General*, Tirant lo blanch, Valencia.
- Newburn, Tim (2017): *Criminology*, Tercera edición, Routledge, New York.
- Nino, Carlos (2014): *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, Barcelona.
- \_(1982): *La legítima defensa. Fundamentos y régimen jurídico*, Astrea, Buenos Aires.
- Norza Céspedes, Eryvn, Granados León Elba Lucia, Sarmiento Dussan, Vanessa, Fonseca Hernández, Dayana, Torres Guman, Giovanni (2014): "Criminalidad derivada de desastres naturales: propuesta para la generación de políticas públicas" en *Análisis Político*, número 80, pp. 53-78.
- Novoa Monreal, Eduardo (2010): *Curso de Derecho penal chileno*, Parte General, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- \_(2005): *Curso de Derecho Penal chileno, Parte General*, Tomo I y II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

\_(1985), “¿Desorientación epistemológica en la criminología crítica?” en *Doctrina Penal*, año 8, número 30, Buenos Aires, pp. 18-31.

\_(1986) “Lo que hay al lado no es un jardín: mi réplica a L. Aniyar” en *Doctrina Penal*, número 33/34, Buenos Aires, pp. 48-57.

Núñez, Ricardo (1955): *Delitos contra la propiedad*, Editorial bibliográfica Argentina, Buenos Aires.

Núñez Vaquero, Álvaro (2016): “Breve ejercicio de teoría (realista) de la interpretación: veintitrés problemas interpretativos sobre la regulación del Código Civil chileno sobre la interpretación” en *Ius et praxis*, año 22, número 1, pp. 129-164.

\_(2015): “Ciencia jurídica” en *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, volumen 1, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, pp. 601-631.

\_(2014): “Dogmática jurídica” en *Eunomia: Revista en Cultura de la legalidad*, número 6, pp. 245-260.

\_(2012): “Ciencia jurídica realista. Modelos y justificación” en *DOXA*, 35 pp. 717-747.

Olmo, Rosa del (2013), “La criminología en la Cuarta Época: del saber al poder”, en *Nova criminis: visiones criminológicas de la justicia penal*, número 6, Centro de Investigaciones Criminológicas de la Justicia Penal de la Universidad Central, Santiago, pp. 121-158.

\_(1987) “Criminología y Derecho Penal. Aspectos Gnoseológicos de una Relación Necesaria en América Latina”, en *Revista Doctrina Penal*, N° 37, pp. 23-43.

Oliver Calderón, Guillermo (2013): *Delitos contra la propiedad*, Legal Publishing, Santiago.

Oliver Calderón, Guillermo, Rodríguez Collao, Luis (2019): “Sobre la procedencia de apreciar un delito de robo con homicidio y otras consideraciones jurídicas en los hechos investigados por la Fiscalía Local de Coquimbo”, en *Informes en Derecho, Doctrina procesal penal 2016-2018*, n° 19, Centro de documentación Defensoría penal pública, Santiago, pp. 87-127.

Ossandon Widow, María Magdalena (2009): *La formulación de los tipos penales, Valoración crítica de los Instrumentos de Técnica Legislativa*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

Pavarini, Massimo (1992), *Control y dominación: Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, 3ª Edición, México.

Pavez, Zavala, Valentina (2013): “Discriminación y Derecho Penal: Un análisis desde la culpabilidad a la discriminación y el juicio de reproche” en *Revista de Filosofía y Ciencias Jurídicas*, número 3, año 2, pp. 55-72.

Peñaranda, Enrique (2014): *Estudios sobre el delito de asesinato*, B de F, Buenos Aires.

Peralta, José Milton (2012): *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Marcial Pons, Madrid.

Perin, Andrea (2016): “Conocimientos científicos, tecnologías convergentes y Derecho penal. Reflexiones metodológicas en materia de causalidad, imprudencia, imputabilidad y peligrosidad” en *Tecnologías convergentes: desafíos éticos y jurídicos*, Comares, Granada, pp. 146-176.

Perini, Sara (2012): “I motivi a delinquere” en *Scuola Positiva e sistema penale: quale eredità?*, Edizioni Università di Trieste, Trieste, pp. 61-74.

Pitlevnik, Leonardo, Zalazar, Pablo (2017): “Eximentes de responsabilidad penal en los casos de mujeres víctimas de violencia” en *Género y Justicia Penal*, Julieta Di Corleto (ed.), Didot, Buenos Aires, pp. 73-101.

Polaino Navarrete, Miguel (1984): *Derecho penal, Parte General*, Tomo I, Editorial Bosch, Barcelona.

Ponti, Gian Luigi (1980), *Compendio di Criminologia*, Librería Cortina, Milano.

Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre (2002): *Texto y comentario del Código penal chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre, Ramírez, María Cecilia (2016): *Lecciones de Derecho penal chileno*, Segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

Provitolo, Damienne, Dubos-Paillard, Edwige, Müller, Jean Pierre (2011): “Emergent human behaviour during a disaster: thematic versus complex systems approaches” en *Emergent Properties in Natural and Artificial Complex Systems*, número 15, pp. 47-57.

Quintano Ripollés, Antonio (1977): *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, Tomo II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.

Quintero Olivares, Gonzalo (2005), *Parte General del Derecho penal*, Thomson Aranzadi, Barcelona.

Radbruch, Gustav (2013): *Tres estudios de Filosofía del Derecho y una arenga para los jóvenes juristas*, B de F, Buenos Aires (traducción de José Luis Guzmán Dalbora).

(1959): *Filosofía del Derecho*, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, (traducción de José Medina Echavarría).

Ramón Ribas, Eduardo (2014): "Interpretación extensiva y analogía en el Derecho penal", en *Revista de Derecho penal y Criminología*, tercera época, número 12, pp. 111-164.

Raz, Josep (1996): "Por qué interpretar", *Revista Isonomía*, número 5 (traducción de Rolando Tamaño), pp. 25-40.

\_(1997): "La intención en la interpretación", en *DOXA Cuadernos de filosofía del Derecho*, número 20, pp. 199-233.

Redondo Illescas, Santiago, Pérez Ramírez, Meritxell; Martínez García, Marian (2007): "El riesgo de reincidencia en agresores sexuales: investigación básica y valoración mediante el SVR-20" en *Papeles del psicólogo*, volumen 28, número 3, pp. 187-195.

Redondo Illescas, Santiago, Andrés- Pueyo, Antonio (2007): "La psicología de la delincuencia" en *Papeles del psicólogo*, volumen 28, número 3, pp. 147-156.

Requejo Conde, Carmen (1999): *La legítima defensa*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Rivacoba y Rivacoba, Manuel (1995): *Las causas de justificación*, Hamurabi, Buenos Aires.

\_(1989) "Criminología y Sistema penal", en *Gaceta jurídica*, número 108, pp. 6-8.

\_(1989): "Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en la teoría general del delito" en *Estudios de Derecho penal y Criminología en Homenaje al profesor José María Rodríguez Devesa*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, pp. 183-210.

\_(1982): *Elementos de Criminología*, Edeval, Valparaíso.

\_(1968): *División y Fuentes del Derecho positivo*, Edeval, Valparaíso.

Rivera Olgún, Patricio (2016): "Fantasmas de rojo y azul. Los saqueos de las tropas chilenas en la guerra del pacífico", en *Anuario colombiano de la Historia Social y de la Cultura*, volumen 43 número 1, pp. 263-293.

Rocco, Arturo (1978): *El problema y el método de la ciencia del Derecho penal*, Temis, Bogotá (traducción de Rodrigo Naranjo Vallejo).

Rodríguez Collao, Luis (2007): "Robo con violación" en *Revista de Derecho (Valdivia)*, volumen XXI N° 1, pp. 75-99.

Rodríguez Devesa, José, Serrano Gómez, Alfonso (1995): *Derecho penal español*, Parte General, Dykinson, Madrid.

\_(1994), *Derecho penal español*, Parte General, Dykinson, Madrid.

\_(1993): *Derecho penal español*, Parte Especial, Dykinson, Madrid.

Rodríguez Mourullo, Gonzalo (1977): *Derecho penal*, Parte General, Editorial Civitas, Madrid.

\_(1972): "Comentario al artículo 10 N° 11", en *Comentarios al Código penal*, Tomo I (artículos 1-22), Ediciones Ariel, Barcelona.

Rodríguez- Toubes Muñiz, Joaquín (2014): "Aspectos de la interpretación jurídica (un mapa conceptual", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, número XXX, pp. 309-339.

Rodríguez, Marcela, Chejter, Silvia (2014): *Homicidios conyugales y de otras parejas. La decisión judicial y el sexismo*, Editorial El Puerto, Buenos Aires.

Ross, Alf (2011): *Sobre el Derecho y la Justicia*, Eudeba, Buenos Aires (traducción de Genaro Carrió).

Roxin, Claus (2008): *Derecho penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, Civitas, Madrid, (traducción de Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal).

\_(2007): "Política criminal y dogmática penal hoy en día" en *La teoría del delito en la discusión actual*, Grijley, Lima, pp. 39-68 (traducción de Manuel Abanto Vasquez).

\_(2001): *Derecho penal: parte general, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 2ª Edición, Civitas, Madrid, (traducción de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal).

\_(2000): *Política criminal y sistema del Derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires (traducción de Francisco Muñoz Conde).

\_(1997): *Derecho penal: Parte General*, Tomo I, Editorial Civitas, Madrid (traducción de Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal).

Ruiz- Funes, Mariano (1960): *Criminología de la guerra*, Editorial bibliográfica argentina, Buenos Aires.

Samaha, Joel (2010): *Criminal Law*, Wadsworth, Belmont.

Sánchez, Tomás, José Miguel (2005): "Interpretación penal en una dogmática abierta" en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*, volumen LVIII, pp. 29-56.

Sainz Cantero, José A. (1986), *Lecciones de Derecho penal*, Parte General, Tomo I, Introducción, Bosch, Barcelona.

(1985): *Lecciones de Derecho penal*, Parte General, Tomo II, Ley penal. El delito, Editorial Bosch, Barcelona.

(1970) Sainz Cantero, José A, *La Ciencia del Derecho penal y su evolución*, Bosch, Barcelona.

Salazar Vergara, Gabriel (1985): *Labradores, peones y proletarios. Formación y crisis de la sociedad popular chilena del siglo XIX*, Ediciones Sur, Santiago.

Salinas, Maximiliano (1986): “El bandolero chileno del siglo XIX, su imagen en la sabiduría popular” en *Araucaria de Chile*, volumen 12, número 36, pp. 57-75.

Sample, Lisa, Rader, Emily (2017): “Rape and domestic sexual assault” en *The Oxford Handbook of Sex offences and sex offenders*, Teela Sanders (ed.), Oxford University Press, Oxford.

Sandoval, Fernández, Jaime (2012): “El Derecho Penal como ciencia unitaria: una respuesta al conflicto entre el saber dogmático aislado formal y el saber disciplinar e interdisciplinar”, en *Revista de Derecho*, edición especial, Barranquilla, 2012, pp. 267-306.

Sanzana, Calvet, Martín (2010): “Desastre natural y acción colectiva de los sectores populares en Chile: los saqueos en Concepción tras el 27/F” en *OSAL*, año XI, número 28, pp. 145-157.

Sarlo, Oscar (2003): “Investigación jurídica. Fundamento y requisitos para su desarrollo desde lo institucional” en *Isonomía*, número 19, pp. 183-196.

Sastre Ariza, Santiago (2016): “Para ver con mejor luz. Una aproximación al trabajo de la dogmática jurídica” en *Observar la ley*, Christian Curtis (ed.), Trotta, Madrid, pp. 157-174.

Sauer, Guillermo (1956): *Derecho penal, Parte General*, Editorial Bosch, Barcelona, (traducción de Juan del Rosal y José Cerezo).

Schurmann, Miguel (2019): “¿Es científico el discurso elaborado por la dogmática jurídica? Una defensa de la pretensión de racionalidad del discurso dogmático elaborado por la ciencia del derecho penal”, en *Política Criminal*, volumen 14, número 27, pp. 549-598.

Seelig, Ernesto (1958): *Tratado de Criminología*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958 (traducción de José María Rodríguez Devesa).

Sepúlveda Jamett, Andrea Valentina (2009): “Plan de reconstrucción de Valparaíso 1906-1910: sus ideas urbanas hacia el centenario de la república” tesis para optar al grado de licenciada en Historia, mención Estudios de la Universidad Academia de Humanismo cristiano, disponible en:  
<http://bibliotecadigital.academia.cl/bitstream/handle/123456789/71/tlhis03.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (fecha última consulta: 5 de marzo).

Serrano Maíllo, Alfonso (2009): *Introducción a la Criminología*, UNED, Madrid.

— (1983): “La criminología crítica”, en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, en Tomo 36, número 1, pp. 46-66.

Scalia, Antonin (2015): “Los tribunales del Common Law en un sistema de Derecho continental: El rol de los tribunales federales de los Estados Unidos en la interpretación de la Constitución y las leyes” en *Una cuestión de interpretación: los tribunales federales y el Derecho*, Palestra, Lima, pp. 64-115 (traducción de Gonzalo Vila Rosas).

Silva Sánchez, Jesús María (2010): *Aproximación al Derecho penal Contemporáneo*, Editorial B de F, Buenos Aires.

— (2006): “La interpretación teleológica” en *Estudios de filosofía del Derecho penal*, Universidad de Externado, Bogotá, pp. 366-395.

Silva Olivares, Guillermo (2016): “Normas, razones y motivos. El rol de los motivos en el derecho penal” en *Acciones, razones y agentes. Ensayos sobre teoría de la acción e imputabilidad jurídica y moral*, Lom, Santiago, pp. 327-256.

Squella, Agustín, Villavicencio, Luis, Zúñiga, Alejandra (2015): *Curso de Filosofía del Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

Squella Narducci, Agustín (2018): *Fraternidad*, Editorial de la Universidad de Valparaíso, Valparaíso.

Stallings, Robert (1988): Conflict in natural disasters: A codification of consensus and conflict theories, en *Social science quarterly*, tomo 69, número 3, pp. 569-586.

Stuart, Henry (2011): *Diccionario de Criminología*, Eugene McLaughlin y Jone Muncie (eds.), Gedisa, Barcelona.

Stratenwerth, Günter (2000): *Derecho penal, Parte General I, el hecho punible*, editorial Thomson, Navarra, (traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo Sancinetti).

Sutherland, Edwin (1939): *Principles of Criminology*, The United States Armed Forces Institute, Madison.

Tarello, Giovanni (2018): *La interpretación de la ley*, Palestra, Lima, (traducción de Diego Dei Vecchi).

Tapia Ballesteros, Patricia (2016): “Legítima defensa, requisitos y aplicabilidad en supuestos de violencia de género” en *Doctrina y jurisprudencia penal*, número 16, pp. 37-60.

Terry, Karen (2017): “What is sex crime” en *The Oxford Handbook of Sex Offences and Sex Offenders*, Teela Sanders (ed.), Oxford University Press, New York.

Torio López, Ángel (1970): "Motivo y ocasión en el robo con homicidio" en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 23, fascículo/mes 3, pp. 605-624.

Tozzini, Carlos (1995): *Los delitos de hurto y robo*, Depalma, Buenos Aires.

Uribe Álvarez, Roberth (2016): "¿Epistemología sin filosofía? Un análisis crítico del discurso de "la" "metodología" de la investigación (socio)jurídica" en *Metodología de la investigación jurídica, Propuestas contemporáneas*, Guillermo Lariguet (ed.), Brujas, Córdoba, pp. 47-58.

Urrutia de Hazbun, Rosa, Lanza Lazcano, Carlos (1993): *Catástrofes en Chile 1541-1992*, Editorial La Noria, Santiago.

Van Weezel, Alex (2015): "Caso "Agresor dormido. El problema del "tirano doméstico" SCA San Miguel, 27/03/2013, Rol N° 133-2013" en *Casos destacados Derecho penal, Parte General*, Tatiana Vargas (ed.), Thomson Reuters, Santiago, pp. 337-356.

Valdés, Adriana (2018): *Redefinir lo humano: las humanidades en el siglo XXI*, Editorial Universidad de Valparaíso, Valparaíso.

Valencia, Olga, Labrador Miguel, Peña, Martha (2010): "Características demográficas y psicosociales de los agresores sexuales" en *Diversitas: Perspectivas en psicología*, vol 6, num 2, julio diciembre, pp. 297-308.

Valenzuela Márquez, Jaime (1991): *Bandidaje rural en Chile central. Curicó, 1850-1900*, Editorial Universitaria, Santiago.

Varona, Daniel (1999): *La eximente de miedo insuperable (art. 20.6. Código penal)*, tesis doctoral no publicada, disponible en: <https://www.tesisenred.net/handle/10803/7689#page=8>, fecha última consulta: 27 de mayo de 2021.

Veneziani, Paolo (2000): *Motivi e colpevolezza*, G. Giappichelli editore, Torino.

Villegas Díaz, Myrna (2010), "El homicidio de la pareja en violencia intrafamiliar. Mujeres homicidas y exención de responsabilidad penal" en *Revista de Derecho*, volumen XXIII, número 2, Valdivia, pp. 149-174.

Viola, Francesco, Zaccaria, Giuseppe (2007): *Derecho e interpretación. Elementos de teoría hermenéutica del Derecho*, Dykinson, Madrid, (traducción de Gregorio Robles Morchón).

Vivanco Sepúlveda, Jaime (1957): *El delito de robo con homicidio. Ensayo de una interpretación a la luz de la doctrina del tipo*, Editorial Universitaria, Santiago.

Vives, Antón, Tomás, Cobo del Rosal, Manuel (1988): *Derecho penal, Parte Especial*, Tirant lo blanch, Valencia.

Von Liszt, Franz (1916), *Tratado de Derecho penal*, volumen 2, Hijos de Reus, Madrid.

\_(1994): *La idea de fin en el Derecho penal*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, (traducción de Enrique Aimone Gibson).

Von Hentig, Hans (1948): *Criminología. Causas y condiciones del delito*, Editorial Atalaya, Buenos Aires, (traducción de Diego Abad de Santillán).

\_(1960): *Estudios de psicología criminal*, Tomo I, Espasa Calpe S.A., Madrid (traducción de José María Rodríguez Devesa).

Von Liszt, Franz (1916), *Tratado de Derecho penal*, volumen 2, Hijos de Reus, Madrid, España (traducción de Luis Jiménez de Asúa y adiciones de Quintiliano Saldaña).

Von Kirchmann, Julius (2015): *La jurisprudencia no es ciencia. El carácter a-científico de la ciencia del Derecho*, Instituto Pacífico, (traducción de Werner Goldschmidt).

Vormbaum, Thomas (2018): *Historia moderna del Derecho penal alemán*, Tirant lo Blanch, Valencia, (traducción de Carlos Elbert).

Trabucco Zerán, Alia (2019): *Las homicidas*, Lumen, Santiago.

Ward, Tony, Beech, Anthony (2017): "The explanation of sexual offending" en *The Oxford Handbook of Sex offences and sex offenders*, Teela Sanders (ed.), Oxford University Press, Oxford.

Ward, Tony, Polaschek, Beech, Antony (2006): *Theories of sexual offending*, John Wiley & Sons Ltd., Chichester.

Walker, Leonore (2012): *El síndrome de la mujer maltratada*, Desclée de Brouwer, Bilbao.

Wessels, Johannes (1980): *Derecho penal*, Parte General, Editorial Depalma, Buenos Aires (traducción de Conrado Finzi).

Welzel, Hans (2003): *Estudios de Derecho penal*, B de F, Buenos Aires, (traducción de Gustavo Aboso y Tea Löw).

Wilenmann, Javier (2017): *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*, Marcial Pons, Buenos Aires.

\_(2015): "Injusto y agresión en la legítima defensa. Una teoría jurídica de la legítima defensa" en *Política Criminal*, volumen 10, número 20, pp. 622-677.

Wróblewski, Jerzi (1985): *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Cuadernos Civitas, Madrid (traducción de Arantxa Azurza).

Zaccaria, Giuseppe (2012): “Per un manifesto di filosofia ermeneutica del diritto” en *Rivista di filosofia del diritto*, il Mulino, Bologna, pp. 135-152.

Zaffaroni, Eugenio Raul (2012) *La palabra de los muertos*, Ediar, Buenos Aires.

\_(2012b) *Manual de Derecho penal*, Parte general, Ediar, Buenos Aires.

\_(2008): “Observaciones sobre la delincuencia por odio en el Derecho Penal argentino” en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo II, Carlos García Valdés, Antonio Cuerda Riezu, Margarita Martínez Escamilla, Rafael Alcácer Guirao, Margarita Valle Mariscal de Gante (coords), Edisofer, Madrid, pp. 1735-1748.

\_(2003): *Derecho penal*, Parte General, Ediar, Buenos Aires.

Zilio, Jacson (2012): *Legítima defensa*, Ediciones Didot, Buenos Aires.

#### SENTENCIAS:

Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia (2004): Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, disponible en <https://www.icj-cij.org/files/advisory-opinions/advisory-opinions-2004-es.pdf>, fecha última consulta: 25 de febrero de 2020

Sentencia de Supreme Court of North Carolina (1989): *State of North Carolina v. Judy Ann Laws Norman*, 324 N.C. 253, s.p., Lexis Nexis.

#### DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS:

Amnistía Internacional (2011): *Haití: aumenta la violencia sexual contra las mujeres*, disponible en: <https://www.amnesty.org/es/press-releases/2011/01/haiti-aumenta-violencia-sexual-contra-mujeres/>, (fecha de última consulta: 19 de abril de 2021).

Fondo de Población de las Naciones Unidas UNFPA (2012) : *Desastres naturales: Escenarios de violencia de género*, disponible en: <https://lac.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/UNFPAversiones.pdf> (fecha de última consulta: 31 de mayo).

Human Rights Watch (2010): *Sexual violence in Haiti's camps*. Disponible en: <https://www.hrw.org/news/2010/12/27/sexual-violence-haitis-camps> (fecha última consulta: 19 de abril de 2021).

Institute for Justice and Democracy in Haiti (2011): *Addressing sexual violence against women and girls in Haiti's displacement camps*, disponible en: <https://reliefweb.int/report/haiti/addressing-sexual-violence-against-women-and-girls-haitis-displacement-camps> (fecha de última consulta: 19 de abril).

Kaelin, Walter, Representante de la Secretaría General de Derechos humanos de personas desplazadas de la ONU (2010): *Human Rights of Internally Displaced Persons in Haiti: Memorandum base don a Working Visit to Port-au-Prince (12-16 October 2010)*, disponible en: <http://ijdh.org/wordpress/wp-content/uploads/2010/11/Kalin-Statement-2010-Haiti-English.pdf>, (fecha de última: consulta 19 de abril de 2021).

Organización de las Naciones Unidas ONU (2001): *Estrategia Internacional para la Reducción de Desastres de las Naciones Unidas (EIRD)*, fecha de última consulta: 24 de marzo de 2021.

Universidad de Valparaíso  
Chile



00418028