

**¿SATISFACE LAS EXIGENCIAS DE TAXATIVIDAD Y DE OFENSIVIDAD EL
DELITO DE ESCÁNDALO PÚBLICO DEL ARTÍCULO 373 DEL CÓDIGO
PENAL CHILENO?**

Tesina de la Carrera de Derecho

MIGUEL ANDRÉS SILVA PEÑA

Profesor guía

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA

Valparaíso, Noviembre de 2015

Tabla de Contenidos

Resumen.....	4
Introducción.....	5
Capítulo I: La exigencia de taxatividad conforme al Derecho penal liberal.....	7
1. El principio de legalidad penal.....	7
1.1. Situación anterior al aporte de iluminados y revolucionarios.....	7
1.2. Conquista dieciochesca.....	8
1.3. Su evolución posterior.....	10
2. Trasfondo político del principio <i>nullum crimen nulla poena sine lege</i>	12
3. Su significación científica. Taxatividad.....	14
4. Legalidad y taxatividad en el Derecho chileno.....	17
Capítulo II: Ofensa de un bien jurídico como presupuesto necesario del delito.....	21
1. El Iluminismo y el derecho subjetivo como objeto de tutela.....	21
2. Concepto de bien jurídico como concepto cultural y su función teleológica.....	23
3. Desestimación irracional del bien jurídico.....	30
4. El principio de ofensividad en el Derecho chileno.....	33

Capítulo III: Delito de escándalo público	39
1. Bien jurídico ofendido. Moralidad pública, buenas costumbres y pudor. Carencia de ofensividad.....	39
2. Análisis del tipo.....	46
2.1. Tipo abierto o de caucho. Actos comprendidos en él.....	46
2.2. Grave escándalo. Trascendencia.....	51
2.3. Publicidad de los hechos.....	54
3. Violación del principio de taxatividad.....	56
4. Breve referencia a la situación de este delito en las legislaciones española y argentina.....	57
5. Proposición <i>de lege ferenda</i>	58
Conclusiones.....	60
Bibliografía.....	62

Resumen

El delito de escándalo público contenido en el artículo 373 del Código penal chileno será analizado, en el presente trabajo, bajo la perspectiva de una dupla de principios que atraviesan al Derecho penal liberal: los principios de taxatividad y ofensividad.

El primero, como manifestación de orden científico del principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, exige que la descripción del supuesto de hecho y, la configuración y límite de la pena con que se conmina al primero, gocen de claridad, completitud y precisión. El segundo apotegma, autoriza la puesta en marcha del *ius puniendi* bajo la condición de que sólo se sancionen los ataques más graves a los bienes jurídicos que sean indispensables para una vida digna del individuo, en comunidad.

El resultado de ello nos permitirá realizar proposiciones *de lege ferenda* que sean concordantes con un Derecho penal liberal y, de esa manera, levantar un dique ante intentos moralizantes en el plano de lo sexual.

Palabras claves: escándalo público, principio de legalidad, ofensividad, taxatividad.

Introducción

La crisis que azota al Derecho penal liberal, fiel garante de los derechos y libertades del individuo, se nutre de la creencia errada consistente en pretender solucionar todo tipo de problemas, reales o fictos, que se generan dentro de la sociedad, invocando a esta dolorosa disciplina. Se consigue revertir la nota característica del Derecho penal como *ultima ratio*¹ para posicionarlo como primera línea de fuego, disparando su metralla ya no contra ataques a bienes jurídicos indispensables, sino hiriendo de muerte incluso al foro interno de la conciencia, el que debe ser terreno proscrito para el Derecho punitivo.

Es este oscuro panorama el que cobija, entre otros, a delitos con los que se busca imponer una concepción moralizante, incluso en el plano de lo sexual, a los individuos en una sociedad. Concepciones moralizantes que han sido superadas por el avance cultural, dejadas atrás por ser intolerantes², contrarias a la libertad sexual³ y, entre otros factores, por ver al individuo como un mero medio para obtener fines específicos.

Las modernas corrientes penales han hecho mella en los principios rectores del Derecho penal de corte liberal, ya sea por la expansión de esta rama del Derecho, por el aumento de los delitos de peligro en los Códigos y leyes especiales (¡sin escatimar en tinta a la hora de que se establezcan los de peligro abstracto!), por las muestras palmarias de Derecho

¹ Un análisis del Derecho penal como *ultima ratio* puede verse en CARNEVALI RODRÍGUEZ, “Derecho penal como *ultima ratio*. Hacia una política criminal racional”, en *Revista Ius et Praxis*, vol. 14, N° 1, pp. 13-48, Talca, 2008. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122008000100002&script=sci_arttext.

² DE BENITO señala, al parecer con espanto, que “el ambiente se hace cada vez más irrespirable. La lujuria se masca, más que se percibe, sin más que salir a la calle. Naturalmente, todos son estímulos que conducen a amortiguar las facultades afectivas del ser y a robustecer en él sus facultades instintivas”. DE BENITO, voz: “Delitos contra la honestidad”, en *Enciclopedia jurídica española*, 3 vols., Francisco Seix, Barcelona, t. X, 1910, p. 622. El mismo tono mantiene JIMÉNEZ ASENJO para referirse a la homosexualidad como “homosexualismo o inversión del sentido genital”, señalando que “la sociedad moderna, a pesar de la corrupción de las costumbres de las grandes ciudades, no ha llegado al grado de inmoralidad de las sociedades griega y romana, y contiene el vicio en zonas muy perseguidas”. Inclusive realiza una distinción de dos variedades de inversión: la inversión vicio o perversión y la inversión morbosa o inversión reversión. JIMÉNEZ ASENJO, voz: “Escándalo público”, en *Nueva enciclopedia jurídica*, 20 vols., Francisco Seix, Barcelona, t. VIII, 1980, p. 699.

³ Así sucedía con las manifestaciones morfológicas del delito de escándalo público, tales como la llamada aberración lésbica o tribadismo. DE BENITO, op. et vol. cit., p. 623.

penal del enemigo, y así se podría seguir escribiendo sobre esto, cuestión que no es el caso realizar acá⁴.

Respecto del delito que es objeto de análisis en este trabajo, dos principios resultan lesionados, cuales son los de taxatividad y ofensividad. Esto puede corroborarse con el estudio de los vaporosos elementos empírico-culturales del delito de escándalo público contenido en el artículo 373 de nuestro Código, además del inexistente bien jurídico que busca tutelar.

Es por ello que el trabajo que el lector tiene ante sí busca entregar argumentaciones que permitan arribar al corolario de que nuestro legislador debe derogar la figura contenida en el artículo 373 del Código punitivo.

A dicho puerto se pretende llegar tras el análisis del principio que debe servir de brújula para todo Derecho penal que se pretenda respetuoso de la libertad de los individuos, esto es, de la legalidad de delitos y penas. Para ello, en el primer capítulo se realizará una sucinta revisión histórica que permitirá conocer su trasfondo político y su significado científico. De tal guisa, la taxatividad nos entregará herramientas que permitirán examinar los elementos típicos del delito.

En el segundo capítulo, afirmaremos que es necesario que se ofenda un bien jurídico para que estemos en presencia de un delito. Para tal cometido, será necesario pasar revista al aporte del Iluminismo en este sentido, a la consagración del bien jurídico como concepto cultural y, al enconado combate que los bienes jurídicos han debido afrontar. Este capítulo rematará con un análisis del principio de ofensividad en el Derecho chileno.

El capítulo postrero estará destinado al análisis del delito de escándalo público bajo la lupa de los principios de ofensividad y taxatividad. Se dará noticia de la situación de esta conminación penal en las legislaciones española y argentina, para finalizar con una proposición *de lege ferenda*.

⁴ MIR PUIG atribuye el fenómeno de la expansión del Derecho penal al neoliberalismo conservador. Señala que el Estado mínimo en la intervención económica, pero con una intensa intervención en la llamada lucha contra el delito, ha logrado reducir la triada de principios revolucionarios franceses a sólo uno y medio: “el de la libertad y el de sólo una parte de la igualdad, entendida sólo como igualdad formal y teórica ante la ley; y se olvida de la fraternidad”. MIR PUIG, *Bases constitucionales del Derecho penal*, en Colección “Biblioteca básica de Derecho penal y ciencias penales”, N° 1, Iustel, Madrid, 2011, cfr. pp. 20-23.

CAPÍTULO I

LA EXIGENCIA DE TAXATIVIDAD CONFORME AL DERECHO PENAL LIBERAL

1. El principio de legalidad penal.

No puede ser iniciado este capítulo sin señalar la importancia superlativa de este principio, el que en opinión de Argibay es “la más acabada de las conquistas logradas por la cultura humana en el mundo moderno”⁵, puesto que representa una restricción al poder estatal en miras de la protección de la libertad de los individuos en un Estado de Derecho⁶.

1.1 Situación anterior al aporte de iluminados y revolucionarios.

Como señala Rodríguez Mourullo, tanto el origen como la evolución histórica en el plano legislativo y doctrinal del principio que nos convoca, han sido objeto de lata discusión⁷.

El principio de legalidad de delitos y penas “si bien ha tomado contacto con las fuentes romanas”⁸, citándose el texto procedente de Ulpiano recogido en el Digesto⁹⁻¹⁰, no tiene su origen en Roma¹¹.

⁵ ARGIBAY MOLINA, *Derecho penal*. Parte general, 2 vols., Ediar, Buenos Aires, t. I, 1972, p. 101.

⁶ GANDULFO RAMÍREZ, “¿Qué queda del principio de *nullum crimen nulla poena sine lege*? Un enfoque desde la argumentación jurídica”, en *Revista Política criminal*, vol. 4, N° 8, diciembre de 2009, cfr. p. 4 (295). Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/Vol_04/n_08/Vol4N8A2.pdf.

⁷ RODRÍGUEZ MOURULLO, voz: “Legalidad (Principio de) (Derecho penal)”, en *Nueva enciclopedia jurídica*, 20 vols., Francisco Seix, Barcelona, t. XIV, 1993, cfr. p. 882.

⁸ SOLER, *Derecho penal argentino*, 5 vols., 3ª reimpresión, Tipográfica editora argentina, Buenos Aires, t. I, 1956, p. 118.

⁹ Dicho pasaje se encuentra en Digesto, 50, 16, 131, s: “*Poena non irrogatur, nisi quae quoque lege vel quo alio iure specialiter huic delicto imposita est*”. RODRÍGUEZ MOURULLO, op. cit., pp. 882-883.

¹⁰ COUSIÑO MAC IVER señala que es infructuoso buscar el origen en Ulpiano, porque “el Derecho penal sólo adquirió un carácter garantizador mucho tiempo más tarde”. COUSIÑO MAC IVER, *Derecho penal chileno*. Parte general, 2 vols., Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, t. I, 1979, p. 81.

¹¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, 7 vols., Losada, Buenos Aires, t. II, 1950, cfr. p.332. Así también lo cree ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, 2ª edición actualizada y corregida por HERNÁNDEZ GUIJARRO,

Extendida es la opinión que fija el origen del principio en la *Magna Charta Libertatum* otorgada por el rey Juan Sin Tierra en el año 1215 a los nobles de la isla de Inglaterra¹². Su artículo 39 establecía que *nullus liber homo* podía ser penado *nisi per legale iudicium parium sourum vel per legen terrae*. Pero se ha criticado que los *pares* están muy lejos de ser cualquier individuo del pueblo, sino que eran los preladados, condes, barones y demás señores feudales¹³. Junto con ello, no existe claridad respecto del significado del monosílabo *vel*, que puede significar tanto “y” como “o”¹⁴. Una tercera apreciación radica en el alcance de la expresión *lex terrae*, puesto que no existe claridad si se refiere a la ley penal o a la procesal penal¹⁵.

Para Jiménez de Asúa, maguer la Carta Magna leonesa, otorgada por Don Alfonso, Rey de León y de Galicia, en las Cortes de León del año 1188, no contenga la declaración patente que dio origen al juicio legal por los pares y que sí contenía la inglesa, puede deducirse de su texto. Este autor señala que la Carta de 1188 supera en sentido democrático a su símil del siglo posterior, debido a que otorga un catálogo más claro de derechos¹⁶.

La Carta inglesa influyó notablemente en Farinaccio¹⁷. Mismo efecto tuvo en las declaraciones independentistas en los Estados Unidos de Norteamérica, lo que se puede apreciar en las declaraciones de Filadelfia (1774), Virginia (1776) y Maryland (1776)¹⁸. De igual manera influyó en la legislación de Pedro Leopoldo de Toscana de 1786 y en la *Josephina* de 1787¹⁹.

1.2. *Conquista dieciochesca.*

La formulación moderna del principio de legalidad de delitos y de penas se debe a Cesare Bonesana, marqués de Beccaria. Su célebre obra *Dei delitti e delle pene*, que aparece por

Abeal, Madrid, 1986, cfr. p. 109. WELZEL, *Derecho penal alemán*. Parte general, 11ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1976, cfr. pp. 36-37.

¹² ANTÓN ONECA, op. cit., cfr. p. 109. ARGIBAY MOLINA, op. cit., cfr. p. 100.

¹³ JIMÉNEZ DE ASÚA, op. et vol. cits., cfr. p. 333.

¹⁴ RODRÍGUEZ MOURULLO, op. cit., cfr. p. 883.

¹⁵ Ídem, cfr. p. 884.

¹⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, op. et vol. cits, cfr. pp. 333-334.

¹⁷ Ídem, cfr. p. 334. RODRÍGUEZ MOURULLO, op. cit., cfr. p. 883. SOLER, op., vol. et ed. cits., cfr. p. 119.

¹⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, op. et vol. cits., pp. 334-335.

¹⁹ GARCÍA-PABLOS no es de la opinión de buscar sus antecedentes ni en la Carta Magna inglesa ni en la española sino en el movimiento ilustrado y liberal que triunfa con la Revolución francesa. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho penal*, 4ª edición, Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006, cfr. pp. 475-476.

primera vez en el anonimato en el verano de 1764 en Livorno²⁰, se constituye como la piedra angular del Derecho penal liberal. Como señala Creus, “Beccaria lo hizo derivar como exigencia del contrato social”²¹, tomando como referencia sus lecturas de Rousseau y Montesquieu²². Las máximas contenidas en esta magnífica obra, acompañadas de la autoridad de los filósofos, lograron difundirse rápidamente. Surgen así, con los demás derechos del hombre y se erigen en su salvaguarda, como reacción contra el arbitrio de los jueces.

Respecto del derecho de castigar, Beccaria señala que “ningún hombre ha hecho donación gratuita de parte de la propia libertad en atención al bien público; tal quimera solo existe en las novelas”. Continúa el milanés enseñando que por necesidad los hombres sacrificaron parte de la libertad de cada cual para gozar la restante con seguridad y tranquilidad, ofreciendo nada más que la mínima porción posible, de modo que ello induzca a los demás a defender este depósito público. La suma de todas esas porciones de libertad sacrificadas constituye la soberanía de una nación, y el soberano es el legítimo depositario y administrador de ellas. Ahora, para defender este depósito de las usurpaciones privadas que tratan de quitar no sólo lo propio depositado sino también lo aportado por los demás, es que se requieren de, lo que llama el autor, motivos sensibles que bastarán para desviar el ánimo despótico de cada hombre de volver al antiguo caos. Estos motivos sensibles son las penas establecidas contra los infractores de las leyes, las cuales no deben sobrepasar la necesidad de conservar el mencionado depósito para no devenir en injustas por su propia naturaleza²³.

En los capítulos tercero y cuarto, Beccaria extrae cuatro consecuencias de los postulados anteriores: a) “solo las leyes pueden decretar las penas sobre los delitos; y esta autoridad no puede residir más que en el legislador”; b) “el soberano, (...), no puede formar sino leyes generales que obliguen a todos los miembros”, siendo necesario que “un tercero juzgue sobre la verdad del hecho” ventilado en un juicio; c) “si se probase que la atrocidad de las penas, (...), fuese por lo menos inútil, también en tal caso sería no solo contraria a las virtudes benéficas (que son el efecto de una razón ilustrada, que prefiere mandar a hombres

²⁰ TOMÁS Y VALIENTE, “Introducción”, en BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, trad. TOMÁS Y VALIENTE, Aguilar, Madrid, 1976, cfr. p.9.

²¹ CREUS, *Derecho penal*. Parte general, Astrea, Buenos Aires, 1988, p. 43.

²² Señala JIMÉNEZ DE ASÚA, op. et vol. cit., p. 335, que “la doctrina de Montesquieu sobre la división de poderes, y sobre todo las concepciones filosóficas de Rousseau, de donde fue directamente tomado el principio, influyeron en Beccaria”.

²³ BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, Aguilar, Madrid, 1976, pp. 71-73.

felices más que a un rebaño de esclavos entre los que se establezca una perpetua circulación de temor y de crueldad), sino que sería también contraria a la justicia y a la naturaleza del mismo contrato social; d) tampoco la autoridad de interpretar las leyes penales puede residir en los jueces de lo criminal, por la misma razón de que no son legisladores²⁴.

De esa guisa, el *nullum crimen nulla poena sine lege* se ramifica por medio de las diversas Declaraciones y Constituciones del siglo de las luces. En ese sentido, la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 es la que da inicio a la diáspora del principio²⁵, consagrándose en las Constituciones francesas de 1791, 1793 y del año III. De dicho hito se expandirá exitosamente a los nuevos Códigos este importante principio²⁶.

La fórmula latina por la que es conocido este principio es creación de Anselm von Feuerbach en su *Lehrbuch*, anclándola en su teoría de la coacción psicológica²⁷.

1.3. Su evolución posterior.

Durante el siglo veinte fuimos testigos de feroces ataques a este apotegma, aunque la cruzada en su contra comenzó a mediados del siglo XIX con la escuela correccionalista o *Besserungstheorie*²⁸, la cual veía en el principio de legalidad de delitos y penas un límite impuesto al Estado para desarrollar la corrección moral del delincuente. Las repercusiones en el ámbito normativo las podemos encontrar tanto en el art. 27 de la Constitución italiana de 1947, el que establece que las penas estarán orientadas a la reeducación del condenado, como en la Constitución española de 1978, que en el art. 25.2 establece que las penas y medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social. Ya en nuestro continente, la Constitución de la República del Perú, en su artículo 139.22 establece que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad. En general, la idea correccionalista está presente en el pensamiento

²⁴ Ídem, pp. 74-75.

²⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, op. et vol. cit., cfr. p. 335.

²⁶ NOVOA MONREAL, *Curso de Derecho penal chileno*. Parte general, 2 vols., Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, t. I, 2005, cfr. p. 113.

²⁷ BULLEMORE GALLARDO y MACKINNON ROEHRS, *Curso de Derecho penal*. Parte general, 1ª edición, 3 vols., LexisNexis, Santiago de Chile, t. I, 2005, cfr. p. 27. ARGIBAY, op. cit., cfr. p. 100.

²⁸ Una revisión del correccionalismo puede encontrarse en RIVACOBAY Y RIVACOBAY, *El correccionalismo penal*, serie Opúsculos de Derecho penal y criminología, N° 36, Marcos Lerner, Córdoba, 1989.

consistente en que las penas y, en particular, las privativas de la libertad, deben tener el sentido de un tratamiento, cuestión que en los años setenta se denominó la ideología del tratamiento resocializador, criterio penitenciario que desde principios de los ochenta mostró todas sus deficiencias, de las que no puede librarse.

Misma suerte fue la que corrió la escuela positivista italiana, la que, adhiriéndose a las refutaciones al principio iluminado, obtuvo victorias en el plano legislativo al establecerse las medidas de seguridad en los Códigos europeos, medidas que, por su propia naturaleza fundada en la peligrosidad del delincuente, son indeterminadas²⁹.

Los ataques más encarnizados podemos encontrarlos en los productos legislativos de los totalitarismos europeos, durante la primera mitad del siglo veinte. Los Códigos penales de 1922 y 1926 de la U.R.S.S. establecieron la analogía³⁰. La reforma penal alemana nacionalsocialista de 1935 siguió la misma línea³¹. El Derecho penal fascista italiano no suprimió el principio de legalidad, adecuándolo de modo farisaico a su régimen totalitario³²; tampoco lo derogó España tras su cruenta guerra civil³³.

Concluida la segunda conflagración mundial y, debido a la conmoción generada por las atrocidades de la guerra, es que el principio de legalidad en materia penal vuelve a ocupar el puesto que merece³⁴, siendo recepcionado en el ámbito del Derecho internacional. Pueden citarse la Declaración Universal de los Derechos del Hombre aprobada por Naciones Unidas en 1948³⁵, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950³⁶, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969³⁷ y, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966³⁸, entre otros.

²⁹ CEREZO MIR, *Derecho penal*. Parte general, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2008, cfr. pp. 197-198.

³⁰ NOVOA MONREAL, op. cit., cfr. p. 114.

³¹ Era lícito castigar “según la idea básica de una ley penal y según el sano sentimiento del pueblo”. ROXIN, *Derecho penal*. Parte general, trad. de la 2ª ed. alemana y notas por LUZÓN PEÑA, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, DE VICENTE REMESAL, Civitas, Madrid, 1997, p. 143.

³² RODRÍGUEZ MOURULLO, op. cit., cfr. p. 885.

³³ CEREZO MIR, op. cit., cfr. p. 198.

³⁴ JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*. Parte general, 2 vols., trad. y adiciones de Derecho español por MIR PUIG y MUÑOZ CONDE, Bosch, Barcelona, t. I, 1981, cfr. p. 139.

³⁵ Puede encontrarse su articulado en: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>.

³⁶ Texto completo del Convenio disponible en: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf.

³⁷ Su texto, en formato electrónico en: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm.

³⁸ Puede consultarse su texto en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>.

Si bien puede sostenerse que el principio de legalidad se ha visto fortalecido por el empuje internacional a su consagración, también es objeto de ataques solapados por su mera consagración en los textos, sin respetarlo materialmente. Así, puede verse leyes vagas, abiertas e imprecisas en la tipificación de conductas que buscan sancionarse, como puede apreciarse respecto del delito del 373 de nuestro Código. Se ha respondido a estas nuevas formas de violación por medio de la ampliación del *nullum crimen nulla poena sine lege*, añadiéndose los vocablos: *praevia, scripta et stricta*.

2. Trasfondo político del principio *nullum crimen nulla poena sine lege*.

El Derecho penal del antiguo régimen no tuvo noticia de una nómina tabicada de delitos, “así también fue ajeno (...) un sistema penal, esto es, un conjunto de puniciones taxativamente fijadas por la ley”³⁹. Ello generó gran incertidumbre en los justiciables, debido a que se sumaba a lo anterior la enorme discrecionalidad de los jueces al momento de aplicar las sanciones penales, siendo pan de cada día las arbitrarias y extraordinarias⁴⁰.

Ante tal situación, urge luchar contra el *ius incertum*⁴¹, así es como la legalidad penal se erige como bastión de la certeza, seguridad y garantía jurídicas de los individuos⁴². De tal manera, sólo las leyes podrán establecer las penas con las cuales sancionar la comisión de delitos, residiendo ello en el legislador⁴³, el que representa a la sociedad toda en virtud del contrato social. El Estado de Derecho necesitará, para su sobrevivencia, del principio de legalidad⁴⁴; por ello es que los ataques a dicho principio “han sido expresión de períodos de crisis del ideario liberal o de franco deslizamiento hacia el despeñadero del autoritarismo, con su preferencia por el *ius incertum* y un juez que sea dócil instrumento de quienes detentan el poder. Pero durante y después de la ocurrencia de sus negaciones o deformaciones, rutila el

³⁹ GUZMÁN DALBORA, “Capítulo III. Consecuencias”, en obra colectiva *Beccaria 250 años después. Dei delitti e delle pene. De la obra maestra a los becarios*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2011, pp. 43-60, p. 45.

⁴⁰ Ídem.

⁴¹ RODRÍGUEZ MOURULLO, op. cit., cfr. p. 886.

⁴² GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, op. cit., cfr. p. 477.

⁴³ MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho penal*, 2ª edición, en Colección “Maestros del Derecho penal”, N° 3, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2003, cfr. p. 141. En el mismo sentido, MIR PUIG, op. cit., cfr. pp. 71-72.

⁴⁴ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal*. Parte general, Thomson-Civitas, Navarra, 2010, cfr. p. 144.

valor político de la legalidad como parapeto, refugio y consuelo contra los abusos de regímenes tiránicos o las tentaciones liberticidas que pueden seducir a una organización democrática”⁴⁵. Bacigalupo señala que “los principios del Derecho penal que constituyen una concreción de la idea del Estado de Derecho son aquellos que se refieren básicamente a la previsibilidad de la acción represiva por el ciudadano y a los límites de esta acción”, en otras palabras, “el principio de legalidad, el de culpabilidad, el de proporcionalidad y la prohibición de *bis in idem*”⁴⁶.

Como señala Guzmán Dalbora, el trasfondo político del principio *nullum crimen nulla poena sine lege* se traduce en dos funciones recíprocamente condicionadas: una función limitadora y una garantizadora⁴⁷.

La primera ellas requiere que el sistema de fuentes del Derecho penal se restrinja únicamente a la ley escrita, lo que se traducirá en una triple exigencia de *lex praevia*, *lex scripta* y *lex stricta*⁴⁸. La primera de las exigencias, referida a la validez temporal de la ley penal, prohíbe la retroactividad de las leyes que castiguen nuevas conminaciones o que agraven su castigo; no sucede tal con la ley penal más favorable que suprima algún delito o atenúe su pena. La exigencia de *lex scripta*, busca prohibir que se colme los vacíos de la ley merced la costumbre, lo que no quiere decir que cualquier norma escrita los colme, sino sólo la ley emanada del Poder legislativo. La última exigencia, de *lex stricta*, prohíbe la integración en virtud de analogía, imponiendo cierto grado de precisión de la ley penal⁴⁹.

La función garantizadora busca proteger la libertad individual para que las personas puedan conocer con antelación cómo es que sus actos interindividuales serán calificados por el

⁴⁵ GUZMÁN DALBORA, “Capítulo III...”, cit., p. 46.

⁴⁶ BACIGALUPO, *Derecho penal y el Estado de Derecho*, 1ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005, p. 104.

⁴⁷ GUZMÁN DALBORA, “El principio de legalidad penal en la jurisprudencia de la Corte interamericana de derechos humanos”, en *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y Derecho penal internacional*, editado por AMBOS, MALARINO y ELSNER, Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2010, cfr. p. 173.

⁴⁸ MIR PUIG, op. cit., cfr. p. 73.

⁴⁹ CURY URZÚA, *Derecho penal*. Parte general, 7ª edición, Editorial Universidad Católica, Santiago de Chile, 2005, cfr. pp. 165-172. Así también, FONTÁN BALESTRA, *Derecho penal*. Introducción y Parte general, 2 vols., 9ª edición actualizada por DARRITCHON, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, t. I, 1976, cfr. pp. 106-107. Se puede revisar POLITOFF LIFSCHITZ, MATUS ACUÑA y RAMÍREZ GUZMÁN, *Lecciones de Derecho penal chileno*. Parte general, 2ª edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2006, cfr. pp. 93-94. Puede analizarse en detalle lo anterior en GUZMÁN DALBORA, “Capítulo III. Consecuencias”, cit., pp. 46-47; GUZMÁN DALBORA, “El principio de legalidad penal...”, cit., pp. 172-173; MIR PUIG, op. cit., cfr. pp. 73-77 y; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, op. cit., cfr. pp. 145-151.

poder público⁵⁰. Cuatro son las garantías que se derivan de esta función: a) garantía criminal (*nullum crimen sine lege*), la que cerrará el paso a la creación de comportamientos criminales por vía judicial, a definir conductas como delictivas a través de normas de jerarquía inferior a la ley; b) garantía penal (*nulla poena sine lege*) que asegura que no podrá aplicarse pena sin su previo establecimiento por la ley, determinando la pena y su duración, cerrándole el paso a los jueces en esta tarea; c) garantía jurisdiccional (*nemo damnatur nisi per legale iudicium*) según la cual nadie puede ser condenado a cumplir una pena sino es en virtud de una sentencia firme, pronunciada por el tribunal competente en juicio seguido con todas las garantías establecidas en la ley y; d) garantía de ejecución, la que asegura que la imposición de la pena será ejecutada en la forma descrita en la ley con anterioridad⁵¹.

3. Su significación científica. Taxatividad.

Ligado de manera íntima con lo anterior y constituyéndose en un “precipitado técnico del carácter abstracto e impersonal de las leyes”⁵², el significado científico del principio que es objeto de este capítulo exige el concepto de tipo. La consecuencia de ello serán los requerimientos de claridad, completitud y precisión, tanto en la descripción del supuesto de hecho de los maleficios, como en la configuración y los límites de las puniciones⁵³. Esta necesidad de determinación precisa, clara, concisa, es la secuela de la legalidad de delitos y penas⁵⁴. Lo anterior brinda seguridad al individuo en la medida que conocerá qué es lo que incrimina la ley penal y, cuál será su consecuencia⁵⁵.

Esta exigencia de *lex certa* supone que todo precepto penal significa una limitación a la libertad, de allí que sea esencial que dicha mengua se encuentre determinada de manera

⁵⁰ OSSANDÓN WIDOW, *La formulación de tipos penales*. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2009, cfr. p. 528.

⁵¹ BUOMPADRE, *Derecho penal*. Parte especial, Mario A. Viera, Corrientes, 2000, cfr. p. 60. En el mismo camino, pero añadiendo la legalidad de las medidas de seguridad, CEREZO MIR, op. cit., pp. 201-203. Estas “trascendentales garantías del ciudadano frente al Estado que limitan el ejercicio que pueda hacer éste del poder punitivo, del *ius puniendi*”, en GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, op. et ed. cit., pp. 489-498. Resumidamente la trata RODRÍGUEZ MOURULLO, op. cit., p. 888.

⁵² GUZMÁN DALBORA, “Capítulo III...”, cit., p. 47.

⁵³ Respecto de la exigencia de concreción de las penas, CEREZO MIR señala que “un marco excesivamente amplio es incompatible con el principio de legalidad”. CEREZO MIR, op. cit., p. 204.

⁵⁴ GUZMÁN DALBORA, “El principio de legalidad penal...”, cit., cfr. p. 174.

⁵⁵ CARNEVALI RODRÍGUEZ, op. cit., cfr. p. 26.

rigurosa. López Barja de Quiroga señala que el “criterio de concreción exige que el lego pueda comprender el mandato o la prohibición establecida en la norma”⁵⁶.

El concepto de tipo y la teoría de la tipicidad, derivados de la vigencia del principio *nullum crimen nulla poena sine lege* se deben a Beling, quien escribió que “el *Tatbestand* legal muéstrase como el *concepto troncal jurídico-penal* del cual irradian la totalidad de los restantes conceptos jurídico-penales, en el sentido de que sin él no pueden suministrar ningún resultado concreto y definitivo”⁵⁷.

Dicho que la acuñación de delitos y penas importa una limitación de la libertad de cada cual, es que el mandato de taxatividad o de determinación recae sobre el legislador, quien es el representante de la voluntad popular y el único legitimado para establecerlos. Es por ello que, al utilizar una técnica legislativa oscura o imprecisa, violaría la separación de poderes, al entregarle a un tribunal la decisión de dibujar los contornos del tipo⁵⁸.

Los requerimientos de taxatividad corren cada día riesgos más graves. Se ven trastornados cada vez que las descripciones penales echan mano a términos de contenido vago o valorativo, cláusulas generales, elementos normativos cuya silueta no es posible asir⁵⁹, cuando el legislador prescinde del verbo rector⁶⁰, los márgenes penales se distancian en demasía⁶¹, la peligrosidad⁶², entre otros. Asimismo, el proceso de descodificación de la legislación penal significa un serio riesgo para este principio, realidad de la que aún somos parcialmente ajenos. Como bien señala Rodríguez Mourullo, “poco importa que se proclame programáticamente el principio de legalidad si luego no se determinan con precisión y certeza en las distintas

⁵⁶ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, op. cit., p. 146.

⁵⁷ BELING, *El Rector de los tipos de delito. Die Lehre vom Tatbestand*, traducción y notas por PRIETO CASTRO y AGUIRRE CÁRDENAS, 1ª ed., Reus, Madrid, 1936, p. 18.

⁵⁸ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, op. et ed. cit., p. 507.

⁵⁹ Un completo análisis de la relación entre los elementos normativos y el principio de legalidad, en OSSANDÓN WIDOW, op. cit., pp. 109-120.

⁶⁰ Como sucede con nuestro artículo 373, el que prescribe “los que de cualquier modo”. Se trata de un tipo sin núcleo, que puede ser salvado en cierta medida con la palabra “hechos” de grave escándalo o trascendencia.

⁶¹ GUZMÁN DALBORA, “El principio de legalidad penal...”, cit., p. 179.

⁶² Un análisis de la sentencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos que se ha pronunciado sobre la categoría de la peligrosidad del individuo en el caso *Fermín Ramírez contra Guatemala* puede verse en GUZMÁN DALBORA, “Dos conceptos irreconciliables: peligrosidad y legalidad penal”, en *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y Derecho penal internacional*, 2 vols., cfr. pp. 335-370, editado por AMBOS, MALARINO y ELSNER, Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, t. II, 2011.

disposiciones legales los presupuestos y las consecuencias. Sin esta segura determinación, el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* queda privado de todo sentido”⁶³.

Se han intentado justificar las agresiones a este principio aduciéndose diversas razones: imposibilidad de emplear términos unívocos en la ley, ambigüedad del lenguaje, falta de recursos técnicos y económicos en el legislador, necesidad de vaguedad en la legislación bajo el pretexto de buscar la justicia al caso concreto. Ante esto, Oliver Calderón responde sucintamente que ninguna de las razones justifica el incumplimiento del principio, ya que, de ser posible, el legislador debe describir con la mayor precisión la conducta punible; si el problema son los recursos bastaría que el legislador quisiera resolverlo y nada más y; respecto de la justicia al caso concreto, responde que ella se obtiene con leyes precisas y, si una situación queda impune, abierta está la puerta a que se inste una reforma legal⁶⁴.

Es por lo anterior que, en palabras de Zaffaroni, Alagia y Slokar debe exigirse del legislador que “agote los recursos técnicos para otorgar la mayor precisión posible a su obra”⁶⁵. Los autores nos señalan dos vías para reparar dichos desperfectos: la declaración de inconstitucionalidad de la ley o, la aplicación del principio de máxima taxatividad interpretativa. El primer camino que se debe recorrer es el de la declaración de inconstitucionalidad en el evento que la aplicación de la máxima taxatividad resulte desmesuradamente artificiosa. Resultará de tal guisa toda vez que dicha interpretación “carece de todo apoyo legal, como también cuando la ley contiene una irracionalidad irreductible que no responda a un notorio error material de impresión”⁶⁶.

4. Legalidad y taxatividad en el Derecho chileno.

⁶³ RODRÍGUEZ MOURULLO, op. cit. p. 888.

⁶⁴ OLIVER CALDERÓN, “Taxatividad, fragmentariedad, prevención y constitucionalidad en la regulación de los tipos básicos de agresiones y abusos sexuales en el Código penal español de 1995”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XXI, Valparaíso, 2000, pp. 79-94, cfr. p. 82. Disponible electrónicamente en: <http://www.rderecho.equipu.cl/index.php/rderecho/article/view/456/427>.

⁶⁵ ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho penal*. Parte general, 2ª edición, Ediar, Buenos Aires, 2003, p. 116.

⁶⁶ Ídem, p. 117.

Fruto de la conquista del siglo dieciocho, diversas Declaraciones y Constituciones, junto con los nacientes Códigos penales, recogieron en sus fojas los principios que acá son objeto de estudio. Procederemos a pasar revista a dicha consagración en nuestro ordenamiento jurídico penal.

La Constitución política de 1925 lo consagró en las siguientes disposiciones. Su artículo 11 establecía que “*nadie puede ser condenado, si no es juzgado legalmente y en virtud de una ley promulgada antes del hecho sobre que recae el juicio*”. A su vez, el artículo 12 prescribía que “*nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, si no por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta*”. Su artículo 80 prescribía que “*la facultad de juzgar las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley*”⁶⁷.

La actual Carta, que no merece el calificativo de legítima a pesar de las innumerables reformas que ha sufrido, debido a su origen en el vil gobierno de facto que asoló a chilenos y extranjeros residentes en Chile, recoge también este apotegma. El artículo 19 N° 3, inciso V establece que “*nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señale la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho*”. El artículo 19 N° 3, inciso VI, prescribe que “*toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos*”. Continúa el inciso VIII del mismo artículo y numeral preceptuando que “*ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado*”. El inciso final reza así: “*ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella*”. El artículo 76, prescribe que “*la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley*”⁶⁸.

Nuestro Código penal, en sus artículos 1º, 18 y 80 prescribe, respectivamente, que “*es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley*”, “*ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración*”, para concluir estableciendo que

⁶⁷ El texto original completo puede hallarse en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=241203&tipoVersion=0>.

⁶⁸ El texto de la Constitución se encuentra disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>.

“*tampoco puede ser ejecutada pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto*”⁶⁹.

Respecto del primero de los artículos del Código punitivo, podemos afirmar que su connotación más relevante es la político-criminal, antes que la dogmática, ya que, no se contienen en él los elementos del delito reconocidos por la Dogmática, sino que los principios de culpabilidad y legalidad⁷⁰.

Respecto de la legislación internacional, podemos citar el artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 que establece en su apartado segundo que “*nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito*”.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe, en su artículo 9º, que “*nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta*”; su artículo 14 continúa estableciendo que “*toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley*”; el artículo 15 prescribe que “*nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello*”.

La Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, en el artículo 8º destinado a las garantías judiciales, establece que “*toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella*”; el artículo 9º consagra que “*nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con*

⁶⁹ La versión digital de nuestro Código se encuentra a vuestra disposición en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1984&cidParte=0>.

⁷⁰ BUSTOS RAMÍREZ y CABALLERO, “Artículos 1º al 4º”, en *Texto y comentario del Código penal chileno*, dir.: POLITOFF y ORTIZ, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, t. I, 2002, cfr. pp. 55 y 58.

posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”⁷¹.

El principal problema de la Convención Americana radica en la referencia al “Derecho aplicable” de ambos artículos. ¿Es el Derecho interno el que resulta aplicable o, más bien, el Derecho internacional? El primero, en los países de tradición continental, se encuentra sujeto a la garantía de *lex scripta*. El segundo, abre sus puertas a la costumbre, la jurisprudencia o a los principios generales del Derecho, puesto que no se encuentra sujeto estrictamente a la garantía ya citada. La Convención no indica cuál de ellos será el aplicable, lo que también ocurre con los artículos 10 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, 7º de la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales y, 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La Corte Interamericana ha dado en el blanco en sus fallos, puesto que se ha decidido por el Derecho interno, de tal modo que la ley de los Estados demandados ha sido en virtud de la cual ha resuelto en materia penal. De este modo, la costumbre y la legislación internacional no se han constituido como Derecho aplicable. Pero ello no nos debe descuidar, ya que, tal Derecho interno no necesariamente se identificará con la ley en sentido estricto; el producto normativo del Poder ejecutivo en materia penal debe ser terreno proscrito, tanto si se manifiesta en la forma de leyes delegadas como si lo hiciera revestido en decretos leyes (propios e impropios, éstos con mayor razón)⁷².

El Estatuto de Roma, del cual Chile es Estado parte, establece en su artículo 22 que “nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte”; continúa el apartado segundo del mismo artículo señalando que “la definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía. En caso de ambigüedad, será interpretada en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena”. La garantía penal se encuentra en el artículo 23. El artículo 24 regula la irretroactividad y la retroactividad de la norma más favorable al reo⁷³.

⁷¹ Ver Notas 35 a 38.

⁷² GUZMÁN DALBORA, “El principio de legalidad penal...”, cit., cfr. pp. 175-179.

⁷³ El texto del Estatuto de Roma disponible en: [http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf).

Surgen problemas respecto del Derecho internacional en relación al principio de legalidad. Santalla nos dice que “la interpretación del principio de legalidad es, ciertamente, menos rígida en el ámbito internacional”⁷⁴, cuestión que es coincidente en Werle, para quien, respecto del Derecho penal internacional, el *nullum crimen sine lege* exige la “determinación de las normas de Derecho penal internacional, aunque de una manera menos estricta que la exigida en el Derecho continental europeo”. Continúa señalando el autor, respecto del principio *nulla poena sine lege*, que en el Derecho penal internacional no se fijan marcos penales lo suficientemente estrictos como para satisfacer el sentido, por ejemplo, que el Derecho penal alemán da al principio”⁷⁵.

Junto con esta laxitud en la interpretación del principio, se generan problemas con su sistema de fuentes debido a que, como parte del ordenamiento jurídico internacional, el Derecho penal internacional surge de las fuentes normativas del Derecho internacional: tratados internacionales, Derecho consuetudinario internacional y, los principios generales del Derecho⁷⁶. Así es como el artículo 21 del Estatuto de Roma prescribe como Derecho aplicable, jerárquicamente, el Estatuto, los Elementos de los Crímenes, las Reglas de Procedimiento y Prueba; los tratados, principios y normas de Derechos internacional aplicables, incluidos los principios establecidos en el Derecho internacional de los conflictos armados; los principios generales del Derecho que derive la Corte del Derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo. Facultativamente podrá aplicar los principios y normas de Derecho respecto de los cuales hubiere hecho una interpretación en decisiones anteriores.

Podemos apreciar, a grandes rasgos, que la rigurosidad del principio de legalidad que existe dentro de nuestro sistema jurídico difiere en no pocas ocasiones del previsto por el Estatuto de Roma⁷⁷. Urge salvaguardar la conquista de los iluminados, la cual busca poner coto al poder del Estado; la legalidad de delitos y penas establecida en nuestro Derecho interno no debe ser mellada por la amalgama de principios y criterios del Derecho penal internacional.

⁷⁴ SANTALLA VARGAS, “Implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Bolivia: aspectos de cooperación y asistencia judicial”, en *Cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional*, coor.: AMBOS, MALARINO y ELSER, Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2007, pp. 69-106, p. 83.

⁷⁵ WERLE, *Tratado de Derecho penal internacional*, trad. de CÁRDENAS, DÍAZ, GUTIÉRREZ y MUÑOZ, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 86-87.

⁷⁶ Ídem, cfr. p. 105.

⁷⁷ HERNÁNDEZ BALMACEDA, “Aplicación directa de los tipos penales del ECPI en el Derecho interno”, en *Temas actuales del Derecho penal internacional*, coor.: AMBOS, MALARINO y WOISCHNIK, Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2005, pp 117-138cfr. p. 124.

Concluyendo este capítulo, se vuelve imprescindible recordar al lector que el *nullum crimen nulla poena sine lege* tiene el carácter de dogma o axioma, y como tal no admite excepciones, ni puede ser considerado como un simple postulado, principio informador, constitucional o limitador del Derecho penal. Como señala Guzmán Dalbora, “la legalidad penal no se compagina con tales adjetivaciones sin merma de su integridad”, ya que, “principios son razones, proposiciones o verdades fundamentales”⁷⁸.

CAPÍTULO II

OFENSA DE UN BIEN JURÍDICO COMO PRESUPUESTO NECESARIO DEL DELITO

1. El Iluminismo y el derecho subjetivo como objeto de tutela.

El contrato social formó parte del sustrato con el que se construyó el edificio jurídico del Iluminismo⁷⁹, a él recurrió Beccaria para fundamentar el derecho de castigar y, a él recurrieron sus contemporáneos para la consideración material del delito como una lesión de un derecho, aduciendo que los hombres, ante la inseguridad de vivir aislados, decidieron “organizarse en sociedad y confiar al Estado la conservación del nuevo orden creado”⁸⁰.

Con el liberalismo, el otrora daño al orden divino será reemplazado por el daño al orden social, así es como se justificará la pena en la medida que ésta surja como reacción a una conducta que sea lesiva de los derechos de otro o bien ponga en peligro al Estado garante de las condiciones de vida en común. Para ellos, el injusto del delito podrá encontrarse en la vulneración de derechos subjetivos.

⁷⁸ GUZMÁN DALBORA, “Dos conceptos irreconciliables...”, cit., p. 355.

⁷⁹ Un análisis de las teorías contractualistas, en relación a la teoría del bien jurídico en SZCZARANSKI VARGAS, “Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra”, en *Revista Política criminal*, vol. 7, N° 14, diciembre de 2012, pp. 378-453. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/Vol_07/n_14/Vol7N14A5.pdf.

⁸⁰ HORMAZABAL MALARÉE, *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho*. El objeto protegido por la norma penal, 2ª edición, LexisNexis, Santiago de Chile, 2006, p. 11.

Una fundamentación contractualista es la que guía a Feuerbach, dado que, según sus palabras, “la unión de la voluntad y la energía de los individuos proporciona el fundamento de la sociedad civil para garantizar a todos la libertad recíproca”⁸¹. Para el autor, que el delito sea una violación de un derecho subjetivo significa que, a diferencia de una lesión de un deber para con el Estado, “no le permitía ejercer su propia libertad frente a la acción de otro”. En este sentido, el delito supone un “estado de igualdad de derechos de libertad entre el autor y la víctima”, la que se verá quebrantada por el delito, de guisa tal que una de las partes ya no podrá ejercer dicho derecho. El concepto de delito se verá subordinado a la preservación de la libertad individual como principio material, con independencia de los fines políticos del Estado; de esa forma el delito será visto como una lesión propia a los bienes materiales y no una mera violación de un deber. Con ello, se establece un marco a la “incriminación al arbitrio estatal en la configuración de los tipos penales”, ya que, el derecho subjetivo se constituirá en símbolo de demarcación del daño social que pudiera recorrer la conducta criminal⁸².

En cambio, para Carrara, la fuente de los derechos de libertad del individuo se encuentra en un ordenamiento anterior al Estado, al margen de las convenciones humanas y de la idea del contrato social, aunque, de igual manera, en la base de todo delito ha de existir un daño a la sociedad. Las conclusiones a las que se puede llegar se relacionan con una definición del delito de orden filosófico, al entenderlo como una acción que viola derechos ajenos, los que pueden ser del individuo o del Estado; la exigencia de que no se pueda garantizar la incolumidad de tales derechos ante los ataques más atroces de otro modo que recurriendo a la sanción más grave del ordenamiento jurídico, la pena y; por último, el requisito que del castigo del delito no se deriven perjuicios sociales mayores que los que signifiquen dejar tal conducta en impunidad⁸³.

⁸¹ FEUERBACH, *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*, trad. ZAFFARONI y HAGEMEIERS, colección Criminalistas perennes, N° 1, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 58

⁸² TAVARES, *Bien jurídico y función en el Derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, cfr. pp.17-18.

⁸³ GUZMÁN DALBORA, “Estudio preliminar”, en BIRNBAUM, *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2010, p. 16

Jiménez de Asúa señala que, en el pensamiento de Ferri, “aunque establezca como complementaria la lesión de un bien-interés, establece, en primer término, como objetividad jurídica del delito, el derecho subjetivo”⁸⁴.

En el terreno del Derecho positivo, se produjo una “considerable disminución de lo punible”⁸⁵, debido a la pérdida del carácter delictivo de determinadas conductas o, por la disminución en la gravedad con que se las estimó. Esto se puede apreciar en los delitos contra la religión y la moral, respecto de los cuales muchos se despenalizaron, pero otros tantos pasaron a engrosar la lista de las infracciones policiales⁸⁶.

2. Concepto de bien jurídico como concepto cultural y su función teleológica.

En 1834, Birnbaum publica su célebre obra, en la que señala que la conducta delictiva no lesiona derechos subjetivos, sino que lesiona bienes, los cuales son garantizados por el poder del Estado. Con ello, salva el obstáculo que suponía la obra feuerbachiana para la punición de conductas contra la religión y la moral, en los cuales no existe derecho subjetivo vinculado⁸⁷, poniendo en evidencia las incongruencias sistemáticas del sistema de Feuerbach al considerar estas conductas como infracciones de policía y, vinculando la lesión con un bien y no con un derecho subjetivo⁸⁸. Para Birnbaum, las ideas morales y religiosas constituyen algo más bien ajeno a la verdadera razón de ser del Derecho penal⁸⁹ y, si la doliente disciplina

⁸⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, op. cit., t. III, p. 87.

⁸⁵ HORMAZÁBAL, op. cit., p. 14.

⁸⁶ Ídem, cfr. pp. 14-15.

⁸⁷ Como señala Grisolia, para Rocco existen numerosos delitos en los que no es posible reconocer la agresión a un derecho subjetivo, como en los delitos contra el orden y la seguridad públicas, contra la moral pública y contra la fe pública; sea éste del Estado o del individuo, sino que se encuentra una ofensa a un bien o interés, que pertenece a todos los ciudadanos como colectividad. GRISOLÍA, “El objeto jurídico del delito. Ensayo de una teoría general”, en *Separata de la Revista de ciencias penales*, N° 3, Santiago de Chile, t. XVII, 1959, cfr. p. 10.

⁸⁸ Ídem, cfr. pp. 23-24.

⁸⁹ Zaffaroni, analizando las consecuencias del principio de lesividad, señala que “el Estado que pretende imponer una moral es inmoral, porque el mérito moral es fruto de una elección libre frente a la posibilidad de elegir otra cosa: carece de mérito el que no pudo hacer algo diferente. Por esta razón el Estado paternalista es inmoral. En lugar de pretender imponer una moral, el Estado ético debe reconocer un ámbito de libertad moral” para que los habitantes dispongan de “la alternativa de lo inmoral: esta paradoja lleva a la certera afirmación de que el Derecho es moral, precisamente porque es la posibilidad de lo inmoral, vinculada íntimamente a la distinción entre conciencia jurídica y conciencia moral”. Como consecuencia de ello, “las penas no pueden caer sobre conductas que son, justamente, el ejercicio de la autonomía ética que el Estado debe garantizar, sino sobre las que afectan el ejercicio de ésta” y, así es como “no puede haber delito que no reconozca como soporte fáctico un conflicto que

se ocupare de las acciones que vulneren dichas ideas, en tanto puedan ser punibles, supondrá aquello que la ofensa se encamine contra un bien común del pueblo, el que debiera ser asegurado a todos por igual⁹⁰.

Para Birnbaum, los derechos permanecen incólumes ante la comisión de un delito, no son conmovidos por éste, no pueden ser vulnerados ni disminuidos, lo que se vulnera o disminuye es su objeto; así, “la privación de un bien sobre el que se tiene derecho en nada afecta al derecho mismo, y por ello, la acción prohibida no puede ser entendida como lesión de derechos”⁹¹.

El reconocimiento del objeto de la tutela de bienes, junto con el problema de la definición filosófica del delito, derivó en, a lo menos, tres contribuciones. La primera, referida a la formación de conceptos y la organización del sistema en la Dogmática penal. En segundo lugar, en el ámbito de la Filosofía del Derecho, los bienes jurídicos serán considerados nociones *a priori* del conocimiento jurídico. En tercer término, respecto de la Política criminal, “ésta saldrá gananciosa en su misión de proyectar el Derecho venidero al dictado de la necesidad de proteger únicamente bienes jurídicos. Sólo que los afanes *de lege ferenda*, o sea, el terreno propicio para las potencialidades críticas del planteamiento de Birnbaum, harán tesoro de aquel concepto con gran retraso, más de un siglo después de su aparición, y, para colmo, despaciosa o recelosamente, sea porque el legislador actual no parece prestarle permanentemente interés al alumbrar o engendrar de nuevos delitos (...), sea porque entre los propios criminalistas hay voces que controvierten la importancia atribuida al bien jurídico y propugnan defenestrarlo”⁹².

Para Merkel, las lesiones causadas a los intereses sociales no son punibles sino en cuanto sean contrarias a una norma vigente, obligatoria en una sociedad dada y, en cuanto se oponen a un juicio público que las desaprueba⁹³. Para él, es infructuoso cuestionar si el objeto

afecte bienes jurídicos ajenos, entendidos como los elementos de que necesita disponer otro para autorrealizarse”. ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, op. cit., p. 127.

⁹⁰ GUZMÁN DALBORA, “Estudio preliminar”, cit., cfr. p. 19.

⁹¹ SZCZARANSKI VARGAS, op. cit., p. (384) 7.

⁹² GUZMÁN DALBORA, “Estudio preliminar”, cit., pp. 10-11.

⁹³ MERKEL, *Derecho penal*. Parte general, trad. del alemán por DORADO MONTERO, en Colección “Maestros del Derecho penal”, N° 13, dir.: FERNÁNDEZ, coor: ABOSO, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2004, cfr. p. 13.

inmediato de la protección jurídica y el de las agresiones delictuosas son los bienes o los intereses⁹⁴.

El concepto de bien jurídico se comienza a perfilar ya con el positivismo jurídico⁹⁵, para el cual toda norma que establezca delitos debe poseer un antecedente causal, el que puede ser la voluntad del Estado o de la autoridad o, las condiciones de vida. Así es como podemos distinguir el iusracionalismo positivista de Binding y, el positivismo naturalista de von Liszt.

Respecto del primero, quien “acopla al bien su conocida adjetivación y lo desenvuelve en un completo aparato conceptual”⁹⁶, sólo la ley puede expresar los objetos jurídicos, ya que, es ella la que encauza la voluntad declarada del Estado, reduciendo el bien jurídico a un simple elemento de la norma⁹⁷. Este racionalismo se centra de manera privativa en el Derecho positivo, librándolo de toda consideración filosófica o metajurídica y, de esa manera, despojándolo de toda capacidad crítica. La esencia del Derecho penal radica en las normas, las que son “deducibles de la ley penal y anteriores a ella, consistentes en un imperativo en orden a prohibir la realización de una conducta o bien de realizarla”, por lo que, quien comete un delito “no contraviene la ley penal sino que, por el contrario, cumple con lo señalado en ella”⁹⁸.

Para Binding, el delito es una contravención de la norma y, al mismo tiempo, una lesión de un derecho subjetivo, distinto del que hablaba Feuerbach. Al que se refiere el primero, es uno consistente en mandar, sin mayor contenido, apto para exigir la obediencia y ejercer el imperio, establecido exclusivamente a favor del Estado⁹⁹. Definirá bien jurídico como “todo aquello que el legislador considera valioso como condición de vida sana y, en cuyo mantenimiento la comunidad –en opinión del legislador– tiene interés; reduciéndose el bien jurídico a un elemento de la propia norma y siendo concebido como *ratio legis*”¹⁰⁰. Como puede

⁹⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, op. et vol. cit., cfr. p. 88.

⁹⁵ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, op. et ed. cit., cfr. p. 175.

⁹⁶ GUZMÁN DALBORA, “Estudio preliminar”, cit., p. 25.

⁹⁷ TAVARES, op. cit., cfr. p. 23.

⁹⁸ HORMAZÁBAL MALARÉE, op. cit., pp. 33-34.

⁹⁹ Ídem, cfr. pp. 34-35.

¹⁰⁰ SZCZARANSKI VARGAS, op. cit., p. (385) 8.

apreciarse, el bien jurídico no es algo natural, sino que, es una creación del legislador, la que se obtiene por medio de un juicio de valor, el que rematará en una decisión política¹⁰¹.

Se puede criticar a Binding por su normativismo a ultranza y, porque el individuo queda en una situación de total sometimiento frente al Estado, tanto desde la creación de la norma, como en la selección de los bienes jurídicos y, en la ejecución penal. A fin de cuentas, todo dependerá de una decisión política del Estado, de la cual el individuo no podrá abstraerse, sino obedecer¹⁰². De esta manera, “la impronta que impuso al concepto el constructivismo jurídico, pues, cerró el Derecho penal sobre sí, como un espacio normativo autosuficiente y hermético, dejándolo a merced de la omnipotencia de la voluntad estatal”¹⁰³.

Franz von Liszt, miembro del positivismo naturalista o sociológico, señala que el Derecho penal tiene como misión la defensa más enérgica de los intereses especialmente dignos y necesitados de protección, por medio de la amenaza y ejecución de la pena, la que es considerada como un mal contra el delincuente. Así es como el bien jurídico será “el interés jurídicamente protegido”¹⁰⁴. Para él, el bien jurídico se encuentra más allá de las fronteras del Derecho penal, se sitúa en el punto de conexión entre éste y las demás ciencias penales a través de la Política criminal. El bien jurídico será, para von Liszt, una creación de la vida y, como tal un interés vital del individuo o de la comunidad a la que la protección del Derecho le da la categoría de bien jurídico¹⁰⁵.

El bien jurídico corresponde a una realidad previa al Derecho, recibe de éste un reconocimiento que lo eleva desde la categoría de interés a la de bien jurídico. En este sentido, la pena, como acción adecuada a un fin cuya previsión pasa a ser su motivo, reconoce su finalidad en la protección de condiciones de vida del individuo y del grupo¹⁰⁶.

¹⁰¹ HORMAZÁBAL MALARÉE, cfr. pp. 37-40.

¹⁰² Ídem, cfr. p. 40.

¹⁰³ GUZMÁN DALBORA, “Estudio preliminar”, cit., p. 25.

¹⁰⁴ VON LISZT, *Tratado de Derecho penal*, 3 vols., trad. de la 20ª edición alemana por JIMÉNEZ DE ASÚA, Hijos de Reus, Madrid, t. II, 1916, p. 2.

¹⁰⁵ HORMAZÁBAL MALARÉE, op. cit., cfr. p. 42.

¹⁰⁶ VON LISZT, op. et. vol. cit., cfr. p. 5. SZCZARANSKI VARGAS, op. cit., cfr. p. (387) 10.

Para von Liszt, “bien jurídico y norma son los dos conceptos fundamentales del Derecho”¹⁰⁷, ya que, por medio de las normas, el ordenamiento jurídico da protección a los intereses vitales del individuo jurídicamente protegidos, esto es, a los bienes jurídicos. Así es como todo gira en torno a la protección de bienes jurídicos; la norma y la pena tienen por objeto defender bienes jurídicos. Ahora, las condiciones de existencia social, de las que habla el autor, coinciden con las condiciones de la comunidad estatal, puesto que el Estado se presenta como el sistema en sí mismo y, no como un Estado neutral dentro del sistema, de tal guisa que éste expresa la síntesis de las condiciones de vida de la sociedad¹⁰⁸. Como corolario, un delito contra el Estado será uno contra dichas condiciones, de manera tal que el sentenciador ante una antijuridicidad formal, esto es, una conducta antinormativa sin lesión de bien jurídico alguno, estará ligado a la ley¹⁰⁹.

Pasando a la visión neokantiana, Tavares señala que con ésta “se inauguró, pues, otra fase de evolución política, donde la medida individual cede lugar a posiciones o situaciones preferenciales. Se elimina definitivamente al sujeto y se trabaja con la noción de totalidad, proveniente de un puro juicio normativo”¹¹⁰, trasladando el centro de gravedad al mundo de los valores¹¹¹.

Una rama del neokantismo trata al bien jurídico en relación a una función teleológica y, otra lo concibe como un bien de la cultura. La primera de ellas, en palabras de Hormazábal, renuncia a la búsqueda de la función garantista liberal del bien jurídico, centrándose en su capacidad de “erigirse en un criterio de interpretación a partir de su fin de protección o lo que es lo mismo, del valor protegido”¹¹². Honig consumará la, peyorativamente llamada, espiritualización del concepto de bien jurídico al definirlo como una “fórmula sintética en la que el legislador ha reconocido el fin que persigue cada una de las prescripciones penales y, como una síntesis categorial con la cual el pensamiento jurídico se esfuerza en captar el sentido y fin de dichas prescripciones particulares”, puesto que, al acentuar su carácter

¹⁰⁷ GOMES, “Norma penal, bien jurídico, principio de ofensividad y lineamientos de la teoría constitucional del delito”, trad. GUZMÁN DALBORA, en *El penalista liberal. Controversias nacionales e internacionales en Derecho penal, procesal penal y Criminología*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 298.

¹⁰⁸ VON LISZT, op. et vol. cit., cfr. pp. 3-4.

¹⁰⁹ HORMAZÁBAL MALARÉE, op. cit., cfr. pp. 42-46.

¹¹⁰ TAVARES, op. cit., p. 26. En el mismo sentido HORMAZÁBAL MALARÉE, op. cit., cfr. p. 55.

¹¹¹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, op. et ed. cit., cfr. p. 176.

¹¹² HORMAZÁBAL MALARÉE, op. cit., p. 55.

categorial, extrae de él todo contenido real y concreto. El autor señala que “los objetos de protección no existen como tales”, debido que son “sólo un producto de un pensamiento jurídico específico”¹¹³. De tal guisa, el concepto queda dispuesto para ser colmado al completo antojo del Estado.

La segunda rama, de la que es portavoz Wolf, habla de bienes culturales sociales, los que al ser protegidos por el Derecho penal, adquieren el carácter de bienes jurídicos. Estos bienes culturales sociales son prejurídicos y se descubren por el Derecho, no son creados por él. La determinación de qué bienes serán objeto de protección importa un proceso de selección y jerarquización, el que se lleva a cabo bajo el principio rector de la moral, cuya extensión es determinada por el Estado. Por ello, es que bien jurídico será todo bien de la cultura que, provisto de protección jurídica, esté reconocido por la idea estatal superior. Para Wolf, todo precepto penal tiene en su base un bien jurídico, constituyéndose la lesión de él como un acontecer de la realidad plena de sentido de la cultura, esto es, como un resultado jurídico¹¹⁴. La lesión del bien jurídico se identificará con la realización del precepto punitivo y, el bien jurídico se asimilará a la norma penal, por lo que, el delito no será más que la lesión formal de una norma objetiva.

Antes de concluir este apartado, es necesario revisar brevemente el pensamiento de Max Ernst Mayer, puesto que su noción de bien jurídico “no se desvincula de la noción de valor”¹¹⁵, como sí lo hace Mezger. La posición liberal de Mayer, que hace depender el concepto de bien jurídico de las normas de cultura, se contraponen a las que siguieron y que allanaron el camino a los totalitarismos del centro de Europa¹¹⁶. El punto de inicio de la teoría de Mayer se encuentra en determinar que los destinatarios de la norma son los órganos estatales y, no el pueblo ni la comunidad de sujetos de Derecho¹¹⁷. Mayer señala que el súbdito está vinculado por normas de diversa índole, pero que resultan igualmente condicionantes del castigo, como lo son las normas de cultura, definidas como un “nombre genérico para la totalidad de aquellos mandatos y prohibiciones que se dirigen al individuo

¹¹³ Ídem, p. 56.

¹¹⁴ Ídem, cfr. pp. 56-58. TAVARES, op. cit., cfr. pp. 26-28.

¹¹⁵ TAVARES, op. cit., p. 28.

¹¹⁶ Ídem, cfr. p. 28.

¹¹⁷ MAYER, *Normas jurídicas y normas de cultura*, trad. del alemán y Prólogo por GUZMÁN DALBORA, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, cfr. pp. 45-51, 69-70.

como exigencias religiosas, morales, convencionales, de tráfico y de profesión”¹¹⁸. Luego, Mayer rematará señalando que las normas de Derecho encajan en las normas de cultura. Esto se puede explicar señalando que el Estado, al adoptar una determinada actitud ante la cultura, realiza, por un lado, una operación de crítica de ella al reconocer unas y excluir otras y, por otro lado, establece un deslinde entre lo jurídico y lo antijurídico. Con ello se obtiene la norma de cultura reconocida por el Estado¹¹⁹.

Mayer señala que el deslinde de la conducta conforme a Derecho de la contraria a él, se zanja en la legislación mediante el reconocimiento de las normas de cultura. En efecto, para determinar lo antijurídico será necesario determinar la contrariedad del acto típico con la norma de cultura reconocida por el Estado, la que podrá contenerse en la ley, aunque no siempre lo estará. Lo último da pie para aceptar la supralegalidad como “instrumento jurídico indispensable para resolver aquellas situaciones de injusticia material a que una rígida aplicación de los principios dogmáticos conduce”¹²⁰.

Así es como concluimos que, para Mayer, los bienes jurídicos designan particulares normas de cultura reconocidas por el Estado, ostentando una mayor determinación y exigiendo protección penal. Es indudable que la teoría de las normas de cultura supone y conduce naturalmente a una interpretación eminentemente teleológica de los preceptos penales, la que no puede prescindir del elemento sistemático y, acotadamente del histórico, ello para evitar caer en el mero formalismo¹²¹.

Siguiendo lo expuesto con antelación, debemos señalar que el delito es “un fenómeno de la cultura, creado por la cultura e inherente a ella”¹²² y, como tal, se ve enfrentado a diversos avatares que golpean negativamente al bien jurídico, como ocurre con la

¹¹⁸ Ídem, p. 56.

¹¹⁹ GUZMÁN DALBORA, “Bien jurídico y norma de cultura. Revisión de la teoría de Max Ernst Mayer”, en *Separata de Revista de Derecho penal y criminología*, N° 3, 1993, pp. 227-240, cfr. pp. 232-233.

¹²⁰ Ídem, p. 233.

¹²¹ Ídem, cfr. pp. 238-239.

¹²² RIVACOBA Y RIVACOBA, *Elementos de criminología*, Edeval, Valparaíso, 1982, cfr. p. 137.

hipertrofia¹²³, la aparición de nuevas conductas tipificadas, y el adelantamiento de las barreras de la punición, aparejando la expansión del Derecho punitivo¹²⁴.

Ante ello, debemos considerar las características fundamentales del concepto de bien jurídico. Necesaria nos parece la definición que dan Guzmán y Squella de bienes jurídicos como el “conjunto de condiciones materiales e inmateriales que posibilitan la preservación y el desarrollo del individuo y de la sociedad en una existencia digna del hombre”¹²⁵. Podemos señalar como presupuestos de ello, que el sustrato de los bienes jurídicos puede ser tanto material como inmaterial; además de ser entidades objetivas, referidos a valores fundamentales de una sociedad, los que permiten una existencia digna de los individuos; junto con ello, los bienes jurídicos son susceptibles de ser lesionados y; son merecedores de protección jurídica, comprometiendo en ello un interés social.

Con ello, se pueden rechazar las convicciones morales o ideológicas como objeto de tutela penal. Además, se descarta la protección de la sola dignidad, cuestión que se distingue de los bienes jurídicos, así como la tutela de las buenas costumbres. Adelantamos en este punto lo inadecuado de fundamentar la tutela de tales pretendidos bienes en el delito del artículo 373.

3. Desestimación irracional del bien jurídico.

Para algunos, el concepto de bien jurídico del neokantismo¹²⁶ no representó defensa alguna ante la instrumentalización política del Derecho penal por parte del nacionalsocialismo. Políticamente, se produjo una fractura irreparable con lo que quedaba del racionalismo iluminista, negando el Estado nazi los valores liberales de los revolucionarios burgueses. El faro del Iluminismo fue reemplazado por la irracionalidad de la exaltación de la nacionalidad y el patriotismo, el sinsentido de la superioridad de la raza y, el pretendido destino histórico del

¹²³ GUZMÁN DALBORA, *Cultura y delito*, en colección internacional de la Pontificia Universidad Javeriana, N° 22, Temis, Bogotá, 2010, cfr. pp. 35-41.

¹²⁴ Sobre las causas de tal fenómeno, cfr. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales, Civitas, Madrid, 1999.

¹²⁵ GUZMÁN DALBORA y SQUELLA NARDUCCI, “Estudio preliminar”, en MAIHOFER, *Estado de Derecho y dignidad humana*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2008, p. XXI.

¹²⁶ Respecto de la calificación negativa que se le atribuye al neokantismo de Mayer, y la defensa de sus postulados en GUZMÁN DALBORA, “Bien jurídico y norma de cultura...”, cit., pp. 227-240.

pueblo tudesco, el que no era entendido como la sumatoria de los individuos de la sociedad, sino como un ente con identidad propia, superior a los individuos ligados por la sangre¹²⁷.

En lo jurídico, se produjo un trastorno en la teoría penal, erradicándose cualquier elemento que pudiese significar una barrera al obrar del Estado, dentro de los que se cuenta el concepto de bien jurídico. La Escuela de Kiel blandió su cruenta espada contra los logros de los años anteriores, hiriendo al concepto de bien jurídico. El delito no supone ofensa del bien jurídico alguno, es un acto de deslealtad o traición.

Tras la II Guerra Mundial, urge volver a dotar de contenido al concepto de bien jurídico para que sirva de escudo ante las embestidas del poder estatal, las que dejaron una herida difícil de sanar en el corazón de la humanidad.

Es en este contexto que la misma Dogmática alemana retomó el concepto de bien jurídico, procurando atribuirle un significado material que no lo dejase a merced del legislador de turno, que es lo que ocurrió con el régimen nacionalsocialista. Welzel fue uno de los propulsores. Entiende el bien jurídico como “todo estado social deseable que el Derecho quiere resguardar de lesiones”¹²⁸. Forman parte de un orden que denomina ético social, así es como los bienes son estados sociales deseables que se busca resguardar de lesiones, precisamente porque constituyen un orden ético social y, por eso, estarían antepuestos al ordenamiento punitivo.

En la segunda mitad del siglo veinte surgirá una teoría que intentará conceptualizar el bien jurídico anclado a la Constitución. Para ella, la Carta Fundamental contendrá en su texto un modelo de criminalización o, fijará los lineamientos necesarios para la selección de bienes jurídicos¹²⁹. Estas teorías fueron insinuadas primero en Alemania y luego en Italia, sobre todo con Franco Bricola, para quien el delito es un “hecho lesivo de un valor constitucionalmente relevante cuya significatividad es un elemento que condiciona la medida abstracta de la pena

¹²⁷ HORMAZÁBAL MALARÉE, op. cit., cfr. pp. 60-62. Para un análisis de las diferencias entre nacionalsocialismo y fascismo, DAHM, “Derecho penal nacionalsocialista y fascista, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, Editorial La Ley, Buenos Aires, año III, N° 6, julio de 2013, pp. 239-256.

¹²⁸ WELZEL, op. et ed. cit., p. 15.

¹²⁹ MATUS ACUÑA, “Sobre la necesidad constitucional de la existencia de un bien jurídico a proteger por los tipos penales”, en *Revista Universum*, N° 11, Talca, 1996, cfr. p. 124. Disponible en: <http://universum.otalca.cl/contenido/index-96/matus.html>.

criminal”¹³⁰, de allí que los bienes jurídicos susceptibles de tutela penal sean sólo los bienes constitucionalmente significativos; sobre todo pensando en la parte dogmática de las constituciones, donde yace la lista de las garantías fundamentales. Bricola buscaba reinterpretar la Constitución italiana para expurgarla del pasado fascista¹³¹. Pero, esta concepción fue criticada porque deja fuera del campo penal toda una serie de delitos que se refieren a bienes jurídicos que no tienen relación con garantías constitucionales, como es el caso de la tutela de la Administración pública. Ante ello, Bricola sostiene que un bien jurídico no sólo será relevante constitucionalmente cuando no sea contrario a la Constitución, sino que, además, se deben incluir los bienes jurídicos que se entiendan comprendidos entre los valores explícita o implícitamente garantizados por la Carta Fundamental¹³².

Podemos criticar esta limitación constitucional, en el sentido que significa volver a Feuerbach, debido que, será fácil confundir derechos constitucionales con derechos subjetivos. En segundo lugar, formaliza y torna rígidos los bienes jurídicos en el nivel constitucional, impidiendo toda evolución posible pues, para crear delitos que se funden en bienes jurídicos no contenidos en la Carta, se hará necesario modificarla.

Por otro lado, en Alemania se ha desarrollado una tendencia distinta, de cuño sociológico, que busca relacionar los bienes jurídicos con exigencias sociales y, en esta línea se inscribe Amelung con su teoría del daño social, en virtud de la cual, “cuando el Derecho penal protege las normas e instituciones de una sociedad libremente constituida, asegura las estructuras del armazón de la libertad”¹³³. Los bienes jurídicos son condiciones de la exigencia social, es por ello que en todo delito debe haber un acto dañoso socialmente hablando, puesto que el delito es un acto que altera el sistema social.

Forma parte, a su vez, de esta tendencia, Hassemer con su teoría personalista del bien jurídico. Para él, “la meta de una teoría monista personalista es funcionalizar los intereses

¹³⁰ BRICOLA, *Teoría general del delito*, trad. RESTREPO RODRÍGUEZ, en Colección “Maestros del Derecho penal”, N° 38, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2012, p. 44.

¹³¹ MATUS ACUÑA señala que estas teorías “se basan en la supuesta legitimidad democrática de las Constituciones y en su carácter de norma jerárquicamente superior al resto del ordenamiento”. No podemos predicar lo primero respecto de la Constitución dada durante el régimen autoritario en nuestro país. Ídem, p. 124.

¹³² BRICOLA, op. cit., cfr. p. 39.

¹³³ AMELUNG, “El concepto ‘bien jurídico’ en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, en *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, ed.: HEFENDEHL, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 262.

generales desde el punto de vista de los de la persona, deduciendo los bienes sociales y estatales de los del individuo”¹³⁴. Continúa señalando el autor que únicamente una teoría personalista puede invocar con legitimidad una concepción liberal del Estado, legitimando su acción desde el punto de vista de la persona¹³⁵.

El funcionalismo radical de Jakobs pertenece también a esta corriente. El autor exagera este punto de vista porque cifra todo en el funcionamiento de la sociedad y destruye el concepto de bien jurídico, el bien jurídico ya no está. El delito ofende las normas sociales relativas al correcto funcionamiento de la sociedad, prescindiendo del individuo como fin en sí mismo. El Derecho penal no ampara bienes jurídicos, sino la vigencia de la norma, la que, a su turno, garantiza la expectativa de que las personas actuarán de acuerdo a su rol¹³⁶.

4. El principio de ofensividad en el Derecho chileno.

El principio de ofensividad tiene un directo contacto con la teoría del bien jurídico. En virtud del primero, no cabe intervención punitiva si no existe una afectación de una entidad considerable a un bien jurídico¹³⁷. En virtud de ello, la intervención del *ius puniendi* se efectuará como *ultima ratio* ante los ataques más graves¹³⁸, evitando de esa manera atropellos a la libertad de los individuos, por lo que será necesaria la erradicación del discontinuo firmamento penal de aquellos delitos que no se ajusten estrictamente a dicha lesión o puesta en peligro significativa.

Para Gomes, en el Estado constitucional y democrático de Derecho, la doliente disciplina se justifica sólo cuando se encuentren presentes ciertas exigencias ético-políticas, dentro de las cuales destaca aquella en virtud de la cual el agente sólo puede ser

¹³⁴ HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *Introducción a la criminología y al Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 109.

¹³⁵ Ídem.

¹³⁶ JAKOBS, *Derecho penal*. Parte general, trad. de CUELLO CONTRERAS y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, 2ª ed. corregida, Marcial Pons, Madrid, 1997, cfr. pp. 44-45.

¹³⁷ Cfr. RIVACOBA Y RIVACOBA, “Introducción al estudio de los principios cardinales del Derecho penal”, en *Revista de Derecho*, Consejo de Defensa del Estado, año 2, N° 1, agosto de 2001. Disponible en: <https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/1d31a2b3-8184-44e0-bef6-9ad763e4e312/8.pdf?MOD=AJPERES>.

¹³⁸ Cfr. CARNEVALI RODRÍGUEZ, op. cit.

responsabilizado por el hecho que cometió cuando haya causado una ofensa concreta, esto es, que haya lesionado o puesto en efectivo peligro de lesión un bien jurídico, cuestión que constituye el centro del interés de la norma penal. Así es como el principio de ofensividad presupone la idea de un Derecho penal del bien jurídico y, a su turno, el contenido del bien jurídico presupone la idea de una norma¹³⁹.

Respecto de la discusión en torno a que si el principio de ofensividad puede ser hallado en la Constitución Política, existen dos posturas básicas¹⁴⁰. Una posición estricta, como la de Bricola, sostiene que la Carta Fundamental consagra en sí misma el modelo de criminalización y descriminalización. Así es como debe recurrirse a la enumeración de bienes del artículo 19, en especial del numeral 12, inciso primero, junto a los contenidos en los tratados internacionales suscritos por Chile, ello en virtud del artículo 5° de la Constitución. Debe agregarse a ello el artículo 9° que afirma que el terrorismo “es por esencia contrario a los derechos humanos”, ordenando sancionarlo penalmente. Siguiendo con lo anterior, el artículo 52 N° 2, letras b) y e) reconocen la existencia de ciertos delitos, en el contexto de la acusación constitucional. Se suma a lo dicho el artículo 79 contemplando los delitos propios de un abuso de la función jurisdiccional. Como consecuencia de todo ello, “el legislador debe atenerse al límite que supone el mandato constitucional, de manera que solamente aquellas conductas que supongan una lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico o, al menos comporten en sí mismas efectivamente un peligro, merecen sanción penal”¹⁴¹.

Una posición amplia considera que la Constitución es un modelo de referencia para precisar las funciones protectoras y garantizadoras de los bienes jurídicos, pero que de modo alguno los agota en su formulación. Así es como los bienes jurídicos se relacionan con las metas señaladas en la Constitución, siendo ellas directrices de protección que pueden llegar a ser vinculantes, pero entregando al legislador la facultad de seleccionar los bienes merecedores de protección penal, sin tener que constreñirse a lo preceptuado en la Constitución Política¹⁴². De tal modo pretenden deducirlo del artículo 19 N° 3, incisos séptimo y octavo, ya que, el tipo sólo puede determinarse realmente a partir del bien jurídico protegido o; del principio de

¹³⁹ GOMES, op. cit., cfr. p. 300.

¹⁴⁰ Respecto a lo implícito o explícito de la Constitución, ver ESCRIVÁ GREGORI, “Algunas consideraciones sobre Derecho penal y Constitución”, en *Papers, Revista de Sociología*, N° 13, 1980, pp. 141-163, cfr. pp.152-153.

¹⁴¹ MATUS ACUÑA, op. cit., p. 125. ESCRIVÁ GREGORI, op. cit., cfr. pp. 157 y ss.

¹⁴² MATUS ACUÑA, op. cit., cfr. p. 126.

proporcionalidad en sentido estricto o; porque la Constitución consagra un determinado modelo de descriminalización que se basa en el contenido mínimo de los derechos, conforme al artículo 19 N° 26; o bien porque se extrae de determinados conceptos consagrados en la Carta como “República democrática” y de la limitación de la soberanía que realiza el artículo 5°¹⁴³.

Ambas posiciones exigen de la Constitución que, en la formulación de normas penales, se proteja un bien jurídico determinado. Ello se deriva del valor que se le atribuye a la libertad personal o a la dignidad de la persona. Ambas, a su vez, se sustentan en la legitimidad democrática de las Constituciones, cuestión profundamente cuestionable respecto de la nuestra por su origen en un régimen autoritario, la que no ha sido reemplazada por una Constitución fraguada conforme a los valores y principios de uno democrático ni conforme a un Estado de Derecho¹⁴⁴.

Cabezas¹⁴⁵ señala que gran parte de la doctrina nacional está de acuerdo en que nuestra Constitución no consagra dicho principio en forma expresa¹⁴⁶, a pesar de la deducción de él fundamentada en el principio de legalidad y en los incisos séptimo y octavo del artículo 19 N° 3, junto con el 19 N° 26¹⁴⁷. Señala el autor que se ha venido desarrollando, por autores como Mañalich, una posición que discute la prevalencia del principio de lesividad de bienes jurídicos, basándose en que este principio no estaría exento de objeciones o, no tendría la fuerza para impedir la punibilidad de delitos de peligro abstracto. Una posición más extrema, que Cabezas identifica con Piña Rochefort, rechaza que el Derecho penal tenga como función el proteger bienes jurídicos, concibiéndolo como otro de los principios que legitimarían el ordenamiento punitivo. Concluye el autor, señalando que en Chile prevalece la postura que

¹⁴³ CABEZAS CABEZAS, “El principio de ofensividad y su relación con los delitos de peligro abstracto en la experiencia italiana y chilena. Un breve estudio comparado”, en *Revista de Derecho*, vol. 20, N° 2, Universidad Católica del Norte, Coquimbo, 2013. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/rducn/v20n2/art04.pdf>, cfr. pp. 94-95.

¹⁴⁴ Al respecto, DURÁN MIGLIARDI, “Constitución y legitimación de la pena. Apuntes teleológicos sobre el rol de la Constitución en el sistema penal”, en *Revista Política Criminal*, vol 6, N° 11, junio de 2011, pp. 142-162. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/Vol_06/n_11/Vol6N11A5.pdf, cfr. pp. 149 y ss.

¹⁴⁵ Cfr. CABEZAS CABEZAS, op. cit.

¹⁴⁶ CURY URZÚA, *Derecho penal*. Parte general, 8ª ed. ampliada, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2005, cfr. p. 55.

¹⁴⁷ MATUS ACUÑA, op. cit., cfr. p. 131.

concibe a la antijuridicidad relacionada con una efectiva lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos¹⁴⁸.

Matus señala que, si bien la Constitución consagra los valores esenciales del modelo de sociedad que regula, ello “no nos autoriza para concluir que sólo pueden considerarse como susceptibles de protección penal los valores constitucionalmente declarados”¹⁴⁹. La Carta limita sólo formalmente el establecimiento de delitos, sin referirse en ningún momento a su contenido material, salvo ciertas excepciones. Misma situación ocurre con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, el de San José de Costa Rica, los que sólo limitan formalmente al legislador penal en sus artículos 9.1 y 7.2, respectivamente. La Constitución ha establecido como único requisito para la configuración de tipos, el que se los formalice a través de una ley propiamente tal. Además, que la Constitución ordene la punición de determinados hechos, como lo hace en los mencionados artículos 52 y 79, no es argumento suficiente para sostener que se están protegiendo bienes jurídicos a nivel constitucional. Así las cosas, la Constitución sólo ha establecido límites formales y ha autorizado, de manera general, al legislador para que establezca los procedimientos en que se prive de libertad a un individuo y, los casos en que esto suceda.

El Tribunal Constitucional se ha referido a este principio con ocasión de recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, promovidos en contra de disposiciones del Código penal. Así es como la sentencia N° 739/2007, decidiendo acerca de la inaplicabilidad del artículo 292 por presumir la responsabilidad penal al castigarse por el solo hecho de organizarse (delito de peligro abstracto), rechaza el recurso y, afirma, en el considerando 15, que el principio de lesividad no se encuentra expresamente consagrado en la Constitución, sino que es un principio del Derecho punitivo que exige la presencia de un bien jurídico determinado y, que éste se vea afectado para poder medir la ofensa y, consecuentemente la sanción. Continúa el Tribunal señalando que se debe interpretar el artículo 292 guiándose por la presunción de legitimidad que emana de los actos del legislador, concordándola con los principios constitucionales, de tal manera que así resultará razonable y coherente con la

¹⁴⁸ CABEZAS CABEZAS, op. cit., cfr. pp 97-98.

¹⁴⁹ MATUS ACUÑA, op. cit., p. 127.

protección del orden público y el ejercicio del derecho de asociación; por ello, se debe estimar como un elemento del tipo su peligrosidad concreta¹⁵⁰.

La sentencia N° 993/2007, de 13 de mayo de 2008, se pronuncia sobre el mismo recurso anterior y, también sobre una presunción de responsabilidad, pero del artículo 4° de la Ley N° 20.000. El Tribunal nuevamente declara que se trata de un delito de peligro abstracto y no de uno de peligro concreto. Para el Tribunal, en este delito de mera tenencia queda patente el bien jurídico protegido¹⁵¹.

En sentencia N° 825/2008, el Tribunal resuelve acerca de la legitimidad constitucional de la equiparación de las penas de la tentativa con las de la consumación en el delito del artículo 450, inciso primero del Código penal. En el considerando 21 el Tribunal Constitucional aclara que a él “no le corresponde sustituir el juicio propio del legislador ni juzgar la sabiduría o mérito de los instrumentos que emplea, incluso si ellos conllevan diferencias, a condición de que estos instrumentos diferenciadores se presenten como razonablemente idóneos para alcanzar fines constitucionalmente lícitos y se dé la proporcionalidad”. En el considerando siguiente señala el Tribunal que “imponer este gravamen y trato diverso no puede considerarse tan desproporcionado al logro del fin de prevención general asignado a las penas para calificarlo de arbitrario o carente de razonabilidad”, con lo que los Ministros se refieren a la racionalidad de la elección del legislador penal.

Ahora, respecto la sentencia N° 1683/2011 que resuelve sobre la inconstitucionalidad del delito del artículo 365 del Código penal, el recurrente señaló que se infringe el principio de igualdad, ya que, el precepto sanciona la sodomía, en el cual se castiga una conducta que con sujetos diversos no se pune. El Tribunal desestima el recurso, señalando que detrás de la norma existe un bien jurídico: el desarrollo inalterado de la sexualidad del menor. No se pronuncia acerca de la homofóbica desigualdad que motiva el recurso, pero sí toma el concepto de bien jurídico y lo moldea a su antojo para atentar contra el principio de igualdad, distorsionando el origen y la función del bien jurídico.

¹⁵⁰ CABEZAS CABEZAS, op. cit., cfr. pp. 108-109.

¹⁵¹ Ídem, cfr. pp. 109-110.

Para el Tribunal Constitucional, el principio de ofensividad no se encuentra consagrado en la Constitución, sino que debe extraerse de la racionalidad, a pesar que aún no se ha utilizado el criterio de proporcionalidad, aceptado por la doctrina ibérica y tedesca¹⁵².

Por ello debemos tener en consideración la función dogmático-interpretativa del bien jurídico, en virtud del cual, éste consiste en una categoría que sirve como principio para identificar cada tipo con arreglo a la objetividad jurídica que lo distingue de los demás; así el bien jurídico se consagra en *telos* de la incriminación y, de tal guisa, como punto de partida para despejar los problemas que presente cada delito. Por tal motivo, el método teleológico debe ser considerado en la interpretación de la ley penal¹⁵³.

La concepción metodológica del bien jurídico permite la intelección teleológica de la ley penal. Así, en la Parte especial ha de desplegar todo su potencial puesto que en los tipos se encuentra su “terreno natural”¹⁵⁴. Así es como, en nuestro Código penal los distintos tipos, sino la mayoría de ellos, se inspiran en la teoría de los bienes jurídicos para su establecimiento. Tras la mayoría de los delitos podemos hallar un bien jurídico¹⁵⁵, y en algunos casos más de uno, que debe ser ofendido para que pueda ser sancionada la conducta tipificada¹⁵⁶. Para Politoff, Matus y Ramírez, una visión liberal del Derecho no puede prescindir de la tarea de amparar determinados bienes jurídicos, entendidos como intereses individuales o colectivos, juzgados indispensables para la convivencia social¹⁵⁷, requiriendo este principio de una entidad mínima de afectación, se excluyen las bagatelas o afectaciones insignificantes¹⁵⁸.

Por ello es que el principio de ofensividad se desprende del Código penal, de origen liberal, independientemente de las innumerables reformas que lo han desfigurado en el ámbito de los delitos sexuales y en la tipificación de delitos de peligro abstracto. Así es como la profesora Mayer señala que el fundamento de la aplicación de la norma penal radica en la realización de una conducta punible que importe una lesión grave o una efectiva puesta en

¹⁵² Ibidem, cfr. pp. 110-112.

¹⁵³ GUZMÁN DALBORA, *El delito de amenazas*, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago de Chile, 1999, cfr. pp. 13-16.

¹⁵⁴ Ídem, p. 21.

¹⁵⁵ BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal*. Parte especial, 2ª edición aumentada, corregida y puesta al día, Ariel, Barcelona, 1991, cfr. pp. 1-4.

¹⁵⁶ ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, *Derecho penal*. Parte especial, 4 vols., 3ª edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, t. I, 1998, cfr. pp. 28-29.

¹⁵⁷ POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, op. cit., cfr. pp. 67-68.

¹⁵⁸ ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, op. cit., cfr. p. 128.

peligro de los intereses específicos y concretos de los demás. Así es como “no entran en consideración afectaciones ideales o meramente presuntas de los bienes jurídicos ajenos o que sólo impliquen un sentimiento de molestia o desagrado frente al comportamiento de otros”¹⁵⁹. La noción de daño que busca impedirse, tiene un sentido preciso, en el sentido que, sólo resulta legítimo prohibir acciones socialmente intolerables que afecten gravemente los intereses de mayor relevancia para la persona, con lo que se excluye el paternalismo punitivo o la tutela penal del individuo respecto de sí mismo¹⁶⁰.

CAPÍTULO III

DELITO DE ESCÁNDALO PÚBLICO

1. Bien jurídico ofendido. Moralidad pública, buenas costumbres y pudor. Carencia de ofensividad.

Debido a la vaporosidad de los términos que utiliza la ley, es que respecto del bien jurídico tutelado por este delito se torna muy difícil la tarea de fijar el fundamento que ha tenido en vista el legislador al tipificar esta conducta¹⁶¹. La única posibilidad de darle sentido en cuanto al bien jurídico, es sostener que se trata de la moral pública referida a lo sexual, con todas las críticas que ésta merece como objeto de tutela penal. Respecto de la moral sexual, Muñoz Conde la define como “aquella parte del orden moral social que encauza dentro de unos límites las manifestaciones del instinto sexual de las personas”¹⁶².

¹⁵⁹ MAYER LUX, “Almacenamiento de pornografía en cuya elaboración se utilice a menores de dieciocho años: un delito asistemático, ilegítimo e inútil”, en *Revista Política criminal*, vol. 9, N° 17, julio de 2014, Santiago de Chile, p. 45.

¹⁶⁰ Ídem, cfr. pp. 45-46.

¹⁶¹ RODRÍGUEZ COLLAO, *Delitos sexuales*. De conformidad con las modificaciones introducidas por la Ley N° 19.617 de 1999, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001, cfr. p. 239.

¹⁶² MUÑOZ CONDE, “Los delitos contra la libertad sexual (título IX, libro II del Código penal), en *Estudios penales y criminológicos*, año 1988-1989, vol. XIII, pp. 267-296, 1990. Disponible en: http://dspace.usc.es/bitstream/10347/4214/1/pg_268-297_penales13.pdf, p. 279.

Esta moral pública referida a lo sexual es una especie dentro del género de la moral pública, que en filosofía se denomina ética social, esto es, el conjunto de convicciones morales más o menos dominantes al interior de una determinada comunidad, acerca de los criterios morales más convenientes para la orientación de la vida del individuo en la sociedad. La moral pública, en este sentido, equivale a la moral social, entendida “como el conjunto de exigencias de orden moral que cada sociedad formula o dirige a sus miembros, y que provienen de un cierto acervo fundamental de concepciones predominantes al interior de cada sociedad acerca de lo que es moralmente bueno y moralmente incorrecto”¹⁶³, cuya función es orientar la genuina moral que es autónoma e interior, mas no colectiva.

La moral pública se constituye en la medida que se comparten algunas creencias o sentimientos arraigados, expresados en las conductas habituales de los miembros del grupo social, respecto a lo que sea correcto o incorrecto moralmente. De ello se derivarán ciertas expectativas y demandas de comportamiento que el grupo dirige a sus integrantes. Por ello es que la fuerza vinculante de la moral social no reside en la conciencia del individuo, sino en el ejercicio del comportamiento del grupo, el cual se tornará normativo¹⁶⁴.

En un sentido restringido, la palabra ética se reserva para referirse, de manera exclusiva, a las normas morales, no a las de trato social ni a las jurídicas, de lo que se sigue que ético pasa a ser únicamente el comportamiento moralmente correcto. Así es como ética se constituye como sinónimo de moral y, en consecuencia, se trata de una expresión alusiva a lo que deberíamos hacer para alcanzar el bien y evitar el mal¹⁶⁵. Díez Ripollés señala que la noción de moral se encuentra ligada a planteamientos éticos, por cuanto expresa lo que la sociedad aprueba o desaprueba por ser eticosocialmente positivo o negativo¹⁶⁶.

Squella nos recuerda que “la moral no es lo mismo que el Derecho, aunque al hombre le llevó mucho tiempo distinguir bien entre uno y otro orden normativo, y nadie en su sano juicio debería propiciar hoy una confusión entre ambos o una sustitución de uno de tales órdenes por el otro. Por ello es que no se debe juridizar la moral ni moralizar tampoco el

¹⁶³ SQUELLA NARDUCCI, *Derecho y moral*. ¿Tenemos obligación moral de obedecer el Derecho?, 2ª ed., Edeval, Valparaíso, 1999, p. 37.

¹⁶⁴ Ídem, cfr. p. 37.

¹⁶⁵ Ibídem, cfr. pp. 123-124.

¹⁶⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, *Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras*. La frontera del Derecho penal sexual, Bosch, Barcelona, 1982, cfr. p. 10.

Derecho”¹⁶⁷, lo que no ha sido debidamente obedecido por el legislador al tipificar estas conductas, tutelando bienes jurídicos que no son tales ni deben serlo en un Estado de Derecho respetuoso de la intimidad de cada cual. Así es como en Alemania, bajo la influencia de la teoría de los bienes jurídicos, se reformó el Derecho penal sexual eliminando el título “Delitos y faltas contra la moralidad”, ya que, ésta, al no ser un bien jurídico, no puede ser protegida jurídico-penalmente; la mera ilicitud moral no basta para justificar la puesta en marcha del aparato punitivo, por lo que quedaron exentos de pena comportamientos que eran considerados inmorales hasta ese entonces, como la homosexualidad, adulterio, zoofilia y otros pretendidos ilícitos morales¹⁶⁸.

Debemos reiterar que la auténtica moral es individual, responde exclusivamente al foro interno de la conciencia del individuo al formarse la convicción sobre lo que es bueno¹⁶⁹, y no la moral pública o ética social, que es una moral inauténtica; la moral individual no puede ser tutelada por el Derecho penal. Si el Estado, por medio del Derecho, tratara de imponer una determinada moral individual, éste se transformaría en un Estado inmoral. Carrara, al referirse a los delitos contra la moral, señala que de ellos “debe decirse que su objeto no es la pura moral, sino más bien el sentimiento moral de los ciudadanos, y esto es lo que quiere expresarse con la fórmula moral pública”¹⁷⁰, cuestión con la que no podemos estar de acuerdo, por cuanto el Derecho penal no debe servir de cobijo para resguardar los sentimientos morales de los individuos. Lo distintivo y auténtico del comportamiento moral, es su esencial libertad, su liberación de compulsiones externas, de las que el Derecho, y cuánto más el Derecho penal, debe mantener celosa distancia.

Otro problema que se añade a lo anterior es que, en las sociedades contemporáneas, existen concepciones morales diferentes y hasta contradictorias entre los individuos, por lo que intentar resguardar penalmente la moralidad pública resulta, del todo, imposible. Erróneamente Labatut señala que uno de los elementos constitutivos del delito que estamos analizando es la

¹⁶⁷ SQUELLA NARDUCCI, *Derecho y moral...*, cit., p. 127.

¹⁶⁸ ROXIN, “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal”, trad. de ORTÍZ DE URBINA GIMENO, en *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, ed.: HEFENDEHL, Marcial Pons, Madrid, 2007, cfr. pp. 444 y 449.

¹⁶⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, *Exhibicionismo, pornografía...*, cit., cfr. p. 12.

¹⁷⁰ CARRARA, *Programa de Derecho criminal*. Parte especial, trad. de ORTEGA TORRES, 10 vols., 2ª edición, Temis, Bogotá, t. VIII, 1962, p. 9.

“ofensa al pudor o las buenas costumbres, esto es, a la moral sexual individual o colectiva”¹⁷¹; surgiendo el problema de determinar qué moral será la tutelada, ¿la inauténtica o la auténtica? Si es la primera, ¿cómo determinaremos qué concepciones morales son las ampliamente predominantes en la sociedad en un momento determinado?; si tutelamos la que es colectiva, ¿podrá el Estado amparar unos sentimientos morales en desmedro de otros? Si es la moral individual la tutelada, ¿deberemos indagar en lo profundo del sujeto pasivo para descubrir cuáles son sus sentimientos referidos a lo sexual que han sido lesionados, corriendo el serio riesgo de dejar en manos de éste la configuración del delito? Estas preguntas deben ser respondidas negativamente si queremos mantener alejada a la dolorosa disciplina del complejo mundo de lo sexual y del objeto del deseo sexual.

Ahora, pasando a las buenas costumbres, podemos decir que ellas corresponden a un sector de las normas de trato social, elementales y básicas, que deben presidir las relaciones de los individuos de acuerdo a las normas de cultura de un determinado pueblo en un momento histórico; son un mínimo de exigencia de decoro que debe existir entre las personas, mínimo que, al igual que la moral pública, es cambiante, dependiendo del grado de cultura o refinamiento de las normas de trato social, entre otras; por lo que, “la descripción de hechos atentatorios a las buenas costumbres del momento de la promulgación provocaría una infructuosa petrificación de la ley”¹⁷². No es asunto del Derecho penal castigar meras faltas a la cortesía; ¡qué agobiante sería vivir en una sociedad en la que el Derecho punitivo sancionara las contravenciones a las normas de trato social!

La diferencia entre la moralidad pública y las buenas costumbres estriba en que la primera atiende al carácter ético jurídico del acto, al sentimiento ético de la comunidad en relación con los fenómenos sexuales; la segunda se refiere a la forma social de la acción, a las costumbres de la comunidad en relación con esos mismos fenómenos. Por tanto, aquéllas aluden a la intimidad del querer o del sentir y, éstas al operar externo de un mismo fenómeno¹⁷³.

¹⁷¹ LABATUT GLENA, *Derecho penal*. Parte especial, 2 vols., 7ª edición actualizada por ZENTENO VARGAS, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, t. II, 1992, p. 149.

¹⁷² RODRÍGUEZ MOURULLO, op. et vol. cits., p. 890.

¹⁷³ DÍEZ RIPOLLÉS, *Exhibicionismo, pornografía...*, cit., cfr. p. 14.

Los actos atentatorios contra las buenas costumbres “(...) son actos que quebrantan o violan la moral pública en los aspectos concretos que se refieren al pudor o a la honestidad. Esto es, las buenas costumbres que hacen relación a este sector específico de la moral sexual social”¹⁷⁴, esto es, a la observancia de normas de conducta que la generalidad de los individuos de una sociedad exige en cuanto al ejercicio público de actividades relacionadas con las funciones sexuales¹⁷⁵. Como bien señala Verdugo, “las buenas costumbres están constituidas por el conjunto de juicios y, más comúnmente, de prejuicios, existentes sobre materia de preferencia sexual, en una época y un medio dados”¹⁷⁶, prejuicios que en nuestro país son exageradamente superiores a los que se tienen en los países vecinos. Así es como la ofensa a las buenas costumbres haría referencia a normas de cultura, a valores dominantes en la colectividad que se verían lesionados y contradichos en su permanencia, por la conducta punible¹⁷⁷.

Siguiendo con el análisis del bien jurídico del delito del artículo 373, Rodríguez Collao señala que “la opinión mayoritaria entre los autores chilenos considera que lo protegido es aquí el pudor público, entendido por tal los sentimientos predominantes en la colectividad en cuanto al ejercicio de la actividad sexual, porque la exhibición pública de tal actividad es considerada ofensiva por la generalidad de los ciudadanos, y este sentimiento es el tutelado por la ley”¹⁷⁸.

El pudor es un sentimiento medio de decencia sexual, es decir, de aquellas manifestaciones de contenido sexual idóneas para alterar la normal tolerancia sexual de las personas¹⁷⁹, por lo que reviste un claro contenido social, que va variando con los tiempos. En este terreno, la religión ha influido de manera notoria en el concepto de pudor de cada

¹⁷⁴ JIMÉNEZ ASENJO, op. et vol. cit., p. 695. MARTÍNEZ-PEREDA, *El delito de escándalo público*, Tecnos, Madrid, 1970, cfr. p. 116.

¹⁷⁵ ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, op. et ed. cit., t. IV, cfr. p. 86.

¹⁷⁶ VERDUGO MARINKOVIC, *Código penal*. Concordancias, antecedentes históricos, doctrina, jurisprudencia, 3 vols., 2ª edición, Ediar-Conosur, Santiago de Chile, t. III, 1986, p. 773.

¹⁷⁷ MARTÍNEZ-PEREDA, op. cit., cfr. p. 117.

¹⁷⁸ RODRÍGUEZ COLLAO, *Delitos sexuales*. De conformidad..., cit., p. 239.

¹⁷⁹ ABOSO, *Derecho penal sexual*. Estudio sobre los delitos contra la integridad sexual, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2014, cfr. p. 441.

sociedad¹⁸⁰, al extremo de sostenerse erróneamente que es un concepto inherente a la civilización cristiana¹⁸¹, ignorando las concepciones acerca del pudor que tienen las demás civilizaciones y grupos humanos. Así es como este sentimiento, originariamente un fenómeno individual, repercute sobre el medio social, determinando la conducta en un complejo de actitudes¹⁸².

Díez Ripollés, citando a Peters, señala que, en relación a los sentimientos de pudor y moralidad, “la sexualidad es una más de las expresiones de la personalidad, por lo que ha de estar rodeada, como todo lo elevado, de un respeto moderado, respeto en el que adquieren su fundamento estos sentimientos; por consiguiente, éstos se verán heridos si lo sexual se desgaja de la personalidad en su conjunto, y se valora y exhibe al ser humano sólo como ser sexual, de un modo, pues, parcial, y que deviene, en cuanto ser sólo sexual, mero objeto de consideración o posesión por otros”¹⁸³.

Se podría sostener que lo ofendido aquí es el pudor, teniendo en cuenta que el tipo lo incluye como uno de sus elementos. Sin embargo, éste no es un bien jurídico, sino un sentimiento. En realidad, existe una gran relación entre pudor y temor, ya que el primero es “un temor social a producir aversión, siendo una forma de autoconciencia semejante a la del sentimiento del honor, cuya aparición implica el temor a decaer en la valoración de los demás, con una necesidad instintiva de encubrir una falta cometida por uno mismo, y preservarse de la vista de otras personas”¹⁸⁴, de suerte que la mayor o menor sensibilidad pudorosa de un sujeto ante el objeto sexual no puede ser lo ofendido¹⁸⁵, de ser así infringiríamos el principio de

¹⁸⁰ Ídem, cfr. p. 442.

¹⁸¹ DÍEZ RIPOLLÉS, *Exhibicionismo, pornografía...*, cit., cfr. p. 4.

¹⁸² MARTÍNEZ-PEREDA, op. cit., cfr. p. 115.

¹⁸³ DÍEZ RIPOLLÉS, *Exhibicionismo, pornografía...*, cit., p. 6.

¹⁸⁴ Ídem, p. 7.

¹⁸⁵ En el ámbito de los procesos psicológicos, se ha sostenido que tras el sentimiento de pudor se oculta, intentando contrarrestarse, un impulso libidinoso y, que la vergüenza y el sonrojo que lo acompañan serían una formación de compromiso que satisface parcialmente ciertos deseos prohibidos y, al mismo tiempo, representa una prohibición y castigo por esos deseos. La incriminación de las manifestaciones sexuales en público reside en el peligro de contagio social basado en motivaciones inconscientes, al ser el pudor una prohibición impuesta desde el exterior, interiorizado por el sujeto a pesar de ir contra uno de los deseos más fuertes del hombre, cual es el impulso sexual, el que no ha sido suprimido, sino que se ha refugiado en el inconsciente, por lo que si alguien viola las normas referidas al pudor, puede despertar las envidias de quienes reprimieron tales conductas, activando sus contenidos inconscientes y surgiendo deseos de hacer lo mismo. En sus formas más exageradas sería, en términos psicoanalíticos, una formación reactiva. *Ibidem.*, cfr. pp. 8, 9 y 34.

legalidad, dejando al arbitrio del sujeto pasivo el resultado del delito y la punibilidad de la conducta.

No es de nuestro parecer que el ultraje al pudor, pudiendo ser un acto inmoral, pueda llegar a ser un acto antijurídico, transformándose en una transgresión delictiva perfectamente punible, como señalan De Benito¹⁸⁶ y Cuello Calón¹⁸⁷. Asimismo, rechazamos la ejemplificación de Soler para aludir al pudor como concepto medio de decencia y buenas costumbres al señalar que “no se trata de proteger ni un sentido muy depurado del pudor (el de una monja) ni solamente las formas más groseras de ofensa (la que puede sentir una prostituta). En este sentido, es necesario que el juez se coloque en un término medio normal, para lo cual deberá tomar especialmente en cuenta las circunstancias históricas y de lugar, ya que éstas son variables”¹⁸⁸, puesto que, como señala Carrara, las diferencias entre pudor y castidad son notorias, ésta expresa un concepto físico; el pudor un concepto moral¹⁸⁹, siendo una “especie de reserva casta, de vergüenza tímida y honesta, de inocencia alarmada frente a ciertos dichos o hechos”¹⁹⁰. Reiteramos la idea que el Derecho no debe inmiscuirse ni en las preferencias, decisiones ni actividades sexuales que el ser humano quiera llevar a cabo. Tampoco debemos olvidar que la dignidad humana es común a todos los individuos sin distinción de ninguna clase, no admitiendo grados de detentación: tiene dignidad incluso aquel que se comporta “indignamente”¹⁹¹.

Ahora, si suponemos que la moral pública y las buenas costumbres son un auténtico bien jurídico, se trataría de un bien de titularidad colectiva, cuyo titular sería la comunidad y, por ello, el bien resultaría indisponible para los sujetos; el consentimiento no tendría efecto desincriminante, por lo que todos podríamos gozar de él, pero nadie disponerlo. No podemos señalar aquello, ya que, no pueden constituirse en bien jurídico las buenas costumbres, el pudor o la moral pública. Este delito debe reconducirse (o suprimirse) y limitarse a la protección de un bien jurídico de los llamados personales¹⁹², cuestión que resultará infructuosa.

¹⁸⁶ DE BENITO, op. et vol. cits., cfr. p. 621.

¹⁸⁷ CUELLO CALÓN, voz: “Escándalo público”, en *Enciclopedia jurídica española*, 30 vols., Francisco Seix, Barcelona, t. XIV, 1910, cfr. p.460.

¹⁸⁸ SOLER, op. et ed. cits., t. III, pp. 393-394.

¹⁸⁹ CARRARA, op., vol. et ed. cits., cfr. p. 30.

¹⁹⁰ VERDUGO MARINKOVIC, op., vol. et ed. cits., p. 773.

¹⁹¹ SQUELLA NARDUCCI, *Ignaldad*, 2ª ed., Editorial UV, Valparaíso, 2015, cfr. p. 21

¹⁹² BUOMPADRE, op. cit., cfr. p.437.

Conforme al principio de intervención mínima, según el cual el Derecho penal debe abstenerse de intervenir cuando un acto no lesione o ponga gravemente en peligro un bien jurídico¹⁹³, podemos afirmar categóricamente que el artículo 373 no tutela bien jurídico alguno. Tanto la moralidad pública, como las buenas costumbres y el pudor, como ya se vio, son conceptos que no pueden ser encuadrados como bienes jurídicos merecedores de tutela penal, lo que no es del parecer de Díez Ripollés, quien señala que la protección del pudor es instrumental al evitar la corrupción sexual y la difusión de las malas costumbres, impidiendo la producción de excitaciones artificiosas de la dinámica o del instinto sexual, significando un equilibrio entre un instinto sexual desenfrenado y las exigencias derivadas de una vida de relación¹⁹⁴. Ante ello, pensamos que no podemos recurrir al Derecho penal para tutelar instrumentalmente al pudor, merced ser la *ultima ratio*, y no la primera línea de batalla en contra de lo que se estime socialmente corruptor de la sexualidad y difusor de malas costumbres; para ello están la educación que se entrega en el hogar, la educación sexual que debiera entregar el Estado o, en último término y dependiendo de cada cual, las creencias religiosas referidas a lo sexual. Así, el Derecho penal únicamente puede prohibir conductas “en casos de extrema y demostrada necesidad, lo cual supone, entre otras cosas, excluir el paternalismo punitivo o la tutela penal del individuo respecto de sí mismo”¹⁹⁵.

2. Análisis del tipo.

2.1. Tipo abierto o de caucho. Actos comprendidos en él.

El artículo 373 del Código penal chileno establece el delito de escándalo público en los siguientes términos: “*Los que de cualquier modo ofendieren el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia, no comprendidos expresamente en otros artículos de este Código, sufrirán la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio*”.

Lo primero con lo que nos enfrentamos es la falta de determinación de la acción típica. El Código utiliza la fórmula “los que de cualquier modo”, esto es, cualquier acto, cometido de

¹⁹³ RODRÍGUEZ COLLAO, *Delitos sexuales*. De conformidad..., cit., cfr. p. 240.

¹⁹⁴ Díez Ripollés, *Exhibicionismo, pornografía...*, cit., cfr. pp. 32 y 33.

¹⁹⁵ Mayer Lux, op. cit., p. 46.

cualquier forma, lo que no quiere decir que se encuentren desvinculados los medios de ejecución, sino que no se señala la actividad típica.

Ya desde la formulación de la descripción típica, este delito golpea de lleno al principio de taxatividad al referirse genéricamente a la palabra “hechos”, sin más, transforma a este tipo en uno de caucho, que puede ser moldeado según las preferencias de quien lo manipula. Sin embargo, a pesar de tal calidad, de algún modo es posible dibujar los contornos de la acción típica, ya que, el Código al utilizar dicha palabra quiere expresar que sea indispensable que el agente realice una acción voluntaria y, que ésta sea ejecutada por él¹⁹⁶. Ella debe ser corpórea o física; las meras palabras o expresiones obscenas son atípicas, a diferencia de lo que piensa Martínez-Pereda, para quien caben tanto conductas activas como omisivas, y así, la palabra puede caber dentro del acto como elemento del delito¹⁹⁷. Debemos excluir del campo de lo punible, en este delito, el proferir palabras o expresiones obscenas, porque, en propiedad, no hay hechos. Lo anterior puede comprobarse al interpretar sistemáticamente el artículo 373 con la falta del artículo 495 N° 5 del Código penal, la que castiga con multa de una unidad tributaria mensual al que públicamente ofendiere el pudor con acciones o dichos deshonestos. Así las cosas, el delito debe efectuarse mediante *hechos* de grave escándalo o trascendencia, por lo que si se ofende al pudor o las buenas costumbres, no con hechos, sino con palabras, o éstos no producen grave escándalo o no son de gran trascendencia, se incurrirá en la falta mencionada con antelación¹⁹⁸.

Intentemos acotar el campo de lo prohibido por este delito. Martínez-Pereda señala que “dentro del acto de carácter sexual debe comprenderse la conjunción carnal, normal o anormal, legítima o no, la palpación de los senos femeninos u otras partes vergonzantes sin que sea preciso que la parte del cuerpo esté desnuda. También la masturbación, autoexhibición y cualquier exteriorización de lujuria”¹⁹⁹. Estamos de acuerdo con que la realización del coito debe comprenderse dentro del tipo, puesto que es la máxima expresión de la actividad sexual, sin tomar en consideración si los amantes son o no del mismo sexo o si han celebrado el

¹⁹⁶ JIMÉNEZ ASENJO, op. et vol. cits., cfr. p. 696.

¹⁹⁷ MARTÍNEZ-PEREDA, op. cit., cfr. p. 91.

¹⁹⁸ LABATUT GLENA, op., vol. et ed. cits., cfr. p. 149.

¹⁹⁹ MARTÍNEZ-PEREDA, op. cit., p. 92.

contrato de matrimonio²⁰⁰. La masturbación la consideramos abarcada por la descripción típica, por cuanto representa la autosatisfacción del deseo sexual en el que se involucran directamente los órganos genitales. Respecto del exhibicionismo, en un principio también la incluiremos dentro de los *hechos* que sanciona el delito de escándalo público, aunque con algunas prevenciones. Estas tres acciones deben ser realizadas en público. Rechazamos incluir la palpación de los senos femeninos u otras partes del cuerpo, ya que, ellos no son órganos sexuales, sin perjuicio de que sean zonas erógenas, como asimismo lo pueden ser el cuello u otras partes del cuerpo humano. Incluir cualquier exteriorización de la lujuria resulta excesivo, infringe el principio de taxatividad y mantiene el carácter elástico del tipo.

Ortiz Romero postula que “el hecho debe ser idóneo, es decir, apto por su significado para ofender en forma grave ya sea el pudor, o bien las buenas costumbres. Tales bienes pueden ser ofendidos a través de actos obscenos. La obscenidad, como sinónimo de lo impúdico, de lo torpe, de lo ofensivo al pudor, ha sido un elemento exigido por las figuras correspondientes de la ley italiana y argentina”²⁰¹, cuestión que no ocurre expresamente en nuestro delito. Respecto de las legislaciones foráneas, se señala que lo obsceno es un elemento normativo del tipo, de carácter empírico-cultural y, por ende, mudable en el tiempo, quedando entregada al intérprete su conceptualización en razón de su propia ideología y del caso concreto, lo que representa un criterio peligroso para la seguridad jurídica propia de un Estado de Derecho²⁰². Al ser un concepto eminentemente cultural, en nuestro tiempo el campo del delito de escándalo público ha quedado muy restringido; es por ello que la calificación de un acto como obsceno “puede variar de una persona a otra, lo cual no impide acordar que cierto grupo de acciones encuadran en el carácter de lo obsceno, por ejemplo, la de masturbarse en público o ante un menor de edad; el de mantener relaciones sexuales en público o ante un menor de edad; el de exhibirse desnudo con el propósito de escandalizar a otro; el de mostrar

²⁰⁰ La distinción que alude a lo normal o anormal de la conjunción carnal, referida al carácter heterosexual u homosexual de la pareja, nos parece discriminatoria y sin asidero en lo compleja que puede ser la sexualidad y sus manifestaciones. La distinción entre legítima e ilegítima tampoco nos parece procedente, por cuanto el delito de adulterio se encuentra derogado. Respecto de lo último, sólo apuntar una coincidencia: quienes se oponían ferozmente a la derogación del adulterio, son quienes más se escandalizan ante manifestaciones públicas de la desnudez, incluso si ella no se realiza en un contexto sexual, sino con motivos artísticos o políticos.

²⁰¹ ORTIZ ROMERO, *El delito de ultraje público a las buenas costumbres*. Artículos 373 y 374 del Código penal, Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1967, pp. 50 y 51.

²⁰² BUOMPADRE, op. cit., cfr. p. 440.

su órgano sexual a menores de edad, etc.”²⁰³. Así es como este delito produce una conmoción psicológica en los individuos que conocen o presencian el acto torpe u obsceno, quebrantando o alterando el equilibrio ético normal en que se desenvuelve la vida pública o social²⁰⁴.

Pasando a las conductas exhibicionistas, Jiménez Asenjo se pregunta acaso será delito el desnudismo. Ello no podrá resolverse *a priori*, ya que, la calificación depende de las circunstancias ambientales en que se produzca²⁰⁵. El exhibicionismo consiste en mostrar los órganos sexuales a terceros, llamando la atención con gestos y señales, pudiendo ser acompañado de proposiciones deshonestas y de actos masturbatorios. Es más común en los hombres, por lo que la exhibición será, por lo general, ante mujeres o niñas, sin descartar que se realice frente a individuos del mismo sexo; nada obsta que existan casos de mujeres exhibicionistas, y los hay²⁰⁶.

La prohibición de esta clase de acciones hunde sus raíces en el tabú de la presentación del miembro masculino desnudo, cuya reacción, en la mayor parte de las personas que se ven confrontadas con él, es la de sentirse lesionadas en su sentimiento moral y estético y, por ello, sienten menoscabado con mayor o menor intensidad su bienestar psíquico²⁰⁷.

Desde el punto de vista psiquiátrico, en el sujeto se revela una inclinación, e incluso un deseo irrefrenable y compulsivo de exponer sus genitales a extraños en espacios públicos para alcanzar satisfacción sexual, apareciendo ante la víctima de improviso y manteniendo la distancia corporal²⁰⁸. Estos actos son frecuentes en personas con ciertos trastornos mentales como en los afectados por psicosis manícodepresiva, si bien en forma accidental; también los paralíticos progresivos, epilépticos, afectados de esquizofrenia, dementes seniles y oligofrénicos en nivel de débiles mentales²⁰⁹. Es por ello que el exhibicionismo, como manifestación del escándalo público, debiera quedar en extremo reducido, por cuanto la gran mayoría de los

²⁰³ ABOSO, op. cit., p. 451.

²⁰⁴ JIMÉNEZ ASENJO, op. vol. et ed. cit., cfr. p. 695.

²⁰⁵ Ídem, cfr. p. 697.

²⁰⁶ FLORES FRÍAS y ARACENA MORALES, *Tratado de los delitos sexuales*, edición actualizada y puesta al día, Editorial Jurídica La Ley, Santiago de Chile, 2005, cfr. p. 15. MARTÍNEZ-PEREDA, op. cit., cfr. pp. 178-179.

²⁰⁷ HÖRNLE, “La protección de sentimientos en el StGB”, en *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, trad. del alemán por MARTÍN LORENZO, ed.: HEFENDEHL, Marcial Pons, Madrid, 2007, cfr. pp. 385 y 386.

²⁰⁸ ABOSO, op. cit., cfr. p. 444. FLORES FRÍAS y ARACENA MORALES, op. et ed. cit., cfr. p. 15. DÍEZ RIPOLLÉS, *Exhibicionismo, pornografía...*, cit., cfr. pp. 75 y 76.

²⁰⁹ MARTÍNEZ-PEREDA, op. cit., cfr. p. 179.

sujetos exhibicionistas presentan estos trastornos psiquiátricos; ello los deja en el terreno de la inimputabilidad y, como consecuencia, no son merecedores de pena.

Ahora, debemos considerar que no constituye conducta exhibicionista que una mujer exhiba sus senos en la vía pública, porque el comportamiento carece de la relevancia penal suficiente para que ofenda el pudor público en función de que conductas semejantes son difundidas constantemente por los medios de comunicación y, así, la trascendencia y notoriedad de dicha exhibición carece de un impacto significativo en la actualidad²¹⁰. Debemos hacer notar que la desnudez no reviste tal jaez cuando está relacionada con la expresión artística²¹¹, como sucedió en nuestro país con la visita del fotógrafo Spencer Tunick, el 30 de junio de 2002, en cuya oportunidad capturó en imágenes a cerca de 4.000 personas desnudas, en una sesión fotográfica realizada en la ciudad de Santiago, a pocos metros del Museo de Bellas Artes. Tampoco será obscena si se exhibe el cuerpo en un contexto de protesta social o, de reivindicaciones políticas, como es el caso del grupo feminista de origen ucraniano Femen.

En el Derecho comparado, el Código penal español tipifica las conductas exhibicionistas en su artículo 185, cuyo bien jurídico protegido es la libertad sexual. Con respecto a ello, la acción exhibicionista “puede integrarse con hechos de diversa índole, siempre, por supuesto, mediante actos de exhibición obscena. El exhibicionismo más frecuente consiste en que un varón muestre a otra persona, generalmente de distinto sexo, los órganos genitales, con la finalidad de provocarle sexualmente, o para satisfacer la lujuria propia”²¹². Al referirse al delito de exhibiciones obscenas del artículo 129 del Código penal argentino, Soler señala que se toma el término exhibición tanto en el sentido de desnudez inverecunda como de espectáculo deshonesto; por lo que, este delito no se refiere únicamente “al hecho de poner en manifiesto una parte del cuerpo, sino simplemente a la presentación en público de un espectáculo obsceno, haya o no desnudez puesta de manifiesto, que ella, de por sí, no constituye ultraje”²¹³.

²¹⁰ ABOSO, op. cit., cfr. pp. 451 y 452.

²¹¹ Ídem, cfr. p. 452.

²¹² SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO, *Derecho penal*. Parte especial, 12ª edición, Dykinson, Madrid, 2007, p. 235.

²¹³ SOLER, op., vol. et. ed. cits., cfr. p. 402

2.2. Grave escándalo. Trascendencia.

Respecto de lo grave del escándalo y de la trascendencia, Martínez-Pereda se basa en las acepciones que da el Diccionario de la lengua española para adentrarse en su significado jurídico-penal. Éste define el escándalo como: 1. Alboroto, tumulto, ruido. 2. Hecho o dicho considerados inmorales o condenables y que causan indignación y gran impacto públicos. 3. Desenfreno, desvergüenza, mal ejemplo. 4. Asombro, pasmo, admiración. 5. Acción o palabra que es causa de que alguien obre mal o piense mal de otra persona²¹⁴. En tal sentido, señala que el criterio proporcionado por la teología moral coincide con la quinta acepción del Diccionario, ya que, lo identifica con un dicho o un hecho menos recto que proporciona al prójimo ocasión de pecado, no exigiendo que éste peque, por lo que, su gravedad nace del peligro y, el pecado de escándalo *per se* es de peligro, cuestión que no coincide con el derogado 431 del Código penal español que lo tipificaba como un delito de lesión. Ante eso, el autor prefiere la tercera acepción, con lo que concluye que el legislador quiso decir que la ofensa al pudor o a las buenas costumbres debe realizarse con hechos de desvergüenza o desenfreno moral²¹⁵.

Respecto de la trascendencia, sólo le interesa la segunda acepción que lo define como “resultado, consecuencia de índole grave o muy importante”²¹⁶. Según ella, los hechos de trascendencia serían aquellos que produjeran graves resultados, que tuvieran consecuencias graves. Así es como hechos de escándalo serían aquellos caracterizados por el desenfreno y desvergüenza que no presentaran este carácter. Ambas clases de hechos ofenderían al pudor o las buenas costumbres, pero con este distinto alcance²¹⁷.

Luego, el autor afirma que la distinción entre uno y otro radicaría en el momento de la publicidad, siendo coetánea para el escándalo y, posterior para la trascendencia. Ello acarrea el castigo de hechos muy diferentes respecto del mismo delito, abarcando los escandalosos cometidos con publicidad en su ejecución y, aquellos otros que realizados en la más discreta

²¹⁴ «Escándalo», Diccionario de la lengua española (23ª edición), Real Academia Española, 2014, consultado el 14 de octubre de 2015. Disponible en: dle.rae.es/?w=escándalo&o=h.

²¹⁵ MARTÍNEZ-PEREDA, op. cit., cfr. pp. 109-110. Aguilar Aranela, amparándose en esta tercera acepción, señala que el escándalo debe vincularse con la necesidad de que llegue a conocimiento de muchas personas y provoque una reacción de reprobación o mal ejemplo. AGUILAR ARANELA, *Delitos sexuales*. Doctrina y jurisprudencia: incluye actualización de Leyes N° 20.084, 20.207 y 20.230, Editorial Metropolitana, Santiago de Chile, 2008, cfr. p. 197.

²¹⁶ «Trascendencia», Diccionario de la lengua española (23ª edición), Real Academia Española, 2014, consultado el 14 de octubre de 2015. Disponible en: dle.rae.es/?w=trascendencia&o=h.

²¹⁷ MARTÍNEZ-PEREDA, op. cit., cfr. p. 111.

intimidad trascienden más o menos al público²¹⁸. Ante ello, Aguilar Aranela señala que el “escándalo o trascendencia debe ser consecuencia del hecho realizado y no de la difusión que, con posterioridad, terceros que tomaron conocimiento de aquél puedan haberle dado”²¹⁹, mereciendo, al menos, reproche moral estas terceras personas que se dedican a chismorrear o comentar hechos de la vida privada de los demás.

Lo cierto es que el carácter escandaloso del hecho es el que permitirá decir que se han contradicho determinados valores abarcados dentro de la moral pública referida a lo sexual²²⁰; antaño señalándose como tales los sentimientos de recato o morigeración propios de las personas honestas o del decimonónico buen padre de familia (entendiéndose la honestidad como el bien jurídico), siendo escandalosos los actos impúdicos y cualesquiera otros repudiados por la moral ordinaria o media de la sociedad en que hubieres sido realizados²²¹. Así es como el requisito esencial que debe cumplir la acción que realice el agente es el de ser apta, en términos generales, con independencia de la persona que en concreto va a ser confrontada con ella, para producir escándalo, para ofender los sentimientos de una persona que representa a los de la sociedad y que constituyen el bien jurídico protegido; por ello, es necesario que la acción se distinga por poseer la suficiente entidad o magnitud o, que sea lo suficientemente grave como para adquirir la aptitud para escandalizar en términos generales²²². Esta necesidad de que la acción sea apta para producir escándalo, según el lugar y las circunstancias en que se realice, es un requisito previo e ineludible de la exigencia de que se produzca de modo efectivo un resultado escandaloso, con lo que se puede negar la relevancia penal a los escándalos causados en personas mojigatas²²³.

Ahora, respecto de la trascendencia y, relacionado íntimamente con lo anterior, Díez Ripollés señala que “la gravedad a la que se alude con la trascendencia se mide en función de la capacidad que la acción posee para menoscabar determinados valores socialmente

²¹⁸ Ídem, cfr. p. 113.

²¹⁹ AGUILAR ARANELA, op. cit., p. 198. Mucho antes dio esta respuesta Carrara, señalando que si se pretende configurar el escándalo como elemento del tipo, éste debe provenir inmediatamente del hecho que se busca castigar y, no del relato del hecho, el que, generalmente, será realizado mediante imprudencia o malignidad. CARRARA, op., vol. et ed. cits., cfr. pp. 45 y 46.

²²⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, *Exhibicionismo, pornografía...*, cit., cfr. p. 325.

²²¹ JIMÉNEZ ASENJO, op. et vol. cits., cfr. p. 696.

²²² DÍEZ RIPOLLÉS, *Exhibicionismo, pornografía...*, cit., cfr. p. 302.

²²³ Ídem, cfr. p. 311.

estimables, sólo cuando la acción posea tal aptitud podrá decirse que es trascendente²²⁴. Es por ello que, el juicio sobre la trascendencia de los hechos es un juicio instrumental referido a la eficacia de la acción y, de las circunstancias que la rodean, para lesionar los valores protegidos por el tipo²²⁵ y, no es un juicio referido a la importancia de éstos; por lo mismo la trascendencia ha sido identificada por la doctrina con la publicidad exigida por el delito²²⁶.

Nota compartida del escándalo y de la trascendencia es que ellos sean graves, esto es, que las acciones posean la aptitud general para lesionar el bien jurídico protegido²²⁷. Siguiendo a Díez Ripollés, esta aptitud general debe entenderse en el sentido de que normalmente tal acción, dadas las circunstancias que en concreto le acompañan, es apta para lesionar el bien jurídico protegido, sin considerar si en ese caso concreto se produce un riesgo efectivo de lesión o no²²⁸. Carrara alude, en este punto, a un daño potencial al bien jurídico, bastando que la acción hubiera podido ser presenciada para que el delito quede consumado²²⁹.

Si somos coherentes con el carácter fragmentario del Derecho penal, el que procura que debe tener cabida la protección de los bienes más fundamentales sólo ante los ataques más graves, no podemos considerar suficiente que esos elementos posean una aptitud general para lesionar el bien jurídico, sino que esa aptitud debe ser lo suficientemente notoria como para ser capaz de causar una lesión considerable al bien tutelado²³⁰, dejando de lado el peligro de lesión, por lo que la afectación se producirá únicamente cuando se imponga una percepción involuntaria de los actos obscenos²³¹.

Para poder determinar la gravedad de una acción obscena, en el sentido del artículo 373, debemos atender a las circunstancias del caso concreto²³²; por lo que será el juez el llamado a resolver esta cuestión, de acuerdo a las normas de cultura imperantes²³³, considerando “las libertades que autorizan la moda, las costumbres y convencionalismos

²²⁴ *Ibidem*, p. 327.

²²⁵ AGUILAR ARANELA, *op. cit.*, cfr. p. 197.

²²⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, *Exhibicionismo, pornografía...*, cit., cfr. p. 324.

²²⁷ Aguilar Aranela se refiere a la “relevancia y significancia del acto para producir la ofensa”. *Op. cit.*, p. 197.

²²⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, *Exhibicionismo, pornografía...*, cit., cfr. pp. 418 y 419.

²²⁹ CARRARA, *op.*, vol. et ed. cits., cfr. p. 31.

²³⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, *Exhibicionismo, pornografía...*, cit., cfr. p. 421.

²³¹ BUOMPADRE, *op. cit.*, cfr. p. 440.

²³² DÍEZ RIPOLLÉS, *Exhibicionismo, pornografía...*, cit., cfr. p. 320. JIMÉNEZ ASENJO, *op. et vol. cits.*, cfr. p. 700.

²³³ ORTIZ ROMERO, *op. cit.*, cfr. p. 53.

dominantes”²³⁴. Esto le otorga enormes facultades al juez que conoce de la causa para determinar la gravedad de los hechos y, en cuestión, determinar si se lesionó la moral pública referida a lo sexual, lo que atenta contra el principio de legalidad.

2.3. *Publicidad de los hechos.*

Si bien la publicidad no aparece expresamente en el tipo, este requisito es unánimemente aceptado por la doctrina²³⁵, incorporándose implícitamente en él. Así es como las referencias a él son muy variadas, desde aquellos que lo estiman preciso en términos generales, a los que lo consideran una condición imprescindible para que se puedan dar el escándalo o la trascendencia, o los que incluyen este requisito en las nociones de escándalo o trascendencia²³⁶.

El requisito de publicidad resulta ineludible por una cuestión teleológica, ya que, la moral pública referida a lo sexual no puede ser ofendida por actos realizados en privado. Así, Carrara señala, de manera acertada, que no hay delito cuando el acto impúdico se consuma en un lugar donde, por sus condiciones ordinarias, no podía ser visto, aunque la malicia de una persona la lleve a presenciarlo o, cuando a un hecho privado le dieran publicidad las palabras de un perverso, o las sospechas de un vecino, o el proceso penal mismo²³⁷. Para el autor, si el lugar es por naturaleza privado y no visible desde un lugar público, no podrá configurarse el delito de la circunstancia accidental de que una o más personas, al transitar arbitrariamente por esos lugares privados, hayan visto efectivamente (o hubieran podido ver) el acto impúdico²³⁸; por tanto, “si no hay publicidad, por grande que sea la torpeza del pecado, la autoridad pública no puede preocuparse de él, porque no daña u ofende el derecho de los demás: es un pecado que se reserva al fuero de la conciencia”²³⁹

Es ineludible, también, este requisito, por una cuestión sistemática, porque la falta del artículo 495, N° 5, establece que se debe ofender el pudor públicamente. Por tanto, la acción

²³⁴ LABATUT GLENA, op., vol. et ed. cits., p. 149.

²³⁵ ORTIZ ROMERO, op. cit., cfr. p. 51.

²³⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, *Exhibicionismo, pornografía...*, cit., cfr. pp. 339 y 340.

²³⁷ CARRARA, op., vol. et ed. cits., cfr. p. 32.

²³⁸ Ídem, cfr. p. 41.

²³⁹ JIMÉNEZ ASENJO, op. et vol. cits., p. 700.

debe realizarse en un lugar público o en condiciones tales que pueda ser percibida por cualquier persona involuntariamente²⁴⁰. Lo privado, aunque después trascienda al exterior, no puede ser castigado como delito ni falta.

Respecto de los lugares públicos, la doctrina distingue para estos efectos tres clases: lugares públicos por naturaleza, lugares públicos por destinación y lugares públicos por accidente. Pertenecen a la primera categoría aquellos sitios a los que tiene acceso cualquiera persona, libremente, sin limitaciones y en forma permanente (calles, plazas, paseos, caminos y otros similares). Los hechos libidinosos perpetrados en ellos se reputan realizados con publicidad y, por tanto, habrá delito. Ortiz Romero señala que “la nocturnidad no destruye la publicidad de los hechos cometidos en los sitios enumerados”²⁴¹, pero Aboso, respecto del delito de exhibicionismo del Código penal argentino, hace una correcta salvedad, en el sentido de que “si las relaciones sexuales son llevadas a cabo en un lugar público, con el debido recato durante la nocturnidad, en altas horas de la noche y en un lugar despoblado o donde no es corriente el tránsito de peatones por esa zona, entonces corresponderá negar que dichos actos sexuales adquieran relevancia típica”²⁴². Luego, los lugares públicos por destinación son aquellos que se caracterizan porque las personas pueden ser admitidas a permanecer en ellos, sea de manera total o absoluta, mientras cumplen la finalidad a que están afectos (iglesias, teatros, salas de conferencias, entre otros); en éstos la publicidad sólo existe durante el tiempo en que el lugar está abierto al público, por lo que será necesario establecer si, en el momento de perpetrarse el delito, estaba o no autorizada la entrada o permanencia del público en el local. De este modo, “si durante las horas en que el lugar no se encuentra abierto al público, el guardián realiza actos sexuales con una mujer, el lugar, para los fines presentes, debe considerarse privado”²⁴³. Por último, los lugares públicos por accidente son aquellos lugares privados en que, por circunstancias accidentales, pueden imponerse terceras personas de lo que acontece (como es el caso de una casa particular en la que se reúne un grupo de seminaristas); en este caso resulta pertinente tomar en cuenta si el interesado ha adoptado las debidas diligencias para evitar miradas indiscretas, así, no podrá estimarse el sitio como uno de esta

²⁴⁰ BUOMPADRE, op. cit., cfr. pp. 437 y 438.

²⁴¹ ORTIZ ROMERO, op. cit., p. 52. Para Carrara, es un principio indudable que “la publicidad no cesa a causa del tiempo nocturno, aunque la hora sea avanzada y por tenebrosa que sea la noche, pues siempre hay la posibilidad de ver, y esto basta”. CARRARA, op., vol. et ed. cits., p. 44.

²⁴² ABOSO, op. cit., p. 454

²⁴³ CARRARA, op., vol. et ed. cits., p. 43

clase, por más que alguien, valiéndose de los recursos que pone en práctica, logre imponerse de lo que ocurre dentro²⁴⁴.

3. Violación del principio de taxatividad.

Algunos autores son optimistas respecto de la vulneración al principio de taxatividad, en el sentido que, pese a lo ambiguo de la fórmula con la que se describe la conducta, no se ofrecen dificultades respecto de la determinación del hecho incriminado²⁴⁵, ya que lo que se está sancionando en el artículo 373 es la realización de cualquier comportamiento de índole sexual en público, es decir, en presencia de otras personas, por lo que no se ve vulnerada esta garantía constitucional²⁴⁶. A ello se suma el argumento que señala que, al ser las ofensas al pudor y a las buenas costumbres tan variadas, ningún Código ha emprendido la tarea de detallarlas, por lo que los jueces, como conocedores de las costumbres de los pueblos en que imparten justicia, no tendrán dificultades en reconocerlas²⁴⁷.

Frente a estas posturas, el principio de legalidad exige que la descripción de los tipos penales sea lo más agotadora posible, con el fin de que los ciudadanos puedan conocer qué es lo que está prohibido y qué no lo está, ya que el actuar conforme a tal descripción se castigará con la sanción más dura del ordenamiento jurídico²⁴⁸. Así es como “la caracterización abierta del delito de escándalo público (...), con la alusión a cualquier modo comisivo, apenas si permite hablar de tipicidad en él, reduciéndose todo su contenido al eventual efecto en la comunidad, en el elemento puramente normativo de producir grave escándalo”²⁴⁹. Este delito posee una amplitud exagerada, con lo que deviene en la negación de la propia tipicidad, resultando así un tipo penal susceptible de ser llenado por el juez conforme a su arbitrio²⁵⁰.

²⁴⁴ Ídem, cfr. p. 52. LABATUT GLENA, op., vol. et ed. cit., cfr. p. 149.

²⁴⁵ FLORES FRÍAS y ARACENA MORALES, op. cit., cfr. p. 400.

²⁴⁶ RODRÍGUEZ COLLAO, *Delitos sexuales*. De conformidad..., op. cit., cfr. p. 241.

²⁴⁷ VERDUGO, op., vol. et ed. cit., cfr. pp. 772-773.

²⁴⁸ BUOMPADRE, op. cit., cfr. p. 441.

²⁴⁹ QUINTANO RIPOLLÉS, *Compendio de Derecho penal*, 2 vols., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, t. II, 1958, p. 238. MARTÍNEZ-PEREDA, op. cit., cfr. pp. 105 y 106.

²⁵⁰ MARTÍNEZ-PEREDA, op. cit., cfr. p. 119.

Técnicamente, el precepto “no puede ser más desdichado; los giros estilísticos, los conceptos empleados de significación variada y difícil matiz no son dignos de alabanza, y en que resulta paradójico que con más de un siglo y con tantas reformas sufridas, no se haya suprimido y creado otro más acorde con la garantía de legalidad, más sencillo de aplicación y sobre todo gramaticalmente más perfecto”²⁵¹. Esta tipicidad amplia o en blanco o, en definitiva, esta falta de tipicidad, llevará al juez a completar el amplio espectro de conductas que pudieran caer dentro de este delito²⁵², lo que conlleva una jurisprudencia contradictoria respecto del contenido de las palabras que utiliza la ley²⁵³. Esto acarrea inevitablemente una inaceptable inseguridad jurídica que un Derecho penal de corte liberal no se puede permitir²⁵⁴.

Ya desde un tiempo se viene exigiendo una mayor claridad y concreción –sino la derogación- de los clásicos tipos penales relacionados con conductas sexuales exhibidoras o de escándalo público, precisamente para preservar el principio de legalidad y evitar que la deficiencia técnica de algunos tipos, como el artículo 373, termine por imponer la inercia de la tradicional confusión de Derecho y moral²⁵⁵.

4. Breve referencia a la situación de este delito en las legislaciones española y argentina.

En España, debido a las innumerables críticas que se habían dirigido contra el delito de escándalo público del artículo 431, éste fue suprimido por Ley Orgánica 5/1988, de 9 de junio, y sustituido por los delitos de exhibicionismo (artículo 185) y provocación sexual (artículo 186), junto con la supresión de las faltas contenidas en los arts. 566, N° 5, 567, N° 3 y 577, N° 1, que en todo caso implican un avance notable²⁵⁶. Con esta reforma se dejó en claro que el bien jurídico que debe ser tutelado por el llamado Derecho penal sexual es, en primer lugar, la

²⁵¹ Ídem, p. 117.

²⁵² FLORES FRÍAS y ARACENA MORALES, op. cit., cfr. p. 395.

²⁵³ MARTÍNEZ-PEREDA, op. cit., cfr. p. 168.

²⁵⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, “Las últimas reformas en el Derecho penal sexual”, en *Estudios penales y criminológicos*, año 1989-1990, vol. XIV, pp. 41-108, 1991, cfr. p. 86. Disponible en: http://dspace.usc.es/bitstream/10347/4201/1/pg_042-109_penales14.pdf.

²⁵⁵ BUOMPADRE, op. cit., cfr. p. 436.

²⁵⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, “Las últimas reformas...”, cit., cfr. p. 74.

libertad sexual y, ya no una moral determinada o una determinada concepción sobre las costumbres sexuales²⁵⁷.

El Título III, del Libro II, del Código penal de la Nación Argentina, establece el delito de exhibicionismo en el artículo 129, el que, por Ley N° 25.087 del 14 de mayo de 1999, sustituyó al antiguo delito de ultraje al pudor. Aboso señala que “algunas legislaciones penales han derogado correctamente el delito de exhibicionismo respecto de personas mayores de edad y reservan la punición de dicha conducta cuando alcanza a menores de edad (art. 185 del Código penal español), propuesta que debería adoptarse en una futura reforma penal”²⁵⁸, puesto que el Código de la Nación vecina lo establece para mayores de edad en su inciso primero.

5. *Proposición de lege ferenda.*

Como bien señala Buompadre, “una visión moderna y pluralista del Derecho penal en relación a la actividad sexual de los individuos, excluye toda imposición de un orden moral sexual preestablecido, de tipo estándar, no discutible por los ciudadanos”²⁵⁹, ya que, el Derecho penal no es el instrumento idóneo para preservar un determinado orden moral, menos aún si éste no proviene del consenso sino de creencias religiosas o de la vigencia empírica de valores absolutos²⁶⁰. Resulta siempre peligroso, y no es conveniente, que el legislador tome prestada la balanza del teólogo y establezca delitos²⁶¹, castigando meras inmoralidades, debido a que, “es mayor el daño que se deriva de la publicidad de un proceso y de una condena que el que resulta de dejarlos impunes”²⁶².

Así es como la expansión de los mal llamados delitos sexuales no parece obedecer a argumentos racionales, sino, según argumenta Mayer Lux, a una fijación rayana en la obsesión de reprimir una serie de comportamientos referidos al ejercicio de ciertas conductas sexuales

²⁵⁷ BUSTOS RAMÍREZ, op. et ed. cits., cfr. p. 130. MUÑOZ CONDE, “Los delitos contra la libertad sexual...”, cit., cfr. p. 277.

²⁵⁸ ABOSO, op. cit., p. 445.

²⁵⁹ BUOMPADRE, op. cit., p. 438.

²⁶⁰ Ídem, cfr. p. 439.

²⁶¹ CARRARA, op., vol. et ed. cits., cfr. p. 20.

²⁶² Ídem, p. 7.

que a ojos del legislador parecen lesivas; obedeciendo ello tanto al moralismo que ha guiado a la tipificación de dichos comportamientos en el Derecho penal chileno, como en la idea de que consagrar o agravar figuras contra la indemnidad sexual, sobre todo contra víctimas menores de edad, es “popular”²⁶³.

Se vuelve urgente configurar los tipos penales eliminando toda referencia a conceptos moralizantes como lo son el pudor y las buenas costumbres, atendiendo a términos valorativamente neutros, dentro de las posibilidades que permitan una depurada y cuidadosa técnica legislativa²⁶⁴ y, así dejar de lado pretendidos bienes jurídicos que sólo esconden tras de sí añejas concepciones acerca de la sexualidad vinculadas a visiones religiosas; ya que, como señala Carrara, “sería una exigencia intolerable la del que quisiera impedirle a otros ser viciosos, y si esto lo hiciera el gobierno, degeneraría en tiránico”²⁶⁵.

Por todo lo anterior, se propone tanto la derogación del delito contenido en el artículo 373, como la de la falta establecida en el artículo 495, N° 5. Esta descriminalización total se debe al hecho de ser ya punibles estas conductas en virtud del artículo 366 quáter del Código penal chileno, el que distingue la tutela penal de menores de catorce años y la de menores de dieciocho y mayores de catorce años; respecto de los primeros ésta procede siempre, mientras que para los segundos sólo procede si se emplea fuerza o intimidación o, si se dan las circunstancias del estupro o de las amenazas²⁶⁶. La criminalización respecto de mayores de dieciocho años resulta atentatoria de la libertad sexual que el propio Código busca tutelar.

²⁶³ MAYER LUX, op. cit., cfr. p. 40.

²⁶⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, *Exhibicionismo, pornografía...*, cit., cfr. p. 414.

²⁶⁵ CARRARA, op., vol. et ed. cits., p. 13.

²⁶⁶ MAYER LUX, op. cit., cfr. p. 43.

Conclusiones.

1. El trasfondo político del principio de legalidad de delitos y penas, que se traduce tanto en su función limitadora con la triple exigencia de *lex praevia, scripta et stricta*, como en su función garantizadora y su proyección en las garantías criminal, penal, jurisdiccional y de ejecución, representa una constante lucha contra el *ius incertum* por parte del que el Estado de Derecho, lo que permite asegurar tanto la libertad como la certeza, seguridad y garantía jurídica de los individuos.

2. El significado científico de este cardinal principio tiene como consecuencia los requerimientos de claridad, completitud y precisión tanto en la formulación de los maleficios como en la configuración y límites de las puniciones. Es así como el mandato de taxatividad o de determinación busca brindar seguridad jurídica ante la limitación a la libertad individual que supone todo precepto penal.

3. El concepto de bien jurídico es fundamental a la hora de crear delitos. Los bienes jurídicos, según Mayer, designan particulares normas de cultura reconocidas por el Estado, las que podrán o no contenerse en la ley. Es por ello que es necesaria una interpretación teleológica de los preceptos penales, sin prescindir del elemento sistemático ni del histórico.

4. Estrecha relación con la anterior guarda el principio de ofensividad. Éste exige que para que se produzca la intervención punitiva, debe existir una afectación de considerable entidad a los bienes más importantes para la sociedad. No pueden considerarse afectaciones ideales o presuntas de los bienes jurídicos ajenos o que impliquen un sentimiento de molestia o desagrado frente al comportamiento de otros.

5. El delito de escándalo público no es respetuoso del principio de legalidad penal, ya que se vale de términos vaporosos, cuya silueta no es posible asir de manera certera, dejando un amplísimo margen al juez para colmarlos. Contraviene, a su vez, el principio de taxatividad, el que exige del legislador la mayor precisión posible para poder determinar qué es lo que quiere incriminar; es por ello que la garantía *lex certa* no es observada respecto de este tipo, lo que no puede ser permitido por el Derecho penal liberal.

6. El principio de ofensividad tampoco es respetado debido a que se utiliza al Derecho penal como primera línea de batalla ante ataques a un bien jurídico de cuestionable entidad, el que amadriga en su seno sentimientos morales ante la sexualidad, los que no pueden constituir un genuino bien jurídico. La honestidad, el pudor o las buenas costumbres no pueden ser bienes jurídicos, así como tampoco la moralidad pública referida a lo sexual.

7. En virtud de lo anterior, se torna necesario descriminalizar las conductas que pudieran ser abarcadas por el delito del artículo 373 del Código penal chileno si queremos ser respetuosos de un Derecho penal liberal. La protección a menores de dieciocho años se encuentra contemplada en el artículo 366 quáter y, la de mayores de esa edad resulta completamente innecesaria y ofensiva de la libertad sexual.

Bibliografía

A

1. ABOSO, Gustavo Eduardo, *Derecho penal sexual*. Estudio sobre los delitos contra la integridad sexual, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2014.
2. AGUILAR ARANELA, Cristian, *Delitos sexuales*. Doctrina y jurisprudencia: incluye actualización de Leyes N° 20.084, 20.207 y 20.230, Editorial Metropolitana, Santiago de Chile, 2008.
3. AMELUNG, Knut, “El concepto bien jurídico en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, trad. de ORTÍZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, en *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, ed.: HEFENDEHL, Roland, Marcial Pons, Madrid, 2007.
4. ANTÓN ONECA, José, *Derecho penal*, 2ª edición actualizada y corregida por HERNÁNDEZ GUIJARRO, José, Abeal, Madrid, 1986.
5. ARGIBAY MOLINA, José, *Derecho penal*. Parte general, 2 vols., Ediar, Buenos Aires, t. I, 1972.

B

6. BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal y el Estado de Derecho*, 1ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005.
7. BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*. Introducción y traducción de TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, Aguilar, Madrid, 1976.
8. BELING, Ernst von, *El Rector de los tipos de delito. Die Lehre vom Tatbestand*, traducción y notas por PRIETO CASTRO y AGUIRRE CÁRDENAS, 1ª ed., Reus, Madrid, 1936.
9. BIRNBAUM, Johann Michael Franz, *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*, trad. directa del alemán y Estudio preliminar por GUZMÁN DALBORA, José Luis, en

Colección “Maestros del Derecho penal”, N° 32, dir.: FERNÁNDEZ, Gonzalo, coor.: ABOSO, Gustavo Eduardo, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2010.

10. BRICOLA, Franco, *Teoría general del delito*, trad. RESTREPO RODRÍGUEZ, Diana, en Colección “Maestros del Derecho penal”, N° 38, dir.: FERNÁNDEZ, Gonzalo, coor.: ABOSO, Gustavo Eduardo, ed. BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2012.

11. BULLEMORE GALLARDO, Vivian Robert, MACKINNON ROEHRS, John, *Curso de Derecho penal*. Parte general, 1ª edición, 3 vols., LexisNexis, Santiago de Chile, t. I, 2005.

BUOMPADRE, Jorge, *Derecho penal*. Parte especial, Mario A. Viera, Corrientes, 2000.

12. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal*. Parte especial, 2ª edición aumentada, corregida y puesta al día, Ariel, Barcelona, 1991.

13. BUSTOS RAMÍREZ, Juan y CABALLERO, Felipe, “Artículos 1° al 4°”, en *Texto y comentario del Código penal chileno*, dir.: POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio y ORTIZ QUIROGA, Luis, coor.: MATUS AUÑA, Jean Pierre, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, t. I, 2002.

C

14. CABEZAS CABEZAS, Carlos, “El principio de ofensividad y su relación con los delitos de peligro abstracto en la experiencia italiana y chilena. Un breve estudio comparado”, en *Revista de Derecho*, vol. 20, N° 2, Universidad Católica del Norte, Coquimbo, 2013. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/rducn/v20n2/art04.pdf>.

15. CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl, “Derecho penal como *ultima ratio*. Hacia una política criminal racional”, en *Revista Ius et Praxis*, vol. 14, N° 1, pp. 13-48, Talca, 2008. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122008000100002&script=sci_arttext.

16. CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho criminal*. Parte especial, trad. de ORTEGA TORRES, José, 10 vols., 2ª edición, Temis, Bogotá, t. VIII, 1962.

17. CEREZO MIR, José, *Derecho penal*. Parte general, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2008.

18. COUSIÑO MAC IVER, Luis, *Derecho penal chileno*. Parte general, 2 vols., Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, t. I, 1979.

19. CREUS, Carlos, *Derecho penal*. Parte general, Astrea, Buenos Aires, 1988.
20. CUELLO CALÓN, Eugenio, voz: “Escándalo público”, en *Enciclopedia jurídica española*, 30 vols., Francisco Seix, Barcelona, t. XIV, 1910.
21. CURY URZÚA, Enrique, *Derecho penal*. Parte general, 8ª ed. ampliada, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2005
22. CURY URZÚA, Enrique, *Derecho penal*. Parte general, 10ª edición, Editorial Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2011.

D

23. DAHM, Georg “Derecho penal nacionalsocialista y fascista”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, Editorial La Ley, Buenos Aires, año III, N° 6, julio, 2013.
24. DE BENITO, Enrique, voz: “Delitos contra la honestidad”, en *Enciclopedia jurídica española*, 30 vols., Francisco Seix, Barcelona, t. X, 1910.
25. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras*. La frontera del Derecho penal sexual, Bosch, Barcelona, 1982.
26. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “Las últimas reformas en el Derecho penal sexual”, en *Estudios penales y criminológicos*, año 1989-1990, vol. XIV, pp. 41-108, 1991, cfr. p. 86. Disponible en: http://dspace.usc.es/bitstream/10347/4201/1/pg_042-109_penales14.pdf.
27. DURÁN MIGLIARDI, Mario, “Constitución y legitimación de la pena. Apuntes teleológicos sobre el rol de la Constitución en el sistema penal”, en *Revista Política Criminal*, vol 6, N° 11, junio de 2011, pp. 142-162. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/Vol_06/n_11/Vol6N11A5.pdf.

E

28. ESCRIVÁ GREGORI, José María, “Algunas consideraciones sobre Derecho penal y Constitución”, en *Papers, Revista de Sociología*, N° 13, 1980, pp. 141-163.
29. ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Luis Alfredo, *Derecho penal*. Parte especial, 4 vols., 3ª edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, t. I, 1998.

30. ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Luis Alfredo, *Derecho penal*. Parte especial, 4 vols., 3ª edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, t. IV, 1998.

F

31. FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von, *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania*, trad. ZAFFARONI, Eugenio Raúl y HAGEMEIERS, Irma, colección Criminalistas perennes, N° 1, Hammurabi, Buenos Aires, 1989.

32. FLORES FRÍAS, Melva Ivonne y ARACENA MORALES, María Lorena, *Tratado de los delitos sexuales*, edición actualizada y puesta al día, Editorial Jurídica La Ley, Santiago de Chile, 2005.

33. FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho penal*. Introducción y Parte general, 2 vols., 9ª edición actualizada por DARRITCHON, Luis, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, t. I, 1976.

G

34. GANDULFO RAMÍREZ, Eduardo, “¿Qué queda del principio de *nullum crimen nulla poena sine lege*? Un enfoque desde la argumentación jurídica”, en *Revista electrónica Política criminal*, vol. 4, N° 8, diciembre, 2009. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/Vol_04/n_08/Vol4N8A2.pdf.

35. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción al derecho penal*, 4ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006.

36. GOMES, Luiz Flávio, “Norma penal, bien jurídico, principio de ofensividad y lineamientos de la teoría constitucional del delito”, trad. GUZMÁN DALBORA, José Luis, en *El penalista liberal*. Controversias nacionales e internacionales en Derecho penal, procesal penal y Criminología, Hammurabi, Buenos Aires, 2004.

37. GRISOLÍA CORBATÓN, Francisco, “El objeto jurídico del delito: ensayo de una teoría general”, en *Separata de la Revista de ciencias penales*, t. XVII, N° 3, Santiago de Chile, 1959.

38. GUZMÁN DALBORA, José Luis, “Bien jurídico y norma de cultura. Revisión de la teoría de Max Ernst Mayer”, en *Separata de Revista de Derecho penal y criminología*, N° 3, pp. 227-240, 1993.

39. GUZMÁN DALBORA, José Luis, “Capítulo III. Consecuencias”, en obra colectiva *Beccaria 250 años después. Dei delitti e delle pene. De la obra maestra a los becarios*, pp. 43-60, dir.: MATUS ACUÑA, Jean Pierre, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2011.
40. GUZMÁN DALBORA, José Luis, *Cultura y delito*, en colección internacional de la Pontificia Universidad Javeriana, N° 22, Temis, Bogotá, 2010.
41. GUZMÁN DALBORA, José Luis, *El delito de amenazas*, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago de Chile, 1999.
42. GUZMÁN DALBORA, José Luis, “Dos conceptos irreconciliables: peligrosidad y legalidad penal”, en *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y Derecho penal internacional*, 2 vols., editado por AMBOS, Kai, MALARINO, Ezequiel, ELSNER, Gisela, Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, t. II, 2011.
43. GUZMÁN DALBORA, José Luis, “El principio de legalidad penal en la jurisprudencia de la Corte interamericana de derechos humanos”, en *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y Derecho penal internacional*, editado por AMBOS, Kai, MALARINO, Ezequiel, ELSNER, Gisela, Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2010.

H

44. HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción a la criminología y al Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989
45. HERNÁNDEZ BALMACEDA, Paul, “Aplicación directa de los tipos penales del ECPI en el Derecho interno”, en *Temas actuales del Derecho penal internacional*, coor.: AMBOS, MALARINO y WOISCHNIK, Konrad Adenauer Stiftung, 2005.
46. HORMAZABAL MALARÉE, Hernán, *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho*. El objeto protegido por la norma penal, 2ª edición, LexisNexis, Santiago de Chile, 2006.
47. HÖRNLE, Tatjana, “La protección de sentimientos en el StGB”, en *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, trad. del alemán por MARTÍN LORENZO, María, ed.: HEFENDEHL, Roland, Marcial Pons, Madrid, 2007.

J

48. JAKOBS, Günther, *Derecho penal*. Parte general, trad. de CUELLO CONTRERAS, Joaquín y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, 2ª ed. corregida, Marcial Pons, Madrid, 1997.
49. JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal*. Parte general, 2 vols., trad. y adiciones de Derecho español por MIR PUIG, Santiago y MUÑOZ CONDE, Francisco, Bosch, Barcelona, t. I, 1981.
50. JIMÉNEZ ASENJO, Enrique, voz: “Escándalo público”, en *Nueva enciclopedia jurídica*, 20 vols., dir: MASCAREÑAS, Carlos, ed. Francisco Seix, Barcelona, t. VIII, 1980.
51. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, 7 vols., Losada, Buenos Aires, t. II, 1950.
52. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, 7 vols., Losada, Buenos Aires, t. III, 1951.

L

53. LABATUT GLENA, Gustavo, *Derecho penal*. Parte especial, 2 vols., 7ª edición actualizada por ZENTENO VARGAS, Julio, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, t. II, 1992.
54. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Tratado de Derecho penal*. Parte general, Thomson-Civitas, Navarra, 2010.

M

55. MAIHOFER, Werner, *Estado de Derecho y dignidad humana*, Estudio preliminar de GUZMÁN DALBORA, José Luis y SQUELLA NARDUCCI, Agustín, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2008.
56. MATUS ACUÑA, Jean Pierre, “Sobre la necesidad constitucional de la existencia de un bien jurídico a proteger por los tipos penales”, en *Revista Universum*, N° 11, Talca, 1996. Disponible en: <http://universum.utacl.cl/contenido/index-96/matus.html>.
57. MARTÍNEZ-PEREDA, José Manuel, *El delito de escándalo público*, Tecnos, Madrid, 1970.

58. MAYER, Max Ernst, *Normas jurídicas y normas de cultura*, trad. del alemán y Prólogo por GUZMÁN DALBORA, José Luis, Hammurabi, Buenos Aires, 2000.

59. MAYER LUX, Laura, “Almacenamiento de pornografía en cuya elaboración se utilice a menores de dieciocho años: un delito asistemático, ilegítimo e inútil”, en *Revista Política criminal*, vol. 9, N° 17, julio de 2014 Santiago de Chile. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/Vol_09/n_17/Vol9N17A2.pdf.

60. MERKEL, Adolf, *Derecho penal. Parte general*, trad. del alemán por DORADO MONTERO, Pedro, en Colección “Maestros del Derecho penal”, N° 13, dir.: FERNÁNDEZ, Gonzalo, coor: ABOSO, Gustavo Eduardo, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2004.

61. MIR PUIG, Santiago, *Bases constitucionales del Derecho penal*, en Colección “Biblioteca básica de Derecho penal y ciencias penales”, N° 1, dir.: DEMETRIO CRESPO, Eduardo, SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón, Iustel, Madrid, 2011.

62. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al Derecho penal*, 2ª edición, en Colección “Maestros del Derecho penal”, N° 3, dir.: FERNÁNDEZ, Gonzalo, coor.: ABOSO, Gustavo Eduardo, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2003.

63. MUÑOZ CONDE, Francisco, “Los delitos contra la libertad sexual (título IX, libro II del Código penal), en *Estudios penales y criminológicos*, año 1988-1989, vol. XIII, pp. 267-296, 1990. Disponible en: http://dspace.usc.es/bitstream/10347/4214/1/pg_268-297_penales13.pdf.

N

64. NOVOA MONREAL, Eduardo, *Curso de Derecho penal chileno. Parte general*, 2 vols., 3ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, t. I, 2005.

O

65. OLIVER CALDERÓN, Guillermo, “Taxatividad, fragmentariedad, prevención y constitucionalidad en la regulación de los tipos básicos de agresiones y abusos sexuales en el Código penal español de 1995”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XXI, pp. 79-94, Valparaíso, 2000. Disponible en: <http://www.rderecho.equipu.cl/index.php/rderecho/article/view/456/427>.

66. ORTIZ ROMERO, Eduardo, *El delito de ultraje público a las buenas costumbres*. Artículos 373 y 374 del Código penal, Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1967.

67. OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena, *La formulación de tipos penales*. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2009.

P

68. POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, MATUS ACUÑA, Jean Pierre, RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia, *Lecciones de Derecho penal chileno*. Parte general, 2ª edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2006.

Q

69. QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Compendio de Derecho penal*, 2 vols., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, t. II, 1958.

R

70. RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de, *Elementos de criminología*, Edeval, Valparaíso, 1982,

71. RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de, *El correccionalismo penal*, serie Opúsculos de Derecho penal y criminología, N° 36, Marcos Lerner, Córdoba, 1989.

72. RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de, “Introducción al estudio de los principios cardinales del Derecho penal”, en *Revista de Derecho*, Consejo de Defensa del Estado, año 2, N° 1, agosto, 2001. Disponible en: <https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/1d31a2b3-8184-44e0-bef6-9ad763e4e312/8.pdf?MOD=AJPERES>.

73. RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, *Delitos sexuales*. De conformidad con las modificaciones introducidas por la Ley N° 19.617 de 1999, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001.

74. RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, *Delitos sexuales*, 2ª ed. actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2014.

75. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, voz: “Legalidad (Principio de) (Derecho penal)”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, 20 vols., dir.: MASCAREÑAS, Carlos, Francisco Seix, Barcelona, t. XIV, 1993.

76. ROXIN, Claus, *Derecho penal*. Parte general, trad. de la 2ª ed. alemana y notas por LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel y DE VICENTE REMESAL, Javier, Civitas, Madrid, 1997.

77. ROXIN, Claus, “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?”, trad. de ORTÍZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, en *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, ed.: HEFENDEHL, Roland, Marcial Pons, Madrid, 2007.

S

78. SANTALLA VARGAS, Elizabeth, “Implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Bolivia: aspectos de cooperación y asistencia judicial”, en *Cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional*, coor.: AMBOS, MALARINO y ELSER, Konrad Adenauer Stiftung, pp. (69-106), 2007.

79. SERRANO GÓMEZ, Alfonso y SERRANO MAÍLLO, Alfonso, *Derecho penal. Parte especial*, 12ª edición, Dykinson, Madrid, 2007.

80. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 1999.

81. SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, 5 vols., 3ª reimpresión, Tipográfica editora argentina, Buenos Aires, t. I, 1956.

82. SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, 5 vols., 3ª reimpresión, Tipográfica editora argentina, Buenos Aires, t. III, 1956.

83. SQUELLA NARDUCCI, Agustín, *Derecho y moral. ¿Tenemos obligación moral de obedecer el Derecho?*, 2ª ed., Edeval, Valparaíso, 1999.

84. SQUELLA NARDUCCI, Agustín, *Igualdad*, 2ª ed., Editorial UV, Valparaíso, 2015.

85. SZCZARANSKI VARGAS, Feredico León, “Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra”, en *Revista electrónica Política criminal*, vol. 7, N° 14, diciembre, 2012. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/Vol_07/n_14/Vol7N14A5.pdf.

T

86. TAVARES, Juarez Estevam Xavier, *Bien jurídico y función en el Derecho penal*, trad. CUÑARRO, Mónica, Hammurabi, Buenos Aires, 2004.

V

87. VERDUGO MARINKOVIC, Mario, *Código penal. Concordancias, antecedentes históricos, doctrina, jurisprudencia*, 3 vols., 2ª edición, Ediar-Conosur, Santiago de Chile, t. III, 1986.

88. VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho penal*, 3 vols., trad. de la 20ª edición alemana por JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, ed. Hijos de Reus, Madrid, t. II, 1916.

W

89. WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán. Parte general*, 11ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1976.

90. WERLE, Gerhard, *Tratado de Derecho penal internacional*, trad. de CÁRDENAS, DÍAZ, GUTIÉRREZ y MUÑOZ, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

Z

91. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, 2ª edición, Ediar, Buenos Aires, 2003.