

**¿Hay manifestaciones de Derecho penal de autor en el Derecho penal
chileno?**

Tesis de Magíster en Derecho.
Mención Derecho y proceso penales.
Universidad de Valparaíso.

Rubicel Guerrero Lillo.
Profesor guía: Dr. *Dr. h.c.* José Luis Guzmán Dalbora.

Septiembre 2014.

Tabla de contenidos.

Introducción.....	p. 5.
I. Caracterización del Derecho penal de autor.....	p. 7.
1. El Derecho penal del hecho y Derecho penal de autor. Referencia a los principios de actividad, ofensividad y culpabilidad como límites materiales del <i>ius puniendi</i>	p. 7.
2. Evolución dogmática del Derecho penal de autor.....	p. 12.
2.1. Teorías de los tipos naturales de autor.....	p. 12.
2.2. Teorías de los tipos normativos de autor.....	p. 15.
2.2.1. Noción de delincuente como traidor a la comunidad del pueblo en la doctrina nacionalsocialista.....	p. 19.
II. Derecho penal chileno y Derecho penal de autor.....	p. 22.
1. Origen liberal del Derecho penal chileno.....	p. 22.
2. Reformas históricas que introdujeron figuras que representaban manifestaciones del Derecho penal de autor en el Derecho chileno durante el siglo XX.....	p. 30.
2.1. Decreto Ley 321, de 1925.....	p. 31.
2.2. Ley N° 11.625 sobre Estados Antisociales y Medidas de Seguridad, de 4 de octubre de 1954.....	p. 31.
2.3. Ley N° 7.821 sobre Remisión Condicional, de 29 de agosto de 1944.....	p. 32.
2.4. Ley N° 8.987 sobre Seguridad Interior del Estado, de 3 de septiembre de 1948.....	p. 33.
2.5. Ley N° 12.927 sobre Seguridad Interior del Estado, de 6 de agosto de 1958.....	p. 33.
2.6. Ley 17.798 sobre Control de Armas, de 21 de octubre de 1972.....	p. 33.
3. Análisis de figuras penales presentes en nuestro ordenamiento actual cuestionables desde el punto de vista del Derecho penal de autor.....	p. 34.
3.1. Agravante de reincidencia.....	p. 34.

3.2. Agravante de responsabilidad consistente en cometer determinados delitos con el rostro cubierto o utilizando cualquier medio destinado a ocultar su identidad.....	p. 43.
3.3. Delitos habituales.....	p. 48.
3.3.1. Delito de maltrato habitual.....	p. 48.
3.3.2. Delito de ejercicio habitual de la profesión de médico y similares.....	p. 54.
3.4. Peligro para la seguridad de la sociedad como condición de procedencia de la prisión preventiva.....	p. 56.
III. Contradicción del Derecho penal de autor con un Derecho penal liberal y respetuoso del Derecho internacional de los Derechos fundamentales.....	p. 66.
1. Consideraciones generales.....	p. 66.
2. Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	p. 67.
3. Valoración de la peligrosidad como constitutiva de Derecho penal de autor e incompatible con dignidad humana y legalidad de los delitos y las penas.....	p. 71.
3.1. Concepto de peligrosidad en el Derecho penal.....	p. 72.
3.2. Peligrosidad y dignidad humana.....	p. 73.
3.3. Peligrosidad y legalidad penal.....	p. 75.
4. Contradicción del Derecho penal de autor con un derecho penal liberal y respetuoso del Derecho internacional de los derechos fundamentales.....	p. 80.
Conclusiones y toma de posición.....	p. 86.
Bibliografía.....	p. 89.

Resumen.

La tesis describe el Derecho penal de autor y de acto para luego analizar los tipos criminológicos y normativos de autor, que coinciden en no establecer límites a la intromisión del poder del Estado en las personas posibilitando tanto medidas preventivas como represivas respecto del mismo. A continuación, repasa el origen liberal del Derecho penal chileno y reformas que lo desnaturalizaron, sometiendo a crítica la conservación de las agravantes de reincidencia y cometer ciertos delitos encapuchados, los delitos de maltrato habitual y ejercicio ilegal de la profesión de médico y el peligro para la seguridad de la sociedad como causal de procedencia de la prisión preventiva. Por último, examina la única sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se ha pronunciado acerca de la categoría de la peligrosidad y explica la contradicción las manifestaciones referidas con el valor de la dignidad humana y el principio de legalidad.

Palabras claves: Derecho penal de autor, peligrosidad del individuo, jurisprudencia, dignidad humana, legalidad penal.

Introducción.

El 18 de febrero de 1943 Sophia Scholl lanzó desde el tercer piso de la Universidad de Múnich, donde estudiaba biología y filosofía, una gran cantidad de panfletos que predecían la derrota de Alemania, exhortaban a una guerra de liberación contra el accionar delincuente nacionalsocialista y exigían el establecimiento de una democracia liberal. Fue detenida junto a su hermano Hans y su amigo Christoph Probst, quienes conformaban el Movimiento Rosa Blanca de resistencia no violenta contra el régimen y que, al igual que Sophia, habían duplicado y distribuido dichas octavillas. Cinco días después, los tres fueron declarados culpables de incitar al sabotaje de la guerra y al derrocamiento del modo de vida nacionalsocialista del pueblo alemán; difundir ideas derrotistas y difamar al *Führer*, colaborando de esta manera con el enemigo del *Reich* y debilitando la seguridad armada de la nación. El Tribunal Supremo del Pueblo, presidido por Ronald Freisler, condenó a los tres acusados a ser ejecutados en la guillotina ese mismo día.

Este caso, como muchísimos otros acaecidos en ese funesto periodo, en que la ley penal vigente permitió condenar a un individuo lisa y llanamente por pensar distinto al régimen, son considerados como una gran sombra en la historia del Derecho penal contemporáneo y han sido condenados enérgicamente y en forma unánime por la doctrina actual.

Sin embargo, no podemos considerarlo como un riesgo histórico ya superado por completo, pues la expansión del Derecho penal, fenómeno largamente descrito y estudiado, determinado principalmente por la modernización y complejidad del mundo actual, ha motivado que un sector de la dogmática ponga en entredicho ciertas conquistas del Derecho penal liberal. De este modo, se han cuestionado los delitos de lesión como modelos centrales de la descripción del injusto postulando la transición a la punición de las puestas en peligro abstractas -y no sólo de bienes jurídicos concretos, sino supraindividuales o universales-, se ha considerado anacrónico el principio de imputación individual y se ha estimado que el principio del Derecho penal de la retribución y del hecho es riesgoso, pues en vista de las amenazas globales se considera que se debe intervenir oportunamente y no esperar que el daño ya se haya originado. Todo lo anterior, ha provocado el resurgimiento del Derecho penal autoritario y un paulatino retroceso de un Derecho penal democrático y garantista en estos últimos años.

En este contexto, no sólo el Derecho penal del enemigo, que goza de gran predicamento en nuestros días por la situación de inseguridad generalizada generada en la comunidad internacional por los atentados terroristas de notoria gravedad y trascendencia que se han producido en esta última época y muchas otras causas de corte político y económico, tiene antecedentes claros en algunas teorías nazi. También podemos identificar una serie de figuras, que si bien no se dirigen al “enemigo” descrito por Jakobs, sino que todos los sujetos de derechos sin distinción -en la nomenclatura funcionalista al “ciudadano”-, toman elementos de los tipos criminológicos creados por los positivistas hace ya más de un siglo o de los tipos normativos de autor formulados autores proclives al régimen nacionalsocialista, o las interpretan conforme a ellos, y gozan de buena salud en la mayoría de las legislaciones actuales, incluida la chilena.

Nos referimos, por cierto, al Derecho penal de autor, entendiendo por éste la tendencia a castigar maneras de ser u obrar del individuo y no una específica conducta del mismo, que no es un tema obsoleto, sino que de manifiesta vigencia, sobre todo luego del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Fermín Ramírez versus Guatemala* del año 2005, en el que ésta se pronuncia en categóricos términos afirmando que la valoración de la peligrosidad sustituye el Derecho penal del hecho por el Derecho penal de autor, declarando la incompatibilidad de la misma con el principio de legalidad y, por ende, con la propia Pacto de San José de Costa Rica.

En este sentido, nuestro trabajo pretende identificar ciertas figuras cuestionables desde este punto de vista en nuestra legislación penal y procesal penal, que en su origen era de corte liberal, tales como las agravantes de la reincidencia y de cometer ciertos delitos encapuchados o utilizando cualquier otro medio para cubrir el rostro, los delitos de maltrato habitual y ejercicio ilegal de la profesión de médico y similares y, por último, el peligro para la seguridad de la sociedad como hipótesis de procedencia de la prisión preventiva. Luego de realizar un análisis crítico de las manifestaciones referidas y examinar lo que ha fallado la Corte Interamericana de Derechos Humanos al respecto, nos pronunciaremos acerca de si éstas constituyen efectivamente incrustaciones de Derecho penal de autor en nuestra legislación, y son, por tanto, contrarias a un Derecho penal liberal respetuoso de la Constitución y del Derecho internacional de los derechos humanos.

I. Caracterización del Derecho penal de autor.

1. El Derecho penal del hecho y Derecho penal de autor. Referencia a los principios de actividad, ofensividad y culpabilidad como límites materiales del *ius puniendi*.

El Derecho penal del hecho es entendido como “una regulación legal, en virtud de la cual la punibilidad se vincula a una acción concreta descrita típicamente (o a lo sumo varias acciones de ese tipo) y la sanción representa sólo la respuesta al hecho individual, y no a toda la conducción de la vida del autor o a los peligros que en el futuro se esperan de él mismo” (Roxin, 1997: p. 176), o, dicho de otro modo, lo que en él se castiga son las conductas ejecutadas por un sujeto, con prescindencia de las características personales de éste (Cury, 2005: p. 92). Consecuentemente, en un Derecho penal de actos, el objeto de prohibición y de castigo está constituido, exclusivamente, por los hechos efectivamente cometidos por humanos que lesionan o ponen en peligro bienes jurídico-penales (Gómez, 2007: p. 25).

Estas afirmaciones tienen proyección en el principio de actividad, que se yergue como límite material en el ejercicio del *ius puniendi* estatal en un Estado liberal y democrático de Derecho, junto a los principios de ofensividad y culpabilidad¹. El profesor Rivacoba y Rivacoba explica el principio de actividad señalando que “por su propia entidad, el Derecho no puede regular maneras de ser de los hombres, ni tampoco la manera como conformen su personalidad o vida, ni hacer recaer sobre un hombre las consecuencias jurídicas que se sigan del obrar de otro o de acontecimientos naturales, sino únicamente de actos, positivos o negativos, que haya producido como individuo y que posean significación

¹ Rivacoba y Rivacoba los denomina principios cardinales, entendiendo que son “ciertos principios que informan y mantienen la entidad de un ordenamiento punitivo y que a la vez condicionan y rigen su comprensión, siendo así constitutivos tanto del ordenamiento como de la dogmática penal” y considera que tales son los principios de legalidad, actividad, ofensividad, subjetividad, proporcionalidad y humanidad. El profesor referido explica que, si bien la terminología utilizada por los diversos penalistas tiene un carácter secundario tales como “principios básicos”, “principios informadores”, “principios fundamentales”, “principios constitucionales” o “principios limitadores” del Derecho penal, todos dejan clara la importancia capital de éstos para el Derecho punitivo (1999: pp. 735-754). Respecto al principio de legalidad, cuyo enunciado latino *nullum crimen, nulla poena sine proevia lege penale* tiene plena vigencia en nuestros días y es considerado por la doctrina como límite formal al *ius puniendi* por estar consagrado en la mayoría de las Constituciones de los países y en los Tratados internacionales de la materia, ver *infra* pp. 62 y ss., a propósito de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su fallo de Fermín Ramírez contra Guatemala.

intersubjetiva” (1999: p. 745), lo que se enlaza perfectamente con el fin retributivo de la pena, ya que sólo se puede retribuir lo que el individuo ha hecho, sus actos, su comportamiento, no lo que éste es².

Luego, el principio de ofensividad, formulado en el latinazgo *nullum crimen sine iniuria*, exige que estos actos, positivos o negativos, lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos (Gomes, 2004: p. 299). De este modo, tiene como fin limitar la respuesta punitiva estatal únicamente a ataques que constituyan una afectación significativa de bienes jurídicos de especial entidad, evitando que se justifique cualquier intervención penal en pos de la salvaguarda de un bien jurídico, sin importar la gravedad de la agresión ni la importancia del objeto protegido³.

Por último, el principio de culpabilidad reclama que estas conductas, activas u omisivas, que lesionan o ponen en peligro significativamente bienes jurídicos de especial entidad, hayan emanado de un hombre libre, que pudo haber actuado de una manera diferente a como en definitiva lo hizo⁴. En este sentido, la culpabilidad es entendida como la reprochabilidad del hecho típico y antijurídico, fundada en que su autor lo ejecutó no

² Mañalich sostiene que “la legitimidad de la norma de *comportamiento*, que fundamenta el reproche de culpabilidad, depende no sólo de que la norma sea (universalmente) válida, sino también de que sea adecuada en su aplicación al caso particular. Sólo de este modo el reproche de culpabilidad es el reproche dirigido a un sujeto, y no a un individuo objetivado por razones extrínsecas a sí mismo” y prosigue, “puesto que en todo caso se trata de la formulación de un reproche merecido, la imposición de la pena retributiva sólo puede tener lugar respecto del sujeto cuyo *comportamiento* es constitutivo de un quebrantamiento de la norma: tanto el principio de culpabilidad como el principio de la personalidad de la pena están en el centro de la práctica retributiva” (las cursivas son nuestras) (2007: p. 193).

³ El Derecho penal tiene como finalidad castigar con pena las afectaciones *más graves* de los bienes jurídicos considerados *más importantes* en una sociedad determinada. De este modo, el bien jurídico actúa como límite respecto de los procesos de incriminación de conductas por parte del legislador y como crítica respecto de la legislación penal vigente, y esto en un doble sentido. En primer lugar, excluyendo del catálogo de conductas prohibidas aquellas que no tengan como objeto de protección un bien jurídico de las características reseñadas, esto es, que bajo la apariencia de bien jurídico se incluyan concepciones morales, ciertas funciones del Estado o meras finalidades políticas o de otra índole. Y, en segundo lugar, deslegitima delitos que están dirigidos a proteger bienes jurídicos, pero lo hacen con una excesiva anticipación, sin requerir la efectiva lesión o puesta en riesgo concreto de éstos: los delitos de peligro abstracto.

⁴ Freudenthal señala que “sin el poder del autor, falta su culpabilidad” y prosigue “cuándo falta ese poder, no cabe decirlo de un modo general; es cuestión de establecimiento efectivo en el caso individual. He aquí el punto en que las circunstancias concomitantes del hecho hallan justicia. Existen *in concreto*, de suerte que si para la no ejecución del hecho punible hubiese sido necesaria una medida de resistencia que a nadie se puede exigir normalmente, entonces estarán ausentes, junto al poder, el reproche, y con el reproche, la culpabilidad” (2006: pp. 71-72). En la misma línea, Frank indica que “cuando una persona imputable realiza algo antijurídico, consciente o pudiendo estar consciente de las consecuencias que trae aparejadas su accionar, puede ser sujeto, en general, según la interpretación del legislador. Pero lo que es posible en un caso general, en un caso particular puede ser imposible; así, no cabe la reprochabilidad cuando las circunstancias concomitantes hayan sido un peligro para el autor o para una tercera persona y la acción prohibida ejecutada los podía salvar” (2004: p. 41) y Yáñez, 1970: pp. 302 y ss.

obstante que en la situación concreta podía someterse a los mandatos y prohibiciones del Derecho⁵. Así, en palabras del profesor Enrique Cury, el desvalor del injusto⁶ se extiende al agente del hecho, toda vez que éste puede ser entendido como obra suya (2005: p. 385). De esta forma, Crespo sostiene que “sólo el principio de culpabilidad está en posición de evitar que el Estado, en interés de una protección preventiva de bienes jurídicos, llegue a castigar hechos que el autor no podía evitar. El principio de culpabilidad ejerce una función garantista frente a la aplicación de penas sin culpabilidad, que pueden ser funcionales, pero que no son legítimas en un Estado de Derecho” (2007: pp. 12-13), concluyendo que el único concepto de culpabilidad válido en el Derecho penal del Estado de Derecho es el relativo al la culpabilidad por el hecho, correspondiente también a un “Derecho penal del hecho” y que los diversos conceptos de “culpabilidad de autor”, correspondientes a los modelos del “Derecho penal de autor”, remiten a sistemas autoritarios (2007: p. 17).

En consecuencia, los principios de actividad, ofensividad y culpabilidad se complementan entre sí y constituyen límites del *ius puniendi* estatal⁷ propios de un Estado Democrático de Derecho. El profesor Zaffaroni sintetiza esta integración al explicar que el “Derecho penal de acto concibe al delito como un conflicto que produce una lesión jurídica, provocado por un acto humano como decisión autónoma de un ente responsable (persona) al que se le puede reprochar”, y señala que tiene incuestionables ventajas sobre el Derecho penal de autor ya que requiere que los conflictos se limiten a los provocados por acciones humanas (*nullum crimen sine conducta*), exigiendo una estricta delimitación de los mismos en la criminalización primaria, porque no reconoce ningún delito natural (*nullum crimen sine lege*) y la culpabilidad por el acto opera como límite de la pena (*nullum crimen sine culpa*) (2007: p. 50).

Es así como estos principios se erigen como requisitos básicos de un Estado de Derecho de corte democrático y, por ende, fruto de las decisiones del cuerpo social todo⁸.

⁵ Cfr. Cury, 2005: p. 385 y ss. y Luzón Peña, 2012: pp. 9 y ss.

⁶ La culpabilidad necesariamente presupone acreditación de injusto. Véase, Crespo, 2007: p. 21.

⁷ Rivacoba y Rivacoba señala que “tales principios han de consistir en criterios formales y aprioristas, congruentes y complementarios entre sí; es decir, en otros términos: que son independientes de y previos a cualquier experiencia jurídica, y que proporcionan sustento lógico suficiente para la entidad y comprensión de lo penal. O expresado todavía de distinto modo: son nociones abstractas que condicionan y rigen la realidad de los diversos ordenamientos punitivos y, a la vez, la ciencia que los estudia, o sea, la dogmática penal, o, en otras palabras, son constitutivos” (1999: p. 740).

⁸ La consagración de un Estado de Derecho exige una concepción del hombre como persona y como ser responsable, capaz de autodeterminarse conforme a criterios normativos. Véase, Cerezo Mir, 2000: p. 840).

Es precisamente el reconocimiento de esa libertad de actuar a los sujetos lo que separa un planteamiento democrático de uno totalitario⁹: el Estado está limitado de antemano de la posibilidad de establecer sanciones so pena de incurrir en lesiones a los principios antes referidos, los que funcionan como garantía para los ciudadanos.

Por último, se afirma que el Derecho penal de acto no sólo es concordante con los principios cardinales o límites del *ius puniendi* estatal, sino que tiene la ventaja de su objetividad, pues se castigan hechos perceptibles, que pueden ser probados ante el juez, a diferencia del Derecho penal de autor, que atribuye importancia a las características personales o modos de vida del hechor, lo que da más lugar a apreciaciones subjetivas o antojadizas basadas, entre otras, en diferencias de credos, razas, educación, situaciones familiares, etcétera, y que además crea un gran riesgo que se cometan arbitrariedades pues para un sistema totalitario es muy tentador llegar a definir como tipo de autor el modo de actuar e incluso de pensar de sus adversarios políticos¹⁰.

En cambio, en el Derecho penal de autor, el foco de atención se traslada desde el hecho al sujeto activo. Este último puede conceptualizarse como “la tendencia a castigar maneras de ser u obrar del individuo, así como estas se transparentan en la continuidad de su desarrollo individual y social” (Guzmán: 2011, p. 359). Por su parte, Roxin entiende que un Derecho penal es de autor “cuando la pena se vincule a la personalidad del autor y sea su asocialidad y el grado de la misma lo que decida sobre la sanción. Lo que hace culpable aquí al autor no es ya que haya cometido un hecho, sino que sólo el que el autor sea tal se convierte en objeto de la censura legal” (1997: pp. 176-177). En definitiva, el instituto en comento sustituye el catálogo de conductas punibles por uno de descripciones de características personales o modos de vida, a los cuales se conecta la reacción punitiva (Cury: 2005, p. 92).

Este objeto fue alcanzado en la historia del Derecho penal a través de dos mecanismos: el primero radica en el empleo de la idea de peligrosidad y los tipos naturales

⁹ Este planteamiento, de la libertad como sustrato de la culpabilidad, fue desarrollado en extenso por Jescheck. Ver, Jescheck y Weigend, 2002: pp. 1065 y ss.

¹⁰ Cury, 2005: pp. 92-93. En similar sentido, Tavares, 2004: p. 33, quien a propósito sostiene que “el gran problema que presenta el ontologismo es el de imprimir al Derecho penal un contenido programático de orientación de conductas, y dejar de concebirlo dentro de sus límites y garantías. Al lado de la inconstancia del proceso de descubrimiento de esos valores ético sociales, no muy claramente definidos, el Derecho penal puede ser usado, conforme el destino político que se dé a la incriminación, como un instrumento ideológico muy peligroso”.

de autor resultantes. El segundo, consiste en los tipos normativos de autor, es decir, “estereotipos sociales del modo en que éstos serían percibidos y vivirían en el magín de la comunidad, colocándolos en el corazón de las figuras delictuosas o interpretándolas según ellos” (Guzmán, 2011: p. 359).

A su turno, Gómez Martín distingue entre dos niveles de Derecho penal de autor, atendiendo al “desplazamiento hacia el autor”. En un sentido amplio, éste tendría por objeto “todas aquellas reglas que obligasen al Juez a tener en consideración, sobre todo a efectos de graduar la pena, y con una finalidad de carácter preventivo-especial, además de la mayor o menor gravedad del hecho, en especial las circunstancias personales del reo, y, singularmente, su nivel de peligrosidad” (2007: p. 25), planteando que en este nivel tendría un contenido matizado o moderado y sería compatible con el principio de responsabilidad por el hecho como límite del *ius puniendi* derivado del principio de culpabilidad. Explica que el Derecho penal de autor en este sentido acepta que sólo se pueden sancionar hechos o actos efectivamente realizados, no pensamientos, caracteres o formas de ser, pero pone acento en la etapa de graduación de la pena, en la que no bastaría considerar la mayor o menor gravedad del hecho efectivamente cometido, sino que sería necesario, además tener en cuenta ciertas circunstancias personales del autor, indicando que estas particularidades se consideran tanto para la elaboración de algunas reglas para la determinación de la pena y a propósito de la tipificación de ciertos delitos (2007: pp. 26-27). En un sentido estricto, para el Derecho penal de autor máximo lo determinante para la antijuridicidad de la conducta no es el hecho efectivamente cometido sino la mayor o menor peligrosidad del autor siendo la conducta realizada una mera consecuencia de esta personalidad peligrosa (2007: p. 30), como una manifestación más radical o extrema, con pretensión de exclusividad, que no sería compatible con el Derecho penal del hecho sino que significaría también su negación. La peligrosidad no dependería de la conducta realizada sino de ciertas circunstancias personales del autor como sus pensamientos, voluntad, personalidad, carácter o la actitud interna que mantendría con respecto al ordenamiento jurídico. Así, en un Derecho penal de autor en sentido estricto, señala Gómez, las normas penales “no tratarían de evitar la comisión de hechos delictivos, sino la aparición de personalidades, caracteres o actitudes internas contrarias al ordenamiento jurídico-penal” (2007: pp. 30-31).

Según la opinión del autor en comento, resulta difícil hallar un común denominador en las teorías de los tipos de autor que permita concebir una teoría unitaria de los tipos de autor, la heterogeneidad –tanto en lo metodológico como en el objeto- de planteamientos existente entre las distintas teorías, así como la ausencia de un mínimo consenso doctrinal sobre un posible contenido básico aconsejan referirse a distintas teorías por separado y a una teoría general del tipo de autor¹¹.

2. Evolución dogmática del Derecho penal de autor.

2.1. Teorías de los tipos naturales de autor.

Las teorías de los tipos de autor clasifican a los autores a partir de una serie de criterios a fin de determinar su grado de peligrosidad. Ésta fue definida con exactitud por Feuerbach, quien la entendió como “aquella cualidad de una persona que hace presumir fundadamente que violará, en efecto, el Derecho” (Jiménez de Asúa, 1922: p. 33), pero que tuvo su enclave ideológico en la escuela positiva italiana y posteriormente en la escuela sociológica alemana, razón por la cual los grandes Códigos decimonónicos clásicos – anteriores a este positivismo de matriz criminológica- no reconocieron la peligrosidad entre sus disposiciones.

La *Scuola positiva* surgió en Italia en los últimos tres decenios del siglo XIX, provocando un giro radical en la forma de concebir el delito y el Derecho penal en general sustentado por la escuela clásica. Partiendo de una concepción orgánica de la sociedad y una explicación del ilícito cual síntoma de patología de uno de sus miembros (Guzmán: 2011, p. 351), explican el delito, la pena y el delincuente aplicando el método inductivo experimental, que constituye la esencia de su doctrina, desde la realidad fáctica en que se presenta cada uno de estos conceptos. Conciben el delito como un fenómeno natural, biopsicológico y social, esto es, como acción real de un hombre concreto, expuesto a la influencias de factores físicos, antropológicos y sociales, que los determinan a tal punto de anular su libertad, por tanto el hombre que delinque es un sujeto socialmente peligroso, porque “se inclina, por causas antropológicas o sociales, a cometer acciones que dañan a la colectividad; y esta connatural inclinación será encarada con instrumentos o remedios aptos

¹¹ En contra, Maurach y Zipf, 1994: pp. 291 y ss., quien sostiene que es posible reconducir todas las teorías del tipo de autor a una teoría general del tipo de autor.

para neutralizar la peligrosidad subjetiva del delincuente y proteger la sociedad (Fiandaca y Musco, 2006: p. 11). Esta escuela tuvo como principales exponentes a Cesare Lombroso, Enrico Ferri y Raffaele Garofalo, cuyas propuestas centran su atención en la personalidad del malhechor y en clasificaciones tipológicas de las distintas especies de delincuentes.

Así, Lombroso analizó al delincuente desde un punto de vista antropológico, enfocándose en su dimensión física, planteando que determinadas características corporales, como la forma del cráneo y de la frente, el tamaño de sus mandíbulas o la longitud de sus brazos, determinaban un tipo especial de malhechor, fisonómicamente cognoscible, llegando a sostener que en algunos casos estas características anatómicas asociadas a “caracteres delictivos” eran de naturaleza congénita, encontrándose el malhechor determinado desde su nacimiento, surgiendo con ello la concepción de criminal nato o verdadero, quien desde el inicio de su existencia no podía hacer nada para sustraerse de su futuro delictivo (Gómez Martín, 2007: p. 83). Garofalo, como continuador de Lombroso, acentúa la importancia de los factores psicológicos, concentrando su atención en la personalidad del autor del delito y sus presuntas anomalías psíquicas (Fiandaca y Musco, 2006: p. 12) y, en opinión de algunos, le da más sentido jurídico a su doctrina, postulando el criterio de la temibilidad como base de la responsabilidad del delincuente, la prevención especial como fin de la pena y la teoría de la defensa social como base del derecho a castigar (Sainz Cantero, 1970: p. 82). Ferri, por su parte, expone que el delincuente es un ser causalmente determinado, no antropológicamente como sostiene Lombroso, sino que socialmente, y, resaltando los factores sociales de la delincuencia, clasificó a los delincuentes en natos incorregibles, locos, ocasionales, habituales y pasionales.

Las teorías de los tipos naturales autor no se extinguieron con los postulados de los representantes de la *Scoula positiva*. A partir de 1930 éstas tuvieron un nuevo impulso con las contribuciones de Edmund Mezger y Wilhelm Sauer, dos de los más grandes exponentes del neokantismo, quienes desarrollaron tipos de autor atendiendo a criterios criminológicos. Mezger clasificó a los autores según su mayor o menor predisposición a la comisión de delitos, distinguiendo entre delincuentes por la situación y por el carácter¹².

¹² Mezger, años después, reconoce que, en muchas partes, “la discutida *teoría del tipo de autor*”, ya es anticuada, pues al quedar las leyes sin efecto, ha caducado la finalidad de la teoría y, con ello, también gran parte de la misma. No obstante, señala que algunos puntos de ella mantienen una significación permanente, identificando ciertos tipos legales de autores, los tipos criminológicos de autores y los tipos de autores típicos.

Pertencen a la primera categoría los delincuentes de conflicto, para quienes el ilícito representa una forma de superar el conflicto en que se encuentran, los de desarrollo, en los que el grado de desarrollo del malhechor está conectado al delito y los ocasionales, quienes cometen un hecho criminal motivados por una situación excepcional. Respecto a los segundos, Mezger distingue entre los delincuentes por tendencia, quienes muestran una tendencia a delinquir, los por afición, en los que la propensión a delinquir se transforma en afición y los de estado en los que el delito se transforma en un estado permanente (Gómez Martín, 2007: pp. 84-85). Por su parte, Sauer entiende que el delincuente no es una personalidad nata, como pretendía la escuela de Lombroso, sino que el delito es una aparición histórico-social y, desde ese punto de partida, elaboró dos tablas clasificatorias en atención a si era o no posible referirse a un tipo criminológico de autor. En la primera clasificación reconoce los delitos puros de ataque, tales como homicidio y lesiones, que raramente son tipos de autor; los delitos puros de instinto y debilidad, como mendicidad, prostitución y delitos imprudentes, que suelen ser de tipos de autor y finalmente, los delitos puros de lucro o necesidad, como hurto o estafa, que casi siempre son de tipos de autor. En la segunda tabla, Sauer postula la diferenciación entre criminalidad primaria o aguda y criminalidad de tendencia o crónica. En el primer tipo describe los delitos instantáneos y los delitos ocasionales y, en el segundo, reconoce los delitos de estado y los habituales, distinguiendo, además, entre ilícitos en los que se produce una escasa influencia de la libre decisión de la voluntad y aquéllos en que la injerencia de ésta es más acentuada para concluir en cada caso si se dan tipos de autor o no (1956: pp. 63-77).

En general, estos postulados son objeto de rechazo mayoritario en la doctrina y se encuentran superadas, principalmente porque las diversas teorías de tipos de autor no han alcanzado resultados unitarios, son incapaces de construir tipos de autor para todos los delitos y su consideración provocaría una suplantación del Derecho penal por parte de la Criminología.

Los primeros corresponden a los que el legislador crea circunscribiendo por medio de los presupuestos correspondientes y a los que conecta consecuencias jurídicas determinadas, tales como el delincuente habitual peligroso, el delincuente con tendencias delictivas y el ladrón reincidente. Luego, los tipos criminológicos son extraídos de la realidad de la vida, por ejemplo, algunos tipos de ladrones, como los ladrones profesionales por efracción, los carteristas, los con ocasión del acto sexual, etc. Y, por último, refiere que existen, en cierta medida, los tipos de autores típicos, explicando que aquéllos presuponen, para su realización, una relación determinada entre el hecho cometido y la total personalidad del autor, tales como el tipo de autor del rufián, creado por la jurisprudencia (1958: pp. 95-97).

También la escuela sociológica alemana liderada por Franz von Liszt se hará cargo de la peligrosidad y sus consecuencias. El autor alemán publicó, a fines de 1882, su Programa de Marburgo, en el que plantea su clasificación tripartita de tipos de autor, partiendo de una concepción del hombre como un ser natural y social, sostiene que la constitución individual del autor explica el hecho, ella es la causa del delito y, por tanto, tiene que ser la medida de su enjuiciamiento, concluyendo que “no es el concepto el que debe ser castigado, sino el autor” (von Liszt, 1994: p. 129).

El padre de la escuela moderna del Derecho penal clasificó a los tipos de autor de acuerdo a su grado de peligrosidad: ocasionales, habituales corregibles y habituales incorregibles¹³. Para von Liszt, la peligrosidad del delincuente emana de su incorregibilidad, de su tendencia a la comisión reiterada de estos delitos. El sujeto no es peligroso por la forma en que comete un delito o por el tipo de delito que comete, su peligrosidad fluye del hecho de la habitualidad, de no verse intimidado por la pena. Esta clasificación, constituye el punto de arranque de la concepción preventivo especial acerca de los fines de la pena. En este sentido, este autor es hijo de su tiempo, ya que su análisis responde a la observación empírica del delincuente¹⁴, de un aumento de criminalidad en su tiempo, principalmente de los delitos contra la propiedad. Estudia las estadísticas de reincidencia entregadas por el sistema penitenciario alemán (1994: pp. 119 y ss.), diagnosticando que la forma de tratar a los delincuentes habituales hasta ese minuto era deficiente, proponiendo que la criminología defina aquellos tipos de los delitos que pueden realizarse “habitualmente”, luego si un sujeto ha sido condenado tres veces por dichos delitos la tercera condena sería indeterminada y el sujeto recluido en centros especiales donde se le obligaría a trabajar (1994: p. 121).

Las ideas del Programa de Marburgo no se tradujeron en forma inmediata en una reforma de la legislación alemana, sin embargo su influencia persistiría, hasta el punto que

¹³ Respecto a los delincuentes ocasionales, la pena desempeña una función meramente de recordatorio, intimidación o advertencia, en relación con los delincuentes habituales pero corregibles, la pena habría de perseguir la corrección del individuo y, por último, por lo que respecta a los delincuentes habituales incorregibles, la función preventivo especial sólo podría verse satisfecha por medio de una deshonrosa inocuización consistente en trabajos forzados, daños corporales y pérdida obligatoria y duradera de todos los derechos civiles y políticos. Cfr. von Liszt, 1994: pp. 115-126.

¹⁴ En este sentido, el análisis efectuado por von Liszt coincide perfectamente con el cambio de paradigma que la Escuela moderna del Derecho penal quiso significar respecto de su antecesora, la Escuela clásica. La primera, postula un método empírico, inductivo y concreto *versus* el método racional, deductivo y abstracto sostenido por la segunda.

en 1933 se dictó la “Ley contra los delincuentes habituales peligrosos y sobre medidas de seguridad y corrección” que recogería varias de las prevenciones realizadas en su programa, y, sin ir más lejos, en la actualidad, la mayor parte de las principales construcciones preventivo-especiales defendidas por la doctrina penal son igualmente tributarias de la teoría de los tipos de autor de von Liszt (Gómez Martín, 2007: p. 50).

2.2. Teorías de los tipos normativos de autor.

Respecto a los tipos normativos de autor, Eric Wolf inaugura en 1931 el Derecho penal de autor basado en tipos normativos del delincuente, no criminológicos como los creados por las escuelas reseñadas precedentemente. Elabora una tipología de autores basada en estereotipos sociales e intuiciones extraídas de la filosofía de Husserl y Heidegger, convirtiendo la actitud interna corrupta del delincuente en centro de la teoría del delito.

Wolf critica el concepto de autor formulado por von Liszt en 1882, señalando que al plantear un concepto de autor en términos científico causales, si bien fue el punto de partida para el desarrollo de las disciplinas empíricas auxiliares del Derecho penal, no influyó jurídica ni dogmáticamente en los años sucesivos, pues trasladó la teoría del autor al campo extrajurídico. Considera que la concepción de autor de von Liszt era coherente con el pensamiento empirista y positivista propio de su época, asentado en los pilares del liberalismo político, el individualismo ético y el naturalismo científico, pero que ya en los años treinta del siglo XX resultaba anacrónica, pues sostiene que el Estado liberal fue reemplazado por el Estado social integrado, que el individualismo positivista, éticamente indiferente, es suplantado cada vez más por un personalismo fenomenológico y que el normativismo ha desplazado al naturalismo (2008: p. 5).

Al analizar la esencia del autor lo hace desde tres puntos de vista: jurídico formal, jurídico dogmático y jurídico político o político criminal. El primer enfoque serviría para conocer el concepto de autor más general, el segundo permite interpretar del concepto de autor en el Derecho vigente y construir una tipología sistemática de autores y el tercero, por último, conduce a plantearse el futuro espacio vital de la idea de autor en la Administración de Justicia alemana.

Al reflexionar sobre la esencia del autor, Wolf concluye que no existe un ser *natural* del autor en el sentido de la investigación naturalística, pero tampoco un ser puramente

ideal del autor, sino que aprecia el ser del autor desde un punto de vista antropológico, en el mundo de la cultura, en un mundo histórico, referido a valores o ideas que se yergue en sus condicionamientos naturales (2008: p. 6). Y desde esta perspectiva, lo que definiría en forma más determinante a la persona humana sería la unidad de que sus actos voluntarios guardan entre sí, lo que llamó “actitud interna”. Esta actitud interna también se puede manifestar en la voluntad jurídica, afirmando que existe una “actitud interna jurídica”, entendida como un “duradero estar preparado para el Derecho, estar de acuerdo con él” (2008: p. 7). Según Wolf, lo jurídico pertenece a la provisión originaria del hombre, nada que se pueda ganar o perder, existe *a priori*. Luego, el autor de un delito no lo es porque no tenga actitud jurídica interna, sino que su actitud jurídica interna está decaída o corrompida (2008: p. 7). Así, plantea que “el delincuente, el autor, no es alguien que carezca de actitud interna jurídica, sino uno cuya actitud acusa signos de decadencia, subitánea o permanente, parcial o total. El autor de un delito “reniega” de su actitud interna jurídica, resbala, cae y sigue bajando hasta llegar a la decadencia, hasta que ya “no está más en el Derecho” (2008: p. 7).

Siguiendo al autor en comento, la actitud jurídica corrupta se puede clasificar según el grado de decadencia y elementos modales de la misma. Esto es, la actitud jurídica interna decaída de los delincuentes no se presenta de forma idéntica en todos, sino que se pueden diferenciar desde un punto de vista cuantitativo y cualitativo, dependiendo de las diferentes clases de relación que el individuo puede hallarse con respecto al Derecho, que corresponden a tres distintos tipos de existencias jurídicas: miembro, sujeto y persona de Derecho. En este sentido, primariamente se es miembro de la comunidad jurídica, en seguida, ese miembro adquiere subjetividad jurídica mediante la adscripción de derechos civiles y públicos, sea que estos generen pretensiones respecto de un individuo o facultades respecto de todos, lo que crea un ámbito jurídico de autorización, y, luego, con el acceso a la activa actitud configuradora el mero sujeto de derecho se convierte en persona de derecho, esto es, en cotitular intencionado de la comunidad jurídica.

Así, desde un punto de vista cuantitativo, sostiene que existen diversos grados de decadencia de la actitud jurídica interna. El primer grado de corrupción estaría representado por el miembro de la comunidad jurídica quien se convertiría en autor sólo cuando incumple las expectativas culturales mínimas que vienen planteadas por su conducta; luego,

en un nivel intermedio, el sujeto jurídico devendría en autor cuando infringe un deber ser especial a él impuesto y, por último, la persona jurídica sería considerado autor incluso cuando falta a una posibilidad regulada por el Derecho, lo representaría el grado más intenso de corrupción de la actitud jurídica interna (Wolf, 2008: p. 7 y Gómez, 2007: pp.127-128). Desde un punto de vista cualitativo, el autor plantea que se pueden distinguir los delitos graves que son cometidos por miembros de la comunidad jurídica, los delitos menos graves perpetrados por los sujetos de derecho y las faltas cometidas por las personas de derecho¹⁵. Además, Wolf plantea que corrupción de la actitud interna admite diversas intensidades: debilitamiento, inversión e incremento excesivo¹⁶. Estas modalidades, como indica el penalista, no son psicológicas o sociológicas, sino que representan posibilidades de decadencia de dicho ser perfiladas primariamente, en la esencia del ser jurídico de la persona.

Este autor también reflexiona sobre la consideración jurídico-dogmática y político criminal de autor, reconociendo que el Derecho penal vigente en Alemania en su tiempo no es un Derecho penal de autor, sino que de hecho, siendo el concepto de autor predominante es un concepto formal, abstracto y naturalístico. Ante esto, propone sustituir el concepto de autor dominante por un concepto normativo de autor, “como una manera de ser del hombre en el Derecho, sin caer en el mero psicologismo y sociologismo” (Wolf, 2008: p. 19) y propone cinco tipos básicos de autoría que constituirían los pilares sobre los que debiera edificarse el futuro sistema dogmático del Derecho penal, en el que el Derecho penal

¹⁵ Así, como miembro de la comunidad jurídica, sólo es posible cometer fechorías toscas, contravenciones culturales propiamente dichas, “sempiternas”, que no dependen del tiempo, lugar ni nivel de civilización. Como sujeto de derecho, se pueden cometer injusticias que resultan de un ordenamiento jurídico en particular al delimitar éste la posición de los sujetos, es decir, se trata de delitos condicionados en el tiempo y cambiantes según pueblos o Estados. Y, finalmente, como persona de derecho, se puede ser culpable solamente de contravenciones de policía (delitos administrativos o contravenciones), esto es, quien respeta la medida mínima de los deberes culturales y el ordenamiento jurídico, pero no presta el *plus* de observancia que viene impuesto por la carga de la personalidad jurídica, son faltas situacionales un perder obrar recto en un instante, falta o insuficiente de autogestión de la persona (Wolf, 2008: p. 8).

¹⁶ El debilitamiento de la actitud jurídica interna corresponde al tipo del que incurre en ocasionalmente en una falta a la norma, quien ordinariamente no transgrede normas pero que es fácil de seducir en circunstancias ocasionales. El delincuente habitual o profesional manifiesta una inversión de la disposición de ánimo jurídica, una duradera disposición contraria a Derecho, no es que nieguen el ordenamiento jurídico en general, sino un perverso reinterpretar el Derecho, pues también el delincuente profesional cumple con las normas de su grupo delictivo, escrupulosamente. Y, finalmente, el incremento excesivo se da en los delincuentes por convicción, quien manifiesta decadencia en la disposición de ánimo jurídica al convertir su porfiada voluntad personal en pauta de todo Derecho. (Wolf, 2008: p. 8).

alemán dejaría de ser un catálogo de hechos para transformarse en un catálogo abierto de tipos de autor (Wolf, 2008: pp. 9- 19).

De la postura de Wolf, que convierte la actitud interna decaída o corrupta del delincuente en centro de la teoría del delito a la concepción del delito como traición al pueblo de la doctrina nacionalsocialista había un breve paso, que no tardaron en dar Mezger, Bockelmann, Dahm y Schaffstein (Guzmán, 2011: p. 352).

2.2.1. Noción de delincuente como traidor a la comunidad del pueblo en la doctrina nacionalsocialista.

El Derecho penal nacionalsocialista es reconocido por ser una de las etapas más oscuras del Derecho penal. Pues bien, el Derecho penal nazi del periodo de 1933 a 1945 sostenía que el fundamento de la pena es la actitud interna contraria a Derecho del delincuente, no su conducta que lesiona o pone en peligro un bien jurídico, exigiendo la sustitución en el Código penal de tipos de hechos delictivos por tipos de autor. Esto es, el fundamento de la pena es la voluntad del autor contraria al pueblo.

En el año 1933 Adolf Hitler asumió como canciller de Alemania, lo que significó el fin de la República de Weimar y el inicio a uno de los regimenes totalitarios más funestos de nuestra historia: el *III Reich nacionalsocialista*. Poco tiempo después, dictó el “Decreto para la Defensa del Pueblo y el Estado”, que dejó en suspenso materialmente la Constitución y fue sustituida por el programa del Partido Obrero Nacionalsocialista Alemán.

En este contexto político, el Derecho positivo alemán –hasta ese momento Derecho penal del hecho, tal como lo constataba Wolf- comenzó a transformarse en uno de los Derechos penales de autor más radicales que ha conocido nuestra época contemporánea. Así, comenzó con la dictación del Decreto para la defensa del pueblo y el Estado el 28 de febrero de 1933, cuyo ámbito de aplicación se limitaba a los “enemigos” políticos del nacionalsocialismo y que los Tribunales lo entendían en términos tan amplios como aquellos que con su conducta ponen en peligro la “reconstrucción del pueblo alemán”. Luego se dictó la Ley contra los delincuentes habituales peligrosos y sobre medidas de seguridad y corrección el 24 de noviembre de 1933 que dispone que la culpabilidad del autor no es sólo por el hecho en concreto cometido, sino por la conducción de su vida que lo llevó a cometer tal hecho, dispone que el delincuente habitual peligroso -aquel que ha

sido condenado en al menos tres ocasiones- era merecedor de la pena de presidio, tipificando en realidad una forma de vida, no un hecho concreto y remata con la Ley de reforma del Código penal el 28 de junio de 1935 que deroga el principio de legalidad al disponer que se puede castigar con una pena no sólo un hecho que la ley declare punible sino que también un hecho que merezca pena de acuerdo con la idea básica de una ley penal y el sano sentimiento del pueblo, entendiéndose por sano sentimiento del pueblo “aquella interpretación de la ley que se correspondiera con la idea alemana y nacionalsocialista de derecho” (Gómez Martín, 2007: pp. 139-140).

Estas tres reformas provocaron una profunda transformación del Derecho positivo alemán, que pasó de ser un Derecho penal liberal (de la República de Weimar) a un Derecho penal de autor, el centro de atención deja de ser el individuo que comete un hecho tipificado como delito por la ley sino que pasa a ser la actitud interna de los individuos en cuanto se oponga a los valores de la colectividad¹⁷. En este sentido, la llegada del Derecho penal nacionalsocialista significó para un gran sector de la doctrina una transición del Derecho penal liberal que castigaba a un sujeto por lesionar o poner en peligro un bien jurídico a un Derecho penal de corte totalitario que sanciona a un individuo por exteriorizar una actitud interna reprochable, al traicionar al pueblo y al *Führer* mediante la infracción del deber de fidelidad a ellos.

Posteriormente, se dictaminaron las Ordenanzas contra sujetos nocivos para el pueblo de 1939 y contra delincuentes violentos de 1941, que se caracterizaron por su ausencia de taxatividad, lo que dejaba un gran espacio para el arbitrio judicial, tanto así que la jurisprudencia alemana entendió que para estos efectos, un sujeto nocivo para el pueblo es “todo aquel sujeto que presente de forma sistemática una actitud interna contraria a la comunidad que se encuentra en guerra” (Gómez Martín, 2007: p. 154). Luego, la reforma de 1941 que incorporó los nombres de sus sujetos activos a los párrafos 211 y 212 que consagraban el asesinato y el homicidio, respectivamente, provocó que los Tribunales de la época entendieran que se referían a los preceptos cualitativamente distintos, ya que el “asesino” sería un sujeto cualitativamente distinto al “homicida” y no uno la agravación del otro, y, a juicio de la mayor parte de la doctrina, esta fue la reforma que reconoce

¹⁷ “La idea que estaba detrás de la teoría del Derecho penal de autor en su versión nacionalsocialista es que la amenaza real para la comunidad no proviene tanto de la comisión de hechos delictivos, como de la existencia de individuos que se apartan de los valores comunitarios” (Mir Puig, prologando a Gómez, 2007: p. 19).

legislativamente la vigencia de la teoría de los tipos normativos de autor en el Derecho alemán nazi¹⁸.

El Derecho penal de autor nacionalsocialista no sólo encuentra acogida en aquellas reformas, sino que la teoría de los tipos normativos de autor, se hace extensiva a todos los preceptos del Código alemán mediante la aplicación del párrafo segundo del mismo (Gómez Martín, 2007: pp. 155-156).

En síntesis, tanto los tipos criminológicos como los normativos de autor coinciden en no establecer límites a la intromisión del poder del Estado en las personas, hacen del delito una forma de deslealtad y de cada delincuente un traidor a la comunidad del pueblo, idea que es propia de una concepción totalitaria aplicada en el terreno jurídico. La distinción entre ambos tipos no se traduce en sus consecuencias prácticas, ya que el tipo normativo tiene fines represivos, sin embargo el tipo criminológico posibilita tanto una evaluación preventiva como una medida represiva (Guzmán, 2011: p. 360).

¹⁸ Luego, en 1944 se elaboró por Mezger y Exner el proyecto sobre “extraños a la comunidad”, que pretendía dar un paso más en la consagración del Derecho penal de autor, pero nunca llegó a convertirse en derecho positivo, pues Hitler decide no exterminar a los extraños a la comunidad y ocuparlos como carne de cañón.

II. Derecho penal chileno y Derecho penal de autor.

1. Origen liberal del Derecho penal chileno.

Durante la colonia el Derecho penal vigente en América estaba compuesto por la Recopilación de las Leyes de Indias de 1680, en cuyo Libro VIII, referido a materias penales y compuesto por ocho títulos se contiene una mezcla de Derecho penal sustantivo y procesal, así como normas relativas a la organización de los tribunales y de Derecho penitenciario¹⁹. En los casos que no estuviere regulado por las leyes de la Recopilación referida ni por Cédulas, Provisiones u Ordenanzas dadas para las Indias, se integraba el Derecho de Castilla: el Fuero Real, las Partidas²⁰, el Ordenamiento de Alcalá, las Ordenanzas Reales de Castilla, las Leyes de Toro, la Nueva Recopilación y la Novísima Recopilación²¹. Ahora bien, como el Derecho penal estaba regulado en forma imperfecta e insuficiente en la Recopilación indiana –a diferencia del Derecho penitenciario que está detalladamente reglamentado- este cuerpo legal es de importancia muy secundaria, cobrando así el Derecho supletorio un interés decisivo pues representa el Derecho efectivamente aplicado durante los tres siglos de la época colonial (Peña, 1982: p. 291) y en la práctica los textos a los que con más frecuencia recurrían los Tribunales eran las Partidas, en particular la Séptima Partida, que contenía el único cuerpo legal penal sistemático de la legislación castellana y, en segundo lugar, la Nueva Recopilación. También se podían identificar normas penales en Autoacordados de las audiencias, en los bandos dictados por adelantados, virreyes y gobernadores y normas de policía en las ordenanzas de los cabildos,

¹⁹ Véase sobre este punto Peña, quien explica que la Recopilación indiana de 1680 contiene escasas disposiciones de lo que hoy corresponde a la Parte General del Derecho penal y las pocas que están presentes están destinadas a regular la situación penal de los indios que se aprecia como privilegiada en relación a los españoles y una serie de medidas aseguradoras y preventivas en contra de vagos, gitanos, negros, mulatos y berberiscos, así como la protección de huérfanos y desamparados (1982: pp. 289 y ss.).

²⁰ Las Siete Partidas fueron redactadas entre 1256 y 1265 y en ellas se verifica la recepción orgánica del Derecho romano clásico, completando así la romanización ya iniciada por el Fuero Juzgo seis siglos antes. Las Partidas constan de siete libros, de ahí su nombre. Es el séptimo y último donde se trata del Derecho penal y su variante adjetiva en forma más sistemática y elaborada que el Fuero Juzgo y se puede hablar de una incipiente Parte General que debía ser reconstruida a partir de una serie de disposiciones dispersas en distintos lugares. Cfr. Peña, 1982: pp. 299 y ss.

²¹ La Nueva Recopilación fue promulgada bajo el reinado de Felipe II, en 1567 contiene las leyes dictadas entre 1484 y 1567, entre ellas las Leyes de Toro. A su turno, la Novísima Recopilación fue promulgada en 1805 siguió el mismo método de las compilaciones anteriores que incluía la Nueva Recopilación y las leyes posteriores a ella, en especial la abundante legislación del despotismo ilustrado. Cfr. Peña, 1982: pp. 306-307.

todas ellas especialmente reveladoras de las tendencias delictivas existentes (Iñesta, 2003: p. 297) y carentes de toda sistematización.

La independencia política de Chile que ocurre en el año 1817 no trajo aparejada como consecuencia inmediata la sustitución del Derecho vigente hasta ese entonces, sino que siguió rigiendo el de la metrópoli, y esto sucedió, en general, en todas las naciones americanas, no obstante se introdujo modificaciones para hacerlo compatible con las necesidades surgidas en cada una de ellas (Iñesta, 2003: p. 293). En este sentido, la emancipación sólo significó una ruptura política con la Madre Patria que no tuvo mayores repercusiones sobre el modo de vida de la sociedad hispano americana que continuó rigiéndose por patrones culturales españoles (Rivacoba y Rivacoba, 1991: pp. 17-18). No sólo el Derecho pervivió en las colonias a pesar del quiebre político, también España sirvió como vehículo indirecto para la penetración de las teorías predominantes en el momento de la independencia, en especial el Iluminismo francés y el utilitarismo inglés de Bentham, ambas decisivas en la creación del Derecho penal liberal que materializó la Codificación. Luego, la doctrina de Pellegrino Rossi ingresará a América a través de Joaquín Francisco Pacheco, quien con sus Lecciones de Derecho penal y comentarios al Código penal español de 1848 tendrá una gran influencia en nuestro país y en Latinoamérica (Iñesta, 2003: p. 293).

No obstante la supervivencia de la legislación española²², desde los primeros años de existencia como República hubo interés en contar con una legislación nacional independiente (Garrido Montt, 2003: p. 172), idea fomentada por la necesidad de dotarse de un orden legal más claro, simple y abierto a las nuevas necesidades y superar la considerada como atrasada, cruel y contradictoria legislación vigente (Iñesta, 2003: p. 294), manifestándose en la dictación de variadas leyes sobre diversas materias penales que regularon materias nuevas o adaptaron las vigentes aboliendo instituciones antiguas y reemplazándolas por las nuevas de acuerdo con la ideología liberal del momento, sobre todo en cuanto a las penalidades (Iñesta, 2003: p. 297).

²² De acuerdo al Senado Consulto de 7 de junio de 1820 las diversas leyes españolas se aplicaban en un cierto orden, en el que tenían prioridad la Recopilación de las Leyes de Indias, la Novísima Recopilación (1805), el Fuero Real (1255), con su agregado de leyes de estilo, el Fuero Juzgo y las Siete Partidas (1265). Cfr. Matus, Politoff y Ramírez, 2004: p. 28.

Este periodo intermedio en materia de legislación penal se puede identificar desde el año 1810 a 1874 y corresponde a las leyes especiales dictadas por los gobiernos sobre específicas materias penales que rigieron con preferencia a las españolas y que el profesor Del Río las clasificó en cuatro grupos, a saber: 1º leyes que sancionan los abusos de la libertad de imprenta; 2º disposiciones relativas a la pena de azotes; 3º normas destinadas a regular la protección de la propiedad, y, 4º diversas leyes relativas a otros delitos tales como contrabando, falsificación, conspiración o motín, entre otros, y a cuestiones de procedimiento²³. Señala que se trata de una variada e inconexa legislación compuesta por alrededor de cuarenta leyes promulgadas entre los años referidos, de las cuales buena parte de ellas son Decretos con Fuerza de Ley dictados entre 1831 y 1837 conocidas como las Leyes Marianas, obra del jurista Mariano Egaña.

Sin perjuicio de esta legislación penal de tipo casuístico y asistemático, durante la primera mitad del siglo XIX el Gobierno realizó repetidos intentos de dar a la República un Código penal²⁴. En 1823 don José Alejo Eyzaguirre presentó al Congreso Constituyente

²³ Del Río explica que el primer grupo se compone de seis decretos, entre los que destacan el Decreto de 12 de octubre de 1812, que establece la censura de las publicaciones por un Tribunal de Apelaciones y el Decreto de 23 de junio del año siguiente que reconoció la libertad de imprenta, haciendo responsables de los escritos propagados mediante ella a los autores, y, en caso de escritos anónimos, a los impresores, quienes debían responder también de los escritos religiosos publicados sin la debida censura eclesiástica. El segundo comprende seis disposiciones, comenzando por el Decreto de 14 de julio de 1823, que suprime la pena de azotes y luego cinco decretos que sucesivamente restablecían y abrogaban dicha pena. El tercero consta de tres normas, entre las que destaca la Ley general de hurtos y robos, de 7 de agosto de 1849, que constituye un cuerpo muy completo sobre la materia. Y el cuarto contiene veintisiete, referentes a cuestiones muy diversas, entre las que hay que se pueden subrayar el Decreto de 22 de abril de 1812, que prohibió los juegos de azar y de envite; el Decreto de 7 de septiembre de 1814 que castigó el delito de espionaje con la pena de muerte; el Decreto de 15 de julio de 1817, que prohibió cargar armas; el Decreto de 17 de junio de 1818, que apercibió con las penas legales a quienes provocaron desafíos; la Ley de 23 de julio de 1823, que castigó el contrabando; la Ley de 20 de octubre de 1831, según la cual la ebriedad no era reconocida como circunstancia excluyente o atenuante de la responsabilidad criminal; la Ley de 29 de octubre de 1831, que prescribió que la parte ofendida no podría perdonar al delincuente, salvo en lo relativo a las indemnizaciones por perjuicios; el Decreto de 8 de febrero de 1837, sobre el juicio ejecutivo que instituyó la prisión por deudas; el Decreto de 5 de enero de 1838, con arreglo al cual, en los casos de penas alternativas, el juez debería aplicar la que estimase más conveniente, habida cuenta del rango o situación social del condenado, sus hábitos de vida, educación, conducta anterior y otras circunstancias que hacen que una misma pena sea más acerba para ciertas personas que para otras; el Decreto de 25 de abril de 1838, que ordenó cumplir la Ley de Partidas, en cuanto dispone atenerse al dictamen de los jueces más favorable al reo, cuando, al fallar causas criminales en un tribunal colegiado resultare empate de votos; la Ley de 20 de octubre de 1842, que castigó el tráfico de esclavos o su compra en altamar con la pena del crimen de piratería, y, en fin, la del 10 de noviembre de 1852, que castigó los atentados contra las líneas telegráficas, entre otros (1935: pp. 305-309). En el mismo sentido, Iñesta, 2003: pp. 298 y ss. y Matus, Politoff y Ramírez, 2004: pp. 27 y ss.

²⁴ El proceso de codificación que se estaba dando en toda Europa, producto del éxito de las ideas liberales y el triunfo de la Revolución Francesa, llegó también a América y significó, en materia penal, que durante el siglo XIX se dictaran los primeros Códigos liberales que se caracterizaron por la humanización de las penas - suprimiendo las corporales-, el surgimiento de la pena privativa de libertad como medida común del castigo

una moción para recopilar y codificar todas las leyes existentes, que fue aprobada, sin ningún resultado, al igual que las propuestas de constituir una comisión que presentara un proyecto de Código de Derecho civil y criminal que en 1826 realizó don Santiago Muñoz Bezanilla al Congreso Nacional y que en 1828 efectuó don Francisco R. de Vicuña al Congreso Constituyente. Luego, en 1831 el Senado facultó al Poder Ejecutivo para que designase, con sueldo y honores de Ministro de Corte Suprema, a un encargado de formar los proyectos de Códigos legislativos. A su turno, en 1833 don Manuel Camilo Vial presentó un contraproyecto para el nombramiento de una comisión que extractase la parte dispositiva de las leyes existentes en un lenguaje sencillo y conciso, y, por Ley de 18 de septiembre de 1840 se creó una comisión de legislación para la reforma y codificación de las leyes²⁵, todas empresas que no se concretaron. Posteriormente, en 1846 se estableció una comisión conformada por don Antonio Varas, José Victorino Lastarria, Antonio García Reyes y Manuel Antonio Tocornal para que en el término de seis meses prepare un proyecto de Código penal y otro de procedimiento criminal “de acuerdo con los principios de humanidad y justicia que imponen la Razón y la filosofía de nuestro siglo” (Matus, Politoff y Ramírez, 2004: p. 29). Fracasada asimismo esta comisión, en 1852 se autorizó por cuatro años al Presidente de la República para asignar una renta igual a la de los Ministros de la Corte Suprema a las personas a quienes comisionare para redactar proyectos de Códigos y se comisionó a don Antonio García Reyes para la elaboración del Código penal, pero éste falleció sin llevar a cabo su misión. Ante la falta de resultados, el gobierno designó en 1856 a don Manuel Carvallo para que elaborase un proyecto de Código penal para Chile, quien, entre 1856 y 1859 publicó dos libros de un proyecto de Código penal y tradujo el Código penal belga, también a petición del gobierno, pero a pesar del trabajo realizado nunca llegó a sancionarse como ley.

Finalmente, el 17 de enero de 1870, se dictó un Decreto Supremo que constituyó una nueva comisión redactora que debía elaborar un proyecto de Código penal, compuesta

penal, la imposición de penas proporcionadas –según la valoración de la época– a los delitos y el establecimiento del principio de la legalidad de los delitos y de las penas. En síntesis constituyeron una reacción contra el Derecho penal del *Ancien Régime* en el que la jurisprudencia cayó en una arbitrariedad sin límites procurando reducir la actividad judicial a la mera aplicación de la ley penal al caso concreto, cual silogismo lógico. Nuestro Código penal de 1874, aunque tardío, es también fruto de esta época. Cfr. Matus, Politoff y Ramírez, 2004: pp. 26 y ss.

²⁵ Sobre este punto, véase Rivacoba y Rivacoba, 1991: pp. 23-39.

por juristas prestigiosos de la época²⁶: Alejandro Reyes, Eulogio Altamirano, José Clemente Fabres, José Antonio Gandarillas, José Vicente Ábalos, Diego Armstrong y Manuel Rengifo. Durante su desempeño, el señor Abalos fue reemplazado por Adolfo Ibáñez. Fueron secretarios, sucesivamente, Julio Prieto Urriola, Robustiano Vera y Osvaldo Rengifo. La Comisión Redactora terminó sus trabajos al cabo de tres años y medio, el 22 de octubre de 1873, periodo en el cual se reunió con bastante regularidad (Matus, Politoff y Ramírez, 2004: pp. 27 y ss.) celebrando 174 sesiones (Rivacoba y Rivacoba, 1991: pp. 44-45), de las cuales se levantaron las correspondientes actas, que contienen la historia fidedigna de su establecimiento.

El Proyecto fue enviado al Congreso Nacional con un mensaje del Presidente de la República Federico Errázuriz y de su Ministro de Justicia, José María Barceló, en el que describían perfectamente la necesidad de reemplazar la anticuada legislación hispana y adaptarla a las nuevas necesidades de la sociedad chilena, indicando “la legislación española, apenas modificadas por leyes patrias especiales, adolecía de graves defectos que hacían inaceptable por más tiempo su subsistencia” y consideran que “la necesidad de una reforma de nuestra legislación penal se hacía sentir de mucho tiempo atrás para poner en armonía el estado presente de nuestra sociedad, el desarrollo que ha alcanzado en todas las esferas de su actividad, con los preceptos que deben marcar sus límites y su campo de acción propia, fijando reglas supremas de lo lícito y lo ilícito”. Comenzaron los debates tanto en el Senado como en la Cámara de Diputados, apartándose de la antigua práctica de aprobar por completo los Códigos sin entrar en discusiones particulares, centrándose principalmente alrededor de las facultades de las autoridades eclesiásticas frente al poder civil y de la preeminencia que ésta reclamaba para sí. De esta forma, el 12 de noviembre de 1874 fue promulgado el primer –y hasta ahora único- Código penal de Chile, entrando a regir el 1 de marzo de 1875.

En sus ideas matrices, el Proyecto se basó en el Código español de 1848-1850²⁷ y, secundariamente en el Código penal belga de 1867, no obstante el mandato del Ejecutivo

²⁶ Al respecto, Etcheberry señala que “la Comisión no estuvo integrada por juristas versados en la técnica penal, y en general las innovaciones introducidas se debieron a la influencia de las críticas de Pacheco. Las pocas que se deben a la originalidad de la Comisión Redactora no fueron muy felices” (2007: p. 47).

²⁷ El Código español de 1848 se inspiró principalmente en el Código de las Dos Sicilias de 1819 y, en particular, en el Código de Brasil de 1830, los cuales, a su vez, derivan del Código francés de 1810. Por otro lado, el código de 1848 también recibe influencia notable del primer código español de 1822, que acusa una

indicaba que se basaran en este último²⁸. La doctrina vio con buenos ojos esta elección de la Comisión, pues el Código español tenía varias ventajas por sobre su símil belga, por una parte, era más afín con la tradición histórica y cultural de Chile y exhibía una mejor técnica en el tratamiento de las materias y, además, al parecer el argumento de mayor peso fue el hecho de contar con los comentarios del célebre jurista de la época Joaquín Francisco Pacheco (Peña: 1982, p. 310).

La orientación doctrinal de nuestro Código es prioritariamente la de Pellegrino Rossi, que domina en el Código penal español de 1848, quien sostenía un sistema ecléctico en el que la justicia prevalecía sobre la utilidad, es decir, la pena presenta una naturaleza principalmente retributiva, pero atemperada por ideas utilitarias –prevención general-

considerable influencia del código francés y Derecho español histórico. Peña explica que “el influjo ejercido por el código de Napoleón se explica por haber sido éste el primer código que recogió los principios de la Ilustración, especialmente el pensamiento utilitarista. Pero el código francés en su versión originaria es también un código severo, que aplica con profusión la pena de muerte y otras crueles como la marca y la mutilación de mano. De ahí que el Colegio de Abogados de Madrid haya criticado el haberlo tomado como modelo en la redacción del código de 1822, aduciendo que su dureza no se adapta a la vocación de libertad del pueblo español” y continúa señalando que “el código español de 1848 no puede considerarse sin más como un código derivado del francés, sino que hay que reconocerle una cierta originalidad, presentando, además, una factura mucho más evolucionada y una mejor técnica legislativa que la del código napoleónico” (1982: pp. 310-311). Acerca de Código español de 1848, Mir Puig ha señalado que “influido en algunos puntos por el anterior, suele considerarse la base de todos los Códigos posteriores (2007: p. 62). Respecto a qué texto del Código español se atuvieron los autores del chileno hay discrepancias, Ricardo Cabieses y Jiménez de Asúa sostienen que se basaron en el Código español en su versión de 1850 y Fontecilla, por su parte, sostiene que nuestro Código es una copia casi literal del Código español de 1848. Seguimos en este punto al profesor Rivacoba y Rivacoba (1991: pp. 47-48), quien concluye que los comisionados trabajaban con el Código de 1850, pero teniendo a la vista y tomando en consideración la redacción original de 1848, lo que queda de manifiesto en el tratamiento de la conspiración y proposición para delinquir, pues nuestro Código contempla pena para aquellos casos sólo cuando la ley lo señale, siguiendo en este punto el criterio del código de 1848, pero acogiendo una excusa que figuraba en la versión del de 1850, demostrando un excelente criterio liberal, que concordaba con el de Pacheco. Por lo demás, tenían muy en cuenta los comentarios de Pacheco y con ellos disponían también de la versión de 1848.

²⁸ Las razones que tuvo el Gobierno para querer imponer este Código como modelo fueron expuestas por el Ministro de Justicia en la sesión preparatoria de la Comisión Redactora, aduciendo que “su precisión, claridad i sencillez lo hacían superior a cualquier otro para servir como base o punto de partida en la reforma de nuestra legislación penal”. Y agregaba que “el largo periodo de veinte años que se había gastado en su revisión para la que se tuvieron a la vista los cambios operados en las legislaciones penales de toda la Europa en los últimos tiempos, daban, a su juicio, una ventaja inmensa en el trabajo que se iba a emprender, al Código belga por sobre todos los demás”. Cfr. Peña, 1982: p. 309. En el mismo sentido, explica Rivacoba y Rivacoba en su comentario preliminar del Código penal que “éste es el criterio que primó en el trabajo de la Comisión Redactora, ya que a lo largo de las Actas se observa, en la discusión y preparación de la Parte General una influencia casi única y constante del Código español, y, si bien en la de la Parte Especial se aduce numerosas veces al ejemplo belga y prevalece éste en la distribución de los títulos, predomina también, en definitiva, para la redacción de los tipos, el español” (Politoff y Ortiz, 2003: p. 19). En el mismo sentido, Cury señala que “en un primer momento el Ministro de Justicia, BLEST GANA, abogó por que se empleara como modelo a seguir el Código Penal belga de 1867; sin embargo, en la Comisión prevaleció el criterio de REYES, que se inclinaba a servirse, para esos efectos, del Código Penal español de 1848” (2005: p. 158).

como medio asociado para una mejor garantía del orden moral preexistente²⁹. Y, de manera secundaria, a través del Código belga llegarían las ideas utilitarias y preventivistas de Jeremías Bentham, que informaron el Código francés, modelo de aquél³⁰.

Nuestro catálogo pertenece, pues, al periodo clásico, esto es, a la etapa más ricamente creadora en la evolución del Derecho penal codificado que va desde los Códigos napoleónicos de 1810 y bávaro de 1813, hasta el italiano de 1889. En palabras del profesor Rivacoba y Rivacoba es un “Código humanitario, racionalista, clásico, individualista, igualitario y liberal” (1991: p. 60). Sin embargo, explica que su humanitarismo es relativo, pues mantiene penas crueles como la de muerte, perpetuas, la de cadena o grillete y la de encierro en celda solitaria, pero concluye indicando que se debe juzgar al Código por las instituciones o prácticas de su tiempo a que se opone o suprime, como por ejemplo que para la ejecución de la pena capital disponga el fusilamiento, apartándose del modelo español. El racionalismo y el liberalismo se manifiesta, principalmente, en la reiteración con que se consagra el principio de legalidad de los delitos y de las penas y enlazado con el retribucionismo que se expresa en el prurito de disponer de cuantiosas penas, de diversa naturaleza y duración, para castigar cada delito según su distinta entidad y gravedad, que tiene como fin que éstas correspondan casi con una exactitud matemática al mal causado por el delito. Del liberalismo tal como se entendía en el siglo XIX proviene la desconfianza en el arbitrio judicial, que, unida al principio retribucionista, lleva a largos catálogos de circunstancias atenuantes y agravantes, a las escalas graduales de penas y a las complejas

²⁹ Rossi en su postura ecléctica intenta armonizar las teorías absolutas de Kant y Hegel con el utilitarismo del pensamiento revolucionario, especialmente Beccaria y Bentham rechaza el utilitarismo como fundamento del Derecho penal, pues reconoce la naturaleza racional y libre de los seres humanos, postulando que existe un orden moral, preexistente a todas las cosas, regido por la idea fundamental de una justa distribución del bien y del mal. Este orden moral absoluto se refleja en el orden social y, en consecuencia, el delito es una acción mala en sí, que atenta contra dicho orden. El Derecho penal encuentra así su justificación en la idea de justicia, pues con la aplicación de una pena se logra restablecer el equilibrio del orden social alterado por el delito, es decir, su función principal es la expiación, la retribución. Pero puesto que el orden social no se identifica con el orden moral, la idea utilitaria debe actuar como límite de la pena, poniendo el acento, eso sí, sobre la justicia. Desde esta perspectiva entonces, la pena será justa cuando corresponde exactamente al mal causado por el delito, pues sólo así se logrará el restablecimiento del orden social. Pero siempre es aconsejable aplicar la pena moralmente legítima en toda su extensión; hay que sopesar además si ella también es adecuada y oportuna. La utilidad social de la pena se convierte así en correctivo de la justicia absoluta. Rossi sostiene que “el fin esencial de la justicia humana es el mantenimiento del orden, la protección del Derecho, y para ello se sirve de la pena como instrumento. Los efectos indirectos de la pena son, en relación al pueblo, la enseñanza moral y la advertencia; con respecto al delincuente mismo, el efecto principal es impedir la comisión de nuevos delitos. Pero todos estos efectos colaterales están supeditados al fin último de la justicia humana, que es la protección y conservación del orden social (Peña, 1982: pp. 311-312).

³⁰ Jiménez de Asúa, 1950: pp. 322- 359.

reglas para aplicar éstas, y la decisión de reducir la punición de la conspiración y la proposición sólo a los casos previstos especialmente por la ley. Por otra parte, la tendencia utilitarista se puede reconocer en una serie de casos en que se prevé una considerable atenuación de la pena, o bien se prescinde totalmente de ella³¹. Además, podemos agregar que tanto la consagración del principio de legalidad, como el régimen del *error in personam* en el texto original de los artículos 1 y 18 de nuestro Código³² ratifican el carácter de Derecho penal del hecho al referirse a “acciones u omisiones” y luego a “hechos”, como objetos de la sanción penal y nunca a formas de ser o maneras de conducir la vida de los autores. Que el delito se defina como acción u omisión posee una vital importancia, pues “marca un primer límite de índole material entre lo punible y lo no punible” (Ortiz y Politoff, 2003: p. 55), constituyéndose como requisito mínimo para la intervención del Derecho penal. A lo anterior, podemos agregar que en nuestro catálogo, la construcción de los tipos penales de la parte especial es de actos singulares, no describen actuaciones habituales o estructuras de personalidad, esto es, fueron elaborados sobre la base de realización de los hechos, como matar a otro, apropiarse de cosa mueble, falsificar un instrumento público, etcétera. Como explica Cousiño Mac Iver, el único objeto de reproche es el hecho injusto realizado (1992, p. 17), y en este sentido, “es basándose en esta realidad fáctica, singular y aislada, que el juez dicta su sentencia y aplica la pena señalada en la ley o absuelve de la acusación” (1992, p. 15).

³¹ Peña explica que estos últimos casos se pueden reducir a tres grupos, dependiendo de cuál sea la razón que ha motivado la atenuación o exención: 1º Facilitamiento de la prueba mediante la revelación de planes delictuales (artículos 8 inciso 4º, 160, 192 y 295) o de la confesión del delito ya cometido (artículos 11 N° 8 y 9); 2º Favorecimiento del desistimiento (artículos 8 inciso 4º, 11 N° 7, 129, 142 inciso 7, 153, 154 y 456, todos en su redacción original), y, 3º Consideración a la familia (artículos 146 inciso 2º, 369 inciso 4º y 489) (1982: p. 313).

³² Artículo 1 Código penal de 1874 disponía: “*Es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley.*

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

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

Por su parte, el artículo 18 prescribía lo siguiente: “*Ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una lei promulgada con anterioridad a su perpetración.*

Si después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término, se promulgare otra lei que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento”. Cabe señalar que ambos artículos conservan el texto, con la salvedad que al artículo 18 se han agregado dos incisos a continuación.

El profesor Rivacoba y Rivacoba concluye que “la preocupación por el individualismo y la igualdad constituyen al Código en un documento característico del Derecho penal de acto, en que no se estima ni interesa la personalidad del sujeto más allá de lo imprescindible para determinar la culpabilidad de su actuar delictuoso. Ese acusado individualismo hace, por otra parte, que obtenga menguado relieve y protección en el Código, la solidaridad humana, tan importante hoy en los modernos cuerpos punitivos” (Rivacoba y Rivacoba, 1991: pp. 63-64).

2. Reformas históricas que introdujeron figuras que representaban manifestaciones del Derecho penal de autor en el Derecho chileno durante el siglo XX.

Nuestro Código penal es, en la actualidad, uno de los más antiguos del mundo. Si bien es cierto no ha sido profusamente modificado, pretendemos identificar algunas leyes que reformaron el Código penal o bien establecieron instituciones penales en leyes complementarias que distorsionaron la preponderante inclinación de nuestro Derecho penal de constituir un Derecho penal de actos.

Éstas, en su gran mayoría, responden a la recepción en nuestra doctrina de las ideas positivistas, muy instaladas en la ciencia penal desde la segunda mitad del siglo XIX hasta la tercera década del siglo XX. Se suele afirmar que el positivismo llegó a Chile tardíamente, a comienzos de la década del cuarenta del siglo pasado (Cury, 2005: p. 161) y que además de incidir intensamente en las cátedras de la época, el único recuerdo que dejó fue la Ley sobre Estados Antisociales de 1954 y la Ley 7.821 de 1944 sobre Remisión Condicional de la Pena³³.

2.1. Decreto Ley 321 de 10 de marzo de 1925.

³³ Cfr. Matus, Politoff y Ramírez, que sostienen que “afortunadamente, la ideología de la *Scuola Positiva* se mantuvo en Chile en los límites de la retórica académica. Sólo la Ley N° 11.625 sobre *Estados Antisociales y Medidas de Seguridad*, de 4.10.1954 –hoy derogada, estuvo basada, en parte, en los principios del positivismo italiano” (2004: p. 33). En contra, el profesor Matus postula que el positivismo penal se desarrolló en Chile desde principios del siglo XX, a partir de la influencia de Valentín Letelier y Raimundo del Río en la enseñanza universitaria, y que estas ideas positivistas impactaron en otros autores de la época, en los proyectos de Código penal de Erazo-Fontecilla (1929) y Silva-Labatut (1938), y en las leyes sobre Estados Antisociales (N° 11.265) y Remisión Condicional de la Pena (N° 7.821). El autor plantea, en oposición a la opinión dominante, que las tesis positivistas permanecen vigentes en nuestro ordenamiento punitivo y especialmente en la práctica procesal, al punto de que nuestro actual sistema de penal, incluyendo las salidas alternativas, las sanciones de la Ley de Responsabilidad Adolescente N° 20.084 y la Ley N° 18.216, pueden ser descritos en clave “positivista” al determinarse la duración y la clase de las medidas efectivamente a imponer principalmente por criterios relativos a la peligrosidad del imputado (2007: pp. 175-203).

Fue promulgado el 10 de marzo de 1925, por la Junta de Gobierno con acuerdo del Consejo de Secretarios de Estado que establece la libertad condicional para los penados, acogiendo en su primer artículo la doctrina positivista que gozaba de gran prestigio en esos años, prescribiendo que “se establece la libertad condicional, como un medio de prueba de que el delincuente condenado a una pena privativa de libertad y a quien se le concede, se encuentra correjido y rehabilitado para la vida social”.

2.2. Ley N° 11.625 sobre Estados Antisociales y Medidas de Seguridad de 4 de octubre de 1954.

Tuvo su génesis trece años antes y se debe a la iniciativa del Instituto de Ciencias Penales, que naturalmente influido por las ideas de la época, elaboró en 1941 un proyecto de ley sobre estados antisociales y medidas de seguridad. Sus fuentes principales son la Ley española de vagos y maleantes de 4 de agosto de 1933, la Ley colombiana sobre la materia de 1936, el Proyecto de Ley uruguaya sobre vagancia, mendicidad y estados afines de 22 de octubre de 1941 –que al poco tiempo se convirtió en ley- y algunas disposiciones del Proyecto chileno de Código penal de Labatut y Silva en 1938 (Rivacoba y Rivacoba, 1991: pp. 109-110). El Instituto revivió el tema al celebrar en Santiago del 2 al 8 de octubre de 1949 sus Primeras Jornadas Nacionales de Ciencias Penales e incluirla en el temario y el interés prestado a esta materia movió a los poderes públicos a ocuparse de ella. El Ejecutivo envió al Congreso un proyecto a base del preparado por el Instituto referido, el que después de amplio debate parlamentario, pasó a ser, con algunas modificaciones, la Ley N° 11.625. Sin embargo, el artículo 67 de la misma disponía que el título primero y el artículo 61 entrarían en vigencia noventa días después de la fecha en que el Presidente de la República dictara el decreto que instaure los establecimientos para la detención e internación de los antisociales, mientras se crean e instalan los lugares de detención y las casas de trabajo y colonias agrícolas instituidos en la ley para aquellos individuos. El decreto referido nunca fue dictado y, en consecuencia, aquella parte de la ley, que es donde se legisla propiamente acerca de los estados antisociales y las medidas de seguridad nunca fue aplicada hasta que se derogó en 1994 por ley N° 19.313.

Esta ley estaba compuesta por cuatro títulos, el primero trata propiamente los estados antisociales y las medidas de seguridad, el segundo y el tercero son reformas de los

Códigos penal³⁴ y procesal penal, respectivamente, y el último de disposiciones generales. En ella se regulan las medidas de seguridad, que nuestro Código, en su versión original, no contemplaba. Es una ley de peligrosidad antidelictual o sin delito, concretada a través de nueve estados antisociales, que describe con bastante exactitud y nitidez y para los cuales prevé una serie suficiente y variada de medidas de seguridad³⁵. Con esta normativa, el Derecho chileno se afilia al sistema dualista de medidas de seguridad pre y postdelictuales (Matus, 2007: p. 189).

2.3. Ley N° 7.821 sobre Remisión Condicional de 29 de agosto de 1944.

Esta ley también fue impulsada por el Instituto de Ciencias penales como “herramienta para evitar el contagio moral de los delincuentes primarios del tipo ocasional” –según reza su mensaje- y por medio de ella se introdujo el sistema de remisión condicional de la pena como recurso para combatir las consecuencias indeseables de las penas cortas privativas de libertad³⁶.

2.4. Ley N° 8.987 sobre Seguridad Interior del Estado de 3 de septiembre de 1948.

³⁴ Respecto a los delitos de vagancia y mendicidad, el artículo 61 de esta ley derogó los artículos 305 a 308 del Código penal, los que sancionaban estos ilícitos, por cuanto las conductas que en esos preceptos se contemplaban pasaron a constituir estados antisociales sujetos a medidas de seguridad, sin embargo por disposición del artículo 67 el título I y el artículo 61 entraban en vigencia noventa días después de la fecha en que el Presidente de la República dicte el decreto a que se refiere el artículo 65, reglamento que nunca fue dictado. Por esta razón, recién en julio de 1998 la ley 19.567 suprimió el párrafo del Código penal que se refería a la vagancia y mendicidad. Cfr. Labatut, 1992: pp. 114-115.

³⁵ El profesor Rivacoba y Rivacoba señala que estas medidas “se adecuan con mucha propiedad a los estados peligrosos que han de combatir. El procedimiento para declarar tales estados e imponer las respectivas medidas tiene, como es debido, carácter judicial, no administrativo, y resguarda innegablemente con un gran celo y para su momento buena técnica los derechos y garantías individuales” y concluye indicando que “hay que reconocer que la ley tiende a lograr su cometido y finalidad sin avasallar la dignidad humana ni la libertad personal, si bien la perspectiva actual en la materia ofrece criterios para proteger con más eficacia al individuo frente a limitaciones y privaciones a que sin duda queda sometido por la aplicación de dichas medidas. Asimismo, es muestra de prudencia diferir su vigencia hasta contar con los establecimientos adecuados, evitando lo que pasó en otros países con leyes similares, o sea, que se desvirtúe y bastardee por aplicarla sin disponer de aquéllos” (1991: pp. 111-112).

³⁶ Luego fue modificada por la Ley 17.642 de 4 de mayo de 1972 y por la Ley 18.216 de 14 de mayo de 1983, que reformuló una vez más la institución y consagró otras dos medidas “como alternativas” a las penas privativas o restrictivas de libertad: la libertad vigilada y la reclusión nocturna. Recientemente, por la Ley N° 20.603 de 27 de junio de 2012 que establece medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de la libertad consistentes en la remisión condicional, reclusión parcial, libertad vigilada, libertad vigilada intensiva, expulsión y prestación de servicios en beneficio de la comunidad.

Conocida también como la Ley de Defensa Permanente de la Democracia o “Ley maldita”, fue dictada durante el gobierno del Presidente Gabriel González Videla, y en términos generales proscribió el Partido Comunista y aumentó las penas de los delitos contra la seguridad interior del Estado y orden público. Lo más significativo de esta ley fue que prohibió la existencia, organización, acción y propaganda de palabra, por escrito, o por cualquier otro medio, del Partido Comunista y, en general, de toda asociación, entidad, partido, facción o movimiento, que persiga la implantación en la República de un régimen opuesto a la democracia o que atente contra la soberanía del país, llegando a prescribir que las asociaciones ilícitas a que se refieren estas organizaciones importan un delito por el solo hecho de organizarse.

2.5. Ley N° 12.927 sobre Seguridad Interior del Estado de 6 de agosto de 1958.

Esta ley derogó la Ley N° 8.987 recién referida, y, si bien significa un avance en estas materias, al regular los estados de excepción constitucional y prescribir delitos contra la seguridad exterior e interior del Estado, la soberanía nacional y el orden Público, igualmente cae en excesos al describir que comenten delito contra la soberanía nacional los que de hecho ofendieren gravemente el sentimiento patrio o el de independencia política de la Nación.

2.6. Ley 17.798 sobre Control de Armas de 21 de octubre de 1972.

Con fecha 5 de abril de 1972, por moción del honorable senador Carmona se presentó al Senado el Proyecto de ley que introduce diversas modificaciones a la Ley N° 12.927, de Seguridad Interior del Estado. Al exponer los fundamentos de la moción hace referencia a la situación política y de violencia que vivía nuestro país en esa época y la formación de grupos armados que amenazaban la democracia, unido a que aún existiendo una variedad de disposiciones sobre la materia, estas estaban diseminadas en distintos cuerpos legales (Código penal, Ley sobre Seguridad Interior del Estado y Reglamento de Fabricación y Comercio de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y Productos Químicos) de manera asistemática, desordenada y, varios de ellos, careciendo de vigencia práctica. Luego el Ejecutivo formuló una indicación al proyecto que sustituía íntegramente el texto del mismo por otro articulado. Finalmente, luego de la discusión en la Cámara de Diputados y en el Senado, primó la idea de que era absolutamente necesario dictar esta ley para terminar con el clima de emergencia dado por la violencia existente y por la formación

de numerosos grupos paramilitares, fue aprobada como ley de la República el 20 de octubre de 1972.

Según ha señalado, efectivamente era necesario formar un cuerpo sistemático de normas que regulase el control de las armas, no obstante ello, el legislador de 1972 adoptó una política criminal preventiva y represiva, entregando las materias relativas a las armas a la Justicia Militar, con un procedimiento que limitaba el recurso de apelación y eliminaba el de casación, estableciendo presunciones contra reo, tipos de peligro abstracto y penas altas. En el proyecto originalmente presentado por el honorable senador Carmona, en la historia de la ley y en el proyecto finalmente promulgado se manifiesta una influencia muy relevante de los postulados de prevención especial, que buscaba, principalmente, evitar la violencia de connotación ideológica, pues el fin de esta ley no fue penalizar el hecho de portar armas –que, por lo demás ya estaba sancionado en la ley- sino a los autores, vale decir, a los grupos violentistas y paramilitares.

3. Análisis de figuras penales presentes en nuestro ordenamiento actual cuestionables desde el punto de vista del Derecho penal de autor.

3.1. Agravante de reincidencia.

La reincidencia puede ser definida como la situación en que versa quien comete un delito habiendo sido ya condenado anteriormente por otro u otros, en virtud de una sentencia ejecutoriada. Desde los primeros ordenamientos jurídicos, tanto en el Derecho romano como en el germánico fue considerada un factor de exasperación de la severidad de la pena del nuevo delito y sólo contemporáneamente ha comenzado a quebrarse esa tendencia.

Nuestro Código la enuncia en las circunstancias 14^a, 15^a y 16^a del artículo 12³⁷. La historia de la reincidencia en nuestro Derecho se inicia en la sesión novena de la Comisión

³⁷ “Artículo 12. Son circunstancias agravantes: 14^a Cometer el delito mientras cumple una condena o después de haberla quebrantado y dentro del plazo en que puede ser castigado por el quebrantamiento. 15^a Haber sido condenado el culpable anteriormente por delitos a que la ley señale igual o mayor pena. 16^a Haber sido condenado el culpable anteriormente por delito de la misma especie”. Según explica el profesor Künsemüller es costumbre de nuestros autores distinguir entre una reincidencia “propia o verdadera” (artículo 12 números 15 y 16) y una reincidencia “impropia o ficta” (artículo 12 número 14). Dentro de la “propia”, se acepta la división entre “genérica” (número 15) y “específica” (número 16). La reincidencia verdadera se da cuando vuelve a cometer delito el que había sido condenado antes y había cumplido la pena impuesta. Es reincidencia ficta o impropia aquella en que incurre el que fue condenado antes en virtud de sentencia ejecutoriada y delinque nuevamente sin haber cumplido aquella condena. Se denomina reincidencia genérica la que consiste

Redactora del Código penal del 21 de mayo de 1870, en la que se aprobó el número 17 del artículo 12 en los siguientes términos: “haber sido castigado el culpable anteriormente por delitos a que la lei señale igual o mayor pena”, luego de un breve intercambio de posturas entre los comisionados Altamirano, Gandarillas y Rengifo. Fue sancionado sin discusión el numeral 18 del mismo artículo que disponía “ser reincidente en delito de la misma especie”. Por último, la reincidencia ficta fue incorporada por indicación de Fabres en la sesión 138 y es original de nuestro catálogo, pues no existía en el Código español de 1848 (Künsemüller, 2005: pp. 121-122). Los comisionados Gandarillas y Fabres basaron su opinión favorable a legislar sobre la materia en la mala fama del reo, de lo que concluye Alejandro Fuensalida, el prestigioso comentarista de nuestro Código, que la intención de la Comisión fue incluir esta agravante como contrapartida a la incorporación de la irreprochable conducta anterior como atenuante (1883: p. 108).

Ciertamente, este instituto no es para nada pacífico y ha suscitado una multitud de posiciones doctrinales que se pronuncian sobre el fundamento y naturaleza de la reincidencia, que constituyen las cuestiones más controvertidas en esta materia.

Cuando la reincidencia asomó su cara detrás de la vieja tradición en los Códigos del siglo XIX, en la escuela clásica hubo ya entonces una corriente abolicionista que la consideró incompatible con un Derecho penal de acto e irreconciliable con el principio de inherencia o *ne bis in idem*, sobre todo quienes sustentaban una visión retributiva del fin de la pena. Autores como Carmignani, Carnot, Alauzel, Köstling, Gesterling, Mittermaier, Tissot, Pagano y Giuliani, entre otros, le negaban todo efecto jurídico a esta circunstancia (Künsemüller, 2005: p. 122 y Zaffaroni, Slokar y Alagia, 2007: p. 774). No obstante, otros miembros de la escuela clásica trataron de darle una justificación, probablemente la más conocida es la teoría de la insuficiencia relativa de la pena ordinaria elaborada por Carrara, quien, como todo liberal fue un hombre muy respetuoso de que el Derecho penal ha de ser de acto y no de autor, he intentó explicar la reincidencia señalando que ésta no agrava la cantidad material del actual delito, porque una agravación de la cantidad del delito provendría del hecho ilícito anterior respecto del cual el sujeto ya saldó su responsabilidad

en la repetición de un delito de diversa especie del otro u otros que ya fueron objeto de juzgamiento y específica es aquella en que el nuevo delito cometido es de la misma especies que el delito antes sancionado (2005: p. 121). En el mismo sentido, Cfr. Etcheberry, 1997b: pp. 30-35 y Novoa, 2005: pp. 87-88.

cumpliendo la pena y que tampoco puede fundarse la reincidencia en una pretendida mayor perversidad del reincidente, pues el juez penal juzga actos y no puede entrar a evaluar la maldad de hombre sin violentar ni trascender lo que son sus propios límites. En conclusión, consideraba que la única razón aceptable para aumentarle la pena al reincidente sería la insuficiencia relativa de la pena ordinaria, que queda demostrada por el reo mismo con su propio hecho, con la prueba positiva que resulta de su desprecio a la primera pena. Y agrega que, además, serviría para apaciguar la mayor alarma social que creó en la comunidad la repetición del delito, pues, explica este autor, siguiendo a Bentham, que si el delito es cometido por un reincidente, ello es motivo de aumento del daño mediato, ya el temor de los que no comenten delitos aumenta al ver que la pena no sirve para refrenar a los culpables y que aumenta el mal ejemplo al mostrarles a los malos cómo desprecia la pena el que ha sufrido sus rigores (1996: pp. 201 y ss.).

Se ha criticado a Carrara indicando que es una de las páginas menos logradas de su Programa, pues pese a sus argumentos en contrario cae en contradicciones evidentes, pues, en primer lugar, el autor en comento era retribucionista y justifica la reincidencia con argumentos prevencionistas. Además, pese a que él trata de evitar a toda costa que la reincidencia se asocie al juzgamiento de la personalidad del sujeto, finalmente cae en ello, pues tiene su fundamento último en la idea de que el reincidente, por sus cualidades personales, tiene una especial insensibilidad hacia la pena ordinaria, lo que determina la necesidad de la pena agravada (Mir Puig, 1974: p. 433). Por tanto, no sólo cae en una justificación preventivo general de la reincidencia, sino que también su postura deviene en realizar un juzgamiento de la persona del malhechor, lo que no es otra cosa que Derecho penal de autor.

Un segundo grupo de teorías acerca de la reincidencia plantea que en ella se podría identificar un *plus* de injusto sosteniendo, en términos generales que ésta aumentaría el daño social del injusto propio del delito. Quienes han defendido este punto de vista han empleado criterios distintos. Así, Zanardelli, ministro de justicia italiano, en la *Relazione* sobre el proyecto de Código penal italiano en 1887 sostiene que el fundamento del aumento de pena por reincidencia es la mayor alarma social que produce el que ha delinquido varias veces, ya que esa repetición indicaría la peligrosidad de ese individuo (Donna e Iuvaro, 1984: pp. 46-47). Por su parte, Manzini sostiene que la recidiva indicaría voluntad

persistente de delinquir y de no uniformarse ante el orden jurídico general, penalmente sancionado, en consecuencia, la causa de que ella sea agravatoria, es la agregación de un particular incremento del injusto objetivo en la actual infracción, caracterizándola como "circunstancia agravante de la imputabilidad o culpabilidad psicológica del reo" (1965: p. 695). Más contemporáneamente, Santiago Mir Puig, tras reconocer que su fundamento es cuestionable, acepta que la reincidencia denota en el sujeto una actitud de mayor desprecio y rebeldía frente a los valores jurídicos que aquél tuvo ocasión de apreciar no sólo en su formulación abstracta e impersonal por parte de la ley, sino sobre si mismo, en la medida en que ni siquiera ello ha servido para motivar al autor de forma suficiente para que no cometiera la nueva infracción. Prosigue explicando que si se concibe la imputación personal como mera condición de atribuibilidad del injusto penal, que puede impedir la atribución total o parcialmente, pero no puede aumentar la gravedad atribuible al hecho, por lo que aquella actitud de desprecio y rebeldía sólo puede considerarse causa de elevación de lo injusto del hecho, sin embargo, concluye que la agravación de la pena por reincidir es constitucionalmente inconveniente³⁸. En su mayoría, estas teorías han sido abandonadas, pues se ha considerado que el sólo dato material de la repetición de delitos no explica el aumento del injusto de la nueva infracción³⁹.

Por último, en un tercer grupo de teorías podemos identificar variados postulados que plantean, con diversos matices, que en la reincidencia se puede apreciar una mayor peligrosidad del sujeto o bien una mayor culpabilidad en el mismo. Los primeros consideran que el fundamento de la reincidencia radicaría en la mayor peligrosidad del reo y, en términos generales, explican que la reiteración del delito indicaría una inclinación o tendencia a delinquir y, en consecuencia, una mayor probabilidad en la comisión de futuros delitos. En síntesis, la agravación de la pena del reincidente ya no se justificaría por la mayor gravedad del hecho, en razón de un mayor injusto o una mayor culpabilidad, sino en consideraciones de prevención especial derivadas de la peligrosidad del autor. Los

³⁸ Mir Puig al explicar por qué considera constitucionalmente inconveniente la agravación de la pena por reincidir señala que "es, en efecto, rechazable que agrave la pena, en un Derecho penal respetuoso del fuero interno y que quiera limitarse a proteger bienes jurídicos (social-externos), una mera actitud interna del sujeto que no afecta al grado ni a la forma de la lesión producida, cuando, por otra parte, tal actitud suele ir acompañada por una menor capacidad de resistencia frente al delito (menor culpabilidad) en quien ha pasado por la experiencia carcelaria" (2007: p. 624).

³⁹ Cfr. Zaffaroni indica que "en lugar de una mayor conciencia de la antijuridicidad, en la reincidencia habría –por lo general– una menor culpabilidad en virtud del aumento del nivel del estado de vulnerabilidad" (2007: p. 773).

principales defensores de esta postura fueron los exponentes del positivismo italiano como Ferri, Matteotti, Garofalo e Impallomeni, entre otros, y, más contemporáneamente, Cuello Calón, Sánchez-Tejerina, Puig Peña, Ferrer Sama y Jiménez de Asúa, por nombrar algunos (Rivacoba y Rivacoba, 1989: p. 195). Se ha criticado este planteamiento, pues la circunstancia implicaría una presunción sobre la existencia de un tipo de personalidad criminal derivada de la existencia de condenas anteriores, presunción de peligrosidad que no tiene por qué cumplirse en el caso concreto. También se ha objetado que la peligrosidad no puede ser el fundamento jurídico adecuado para la agravación de la pena, pues la pena sólo puede tener su justificación en la gravedad del hecho y que frente a la peligrosidad del autor la respuesta adecuada no es la pena, sino las medidas de seguridad (Sanz-Díez, 2013: pp. 109-110). En este mismo sentido, pero para combatir la recidiva, Cobo del Rosal y Vives Antón sostienen que en la mayor peligrosidad del reincidente está la última ratio de la agravación, entendiendo por peligrosidad criminal la probabilidad de delinquir que se ha transformado en cierta pues el individuo ha vuelto a cometer un delito. Frente a esto, concluyen que en la reincidencia se produce, no sólo una ruptura del Derecho penal de la culpabilidad, sino también en la realidad un total *fracaso de los efectos preventivos de la pena en su día impuesta*” (1999: p. 901), por lo que ésta no puede nunca justificar la agravación de la pena, sino que a lo sumo la imposición de una medida de seguridad como lo que sucedió en Alemania en 1986⁴⁰.

La segunda corriente está constituida por los normativistas o culpabilistas, que, en términos generales, asocian la reincidencia a una mayor culpabilidad, pero no por el acto sino que por la conducción de la vida (Welzel, 1970: p. 212), o sea, una culpa de autor por la inclinación al delito que el individuo dejó que se formase en su ánimo pese a haber podido evitarla. En esta línea interpretativa se sitúan Bettiol y Calvi en Italia, en Alemania Baumann y Jescheck, entre otros. Guiseppe Bettiol considera que con la reincidencia se castiga propiamente el modo de ser del agente. En ese sentido la reincidencia constituye una cualificación subjetiva y la esencia de esa cualificación está en la inclinación al delito

⁴⁰ En Alemania, el año 1986 se abrogó la reincidencia, porque se consideró que en definitiva, detrás de ésta había un problema de culpabilidad por el carácter o en todo caso un juicio formulado respecto de la denominada peligrosidad del sujeto. Se suprimió la reincidencia ese año como motivo de agravación, pero fue una victoria si se quiere pírrica, porque ya no se agrava la responsabilidad penal del reincidente. En vez de agravar la pena del reincidente ahora el juez puede imponer las medidas de seguridad de internamiento, lo que en lugar de mejorar su situación la empeora, porque las medidas de seguridad por su propia definición no están sujetas a un límite fijo.

que subsiste en el ánimo del reo, por lo que la razón de ser que la ley le asigne mayor pena a este modo de ser reincidente hay que buscarla en la concurrencia de una especial reprochabilidad en él (1965: p. 585). Sólo que Bettiol y Baumann dan esta explicación, pero justamente para cuestionar la subsistencia de esta agravante en los códigos, porque si la reincidencia lo que expresa es un juicio de reproche a la conducción de la vida del sujeto, entonces ese juicio está excediendo la culpabilidad por el acto y cae en la culpabilidad de autor, propia de Derecho penal totalitario. La mayoría de los autores que sostienen este planteamiento, sobre todo en Alemania y España, atribuye a la reincidencia una naturaleza subjetiva por exteriorizar el delito del reincidente una personalidad disvaliosa para el Derecho, es decir, habría reflejado en ese nuevo delito una voluntad más intensa de lesionar bienes jurídicos y una oposición permanente al Derecho, la repetición de delitos sería un índice de una mayor culpabilidad en el autor⁴¹. Se ha considerado que el reincidente presenta mayor culpabilidad pues exhibe una actitud de especial rebeldía respecto de las exigencias del ordenamiento jurídico o, dicho de otro modo, manifiesta el desprecio respecto de la advertencia que representó la condena anterior (Cerezo Mir, 2001: pp. 168-169). Frente a esta postura se ha argumentado que agravar la pena en virtud de la reincidencia supone infringir el principio de responsabilidad por el hecho o “acto aislado”, fundamentando el juicio de culpabilidad en el “estado del autor” o, lo que es lo mismo, en su carácter (Sanz-Díez, 2003: pp. 105-106). A esta objeción responde en la actualidad Cerezo Mir explicando que la reincidencia, así entendida, no sería una muestra de culpabilidad por el carácter o por la conducción de la vida y tampoco implicaría una infracción del principio de inherencia pues, al sostener una concepción normativa de la culpabilidad, el juicio de reproche por el hecho perpetrado se puede extender a la valoración de las circunstancias personales del sujeto, entre las que se citan los antecedentes penales o la personalidad del culpable, valoración que en la concepción psicológica era imposible (Cerezo Mir, 2001: pp. 168-169). Esta última apreciación parece

⁴¹ Aquí, sin embargo, en el pensamiento penal hay ciertas variaciones, por ejemplo, de una personalidad desvalorada hablaron Maggiore y Santoro en Italia. De un desprecio hacia los bienes jurídicos, de una mala disposición de ánimo prefirió hablar Mercedes Alonso Álamo en España. De la mayor exigibilidad de otra conducta que podría plantearse al reincidente discurrió por su parte Rodríguez Devesa. A su turno casi todos los penalistas alemanes y en España Cerezo Mir se refieren a una mayor culpabilidad basada en el desprecio de la advertencia que representaba la condena anterior, en el haber despreciado esa advertencia, el no haber tomado en serio esa advertencia de la condena anterior, en ello estaría la base de esa culpabilidad más intensa del delito del reincidente.

muy discutible, porque si bien es efectivo que la culpabilidad normativamente entendida puede tomar en cuenta elementos caracterológicos en el juicio de reproche, se trata de ver el carácter en el acto, no el acto en el carácter, pues eso se traduciría en formular un reproche respecto de toda la personalidad del autor. Los penalistas alemanes hablaban que en la reincidencia había una mayor culpabilidad por haber despreciado el autor la advertencia representada por la anterior condena, incluso el propio Código penal alemán hasta la reforma de 1986 en su parágrafo 48 al hablar de la reincidencia como motivo de agravación decía “no haber tenido en cuenta el reincidente la advertencia de las condenas anteriores”, ello es porque en el fondo la reincidencia lo que envuelve es lo que los mismos alemanes - desde Mezger a Jakobs en la actualidad- llaman la enemistad al Derecho, con lo cual esa advertencia que despreció el reincidente deriva insensiblemente en una propiedad del autor. En síntesis, la reincidencia no se puede conciliar con el principio de culpabilidad, con una culpabilidad normativamente entendida, porque por su propia naturaleza tiende a convertirse en un juicio sobre la entera personalidad, no sobre un acto concreto, incluso razonando en términos de culpabilidad, lo que se puede concluir es lo contrario, que la capacidad de resistir la tentación de cometer nuevos delitos no es que aumente, sino que disminuye con las condenas previas⁴². El fracaso de las advertencias representadas por las penas anteriores lo que está mostrando en el reincidente es más bien una especial dificultad para motivarse conforme a Derecho, para determinar su conducta con arreglo a éste, es decir, una situación de menor imputabilidad, por lo cual la reincidencia lejos de figurar como una agravante debiera comparecer como atenuante de la responsabilidad penal⁴³, o, al menos, debiera desaparecer del catálogo de circunstancias legales de agravación.

⁴² En el mismo sentido, Zaffaroni, Slokar y Alagia explican que “en lugar de una mayor consciencia de la antijuridicidad, en la reincidencia habría –por lo general- una menor culpabilidad en virtud del aumento del nivel de estado de vulnerabilidad, generado por un anterior ejercicio del poder punitivo, siempre estigmatizante, lo que obliga en términos de teoría de la responsabilidad a acotar el marco de la respuesta frente al delito; si el efecto es más trascendente de la prisionización es la reincidencia –siendo sorprendente que no sean mayores sus índices-, el estado no puede agravar la pena del segundo delito que ha contribuido a causar” (2007: pp. 773 y 774).

⁴³ Jiménez de Asúa explica que la Buccellati y Kleinschord postulan que la reincidencia debía operar como circunstancia de atenuación, toda vez que la repetición del delito implica una fácil tendencia al mal y una menor libertad de decisión, por tanto, menor imputabilidad en el agente. Kleinschord encontraba en la sociedad la causa de la reincidencia, por creer que el ambiente social y familiar de vicio y corrupción, escasez de trabajo, mala distribución de la riqueza y sobre todo, la defectuosísima organización penal y penitenciaria son culpables de que aquellos delincuentes, víctimas de las circunstancias que los rodean, se encuentren en situación propicia para recaer en el delito (1958: p. 537).

Tomando en cuenta lo señalado hasta este punto sobre el pretendido fundamento y la naturaleza de la reincidencia, podemos constatar que esta circunstancia agravante, cuya presencia en los ordenamientos, incluso en los liberales, ha sido una constante hasta hace poco tiempo atrás, no ha conseguido hallar en la dogmática penal una explicación satisfactoria⁴⁴. El nuevo delito que comete quien antaño delinquiró, no demuestra un aumento en la antijuridicidad de la fechoría, pues, por ejemplo, la vida cegada por un reincidente vale exactamente lo mismo que la vida a la que pone fin quien delinque por primera vez. Tampoco se distingue un incremento en la culpabilidad del reincidente, es más, incluso se puede advertir una disminución en la imputabilidad, por las razones antes señaladas, salvo que, el juicio de culpabilidad se retrotraiga a lo que el sujeto es. De esa forma, se castigaría en forma más severa el segundo o posteriores hechos delictivos por esa trayectoria vital del sujeto, haciéndolo responder por la conformación de su carácter, de la manera de organización de su vida que emerge de la repetición de conductas. El repetir actos es en el fondo el índice del como él condujo y realizó su vida y en definitiva de cómo él fue fraguando su carácter. Por eso Bettiol se negó a estudiar la reincidencia como una circunstancia agravante, la miraba más bien como una cualidad personal, como un tipo criminológico de autor, semejante a la habitualidad, al delincuente habitual del Código penal italiano o a la profesionalidad, en otras palabras, una forma personal de peligrosidad. Para el gran profesor de Padua, la reincidencia es una hipótesis de culpa de autor⁴⁵, es decir, un *quid* que está fuera del delito que no puede modificar su estructura o entidad, que nada tiene que ver con la existencia misma del mismo, añadiendo que, además, la reincidencia es un pensamiento completamente incompatible con la retribución, pues se puede retribuir lo que un sujeto hace, pero no lo que un sujeto es⁴⁶, a diferencia del pensamiento preventivista, que, desde luego, abraza la teoría de la reincidencia.

La reincidencia lo que revelaría a través de esa repetición de conductas es la adquisición de un determinado modo de ser, convirtiéndose así “en un tipo legal criminológico de fondo netamente represivo” (Bettiol, 1965: p. 585) y por eso es que se

⁴⁴ Cfr. Künsemüller, 2005: p. 126 y Vaello, 2001: pp. 1359 y ss.

⁴⁵ Podemos decir aquí, discutir si es de culpa por el carácter, en la terminología de Engisch o de culpa por la conducción de la vida en la de Mezger o de culpa por la decisión vital en palabras de Bockelmann -todas acuñadas en la época del nacionalsocialismo en Alemania. Acerca del pensamiento de Bettiol sobre estas teorías, Cfr. Fornasari, 2014: pp. 1-14.

⁴⁶ Bettiol explica que “puede decirse que quien roba la primera vez es castigado *porque robó*; en caso de reincidencia se lo castiga por *ladrón*” (1965: p. 584)

trata de una circunstancia incompatible con un Derecho penal de acto, o, lo que es lo mismo, una circunstancia incompatible con un Derecho penal de un Estado liberal y democrático de Derecho, por lo que consideramos que la reincidencia debiera ser derogada en nuestro Código punitivo⁴⁷, tal como se hizo, para orgullo de Hispanoamérica, en Perú y Colombia, ambos países eliminaron la reincidencia y en los dos casos se debió al pensamiento de Giuseppe Bettiol. Primero en Colombia en 1980, lo que se mantiene en el código vigente de 2000. Y luego en Perú en 1991, se suprimieron los institutos penales de la reincidencia y habitualidad de la Parte General del Código⁴⁸, sin embargo, lamentablemente, en mayo de 2006 y en el marco de un acuerdo de promoción comercial entre Perú y los Estados Unidos de Norteamérica -y con el afán de demostrar garantía de seguridad jurídica al capital extranjero-, reaparecieron ambas figuras como factores de graduación de la pena en el artículo 46 del Código penal peruano y como circunstancias agravantes comunes en los artículos 46-B y 46-C del mismo catálogo (Guzmán, 2011, p. 353).

Esta es la postura que actualmente domina en nuestra doctrina nacional⁴⁹, que ha sido explícitamente recogido en el Foro Penal encargado de elaborar el proyecto de nuevo Código penal, que acordó suprimir del catálogo de agravantes la reincidencia⁵⁰.

⁴⁷ Künsemüller (2005: p. 128) es enfático al concluir que “la solución verdadera, ajustada tanto a los principios capitales del Derecho penal, como a las exigencias político-criminales modernas, pasa –en nuestro concepto- necesariamente por la eliminación de la circunstancia agravante de reincidencia”. Cfr. Cobo del Rosal y Vives Antón, 1999: p. 901. Incluso en España autores como Zugaldía Espinar (1989: pp. 189 y ss.) y Marina Sanz-Diez (2013: pp. 97 y ss.) han llegado a afirmar que la inconstitucionalidad de la circunstancia agravante en estudio.

⁴⁸ Kunicka-Michalska explica que en la Exposición de Motivos se dejó constancia que no era válido conservar estas formas aberrantes de castigar y que según la Comisión Revisora, carece de lógica, humanidad y sentido jurídico el incremento sustantivo de la pena, correspondiente a un nuevo delito, por la reincidencia o habitualidad, teniendo sólo como fundamento la existencia de una o varias condenas anteriores cumplidas. En la parte correspondiente, se dejó constancia de que “dentro de este razonamiento castigar a una persona tomando en cuenta sus delitos anteriores, cuyas consecuencias penales ha satisfecho, conlleva una violación del principio *non bis in idem* (nadie puede ser juzgado dos veces por un mismo delito) el mismo que se encuentra consagrado en el artículo 233, inc. 11 de la Carta Política” (1996: pp. 241 y ss.).

⁴⁹ Cfr. Cury quien sostiene categóricamente que “la reincidencia, como agravante, no es más que un cuerpo extraño en el derecho penal de la culpabilidad, sin otro fundamento que una serie de prejuicios y malentendidos más o menos reconocidos por la mayoría de la literatura contemporánea. Tras ella, en efecto, parece ocultarse una confianza candorosa en la eficacia preventiva de las amenazas penales, con arreglo a la cual, si se conmina a una pena más severa en contra del reconvicto, se detendrán con alguna certeza a quien ya sufrió una sanción punitiva y se propone delinquir por segunda vez” (2005: pp.504-514). En el mismo sentido, Garrido Montt, 2003: pp. 207-216; Politoff, 1997: pp. 245 y ss.; Bustos Ramírez, 2007a: pp. 772-773; Náquira Riveros, 1998: p. 328 y Cousiño Mac Iver, 1992: pp. 15-16.

⁵⁰ Cfr. “Anteproyecto de Código Penal Chileno de 2005 elaborado por la Comisión Foro Penal”, en *Política criminal*, n° 1, D1, pp. 1-92.

Además, con la derogación de la reincidencia de los catálogos se produce un efecto político criminal muy apropiado, pues en aquellos ordenamientos la rehabilitación⁵¹ está sujeta a un régimen de pleno derecho, no es ni judicial ni administrativa, opera *ipso iure*.

3.2. Agravante de responsabilidad consistente en cometer determinados delitos con el rostro cubierto o utilizando cualquier medio destinado a ocultar su identidad.

En noviembre de 2006 el Ejecutivo presentó un proyecto de ley que modifica diversos cuerpos legales en materia de orden público y establece normas en materia de reuniones públicas, en cuyo mensaje, al explicar el fundamento del referido proyecto, señala que en el último tiempo “con el pretexto de participar en legítimas manifestaciones ciudadanas, una o más personas han incurrido en conductas delictivas o dañosas, que deslegitiman el ejercicio de los derechos garantizados por la Carta Fundamental y provocan diversas consecuencias en el patrimonio público y privado” y prosigue indicando que se ha tornado en un problema creciente la violencia con la que estos “pseudos manifestantes” actúan, pues suelen tomar parte en estos actos vandálicos ocultando sus rostros y porque las policías no cuentan con los medios idóneos para su identificación y persecución. En el punto que nos interesa, el proyecto incorpora un inciso al artículo 269 del Código penal para sancionar más fuertemente a quienes cometan el delito de desórdenes públicos previsto en este artículo con el rostro cubierto o utilizando cualquier medio destinado a ocultar su identidad. En realidad, lo que se plantea es una agravación específica del tipo base de desórdenes públicos, esto es, una figura calificada, al elevar el marco penal de presidio menor en su grado mínimo a presidio menor en su grado mínimo a medio y multa de ocho unidades tributarias mensuales⁵². Luego, por indicación del Ejecutivo se modificó la pena de la figura calificada a presidio menor en su grado medio y multa de cuatro a ocho unidades tributarias mensuales. Si bien en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado se generó discusión acerca de este punto, ella se centró en que la naturaleza del delito contemplado en el artículo 269 hace especialmente recomendable que se establezca alguna forma alternativa de cumplimiento, consistente en

⁵¹ El restablecimiento jurídico del prestigio social de una persona condenada que cumplió su pena se produce a través de la eliminación de todos los antecedentes penales y la satisfacción de todas las consecuencias accesorias de la condena. Es un efecto muy positivo porque de esa manera se evita otro problema muy grave que es que el que cumplió una pena, sobre todo privativa de libertad, tiene que cargar con el estigma grabado a fuego de los antecedentes penales que le dificultan encontrar trabajo y reinserarse socialmente.

⁵² Boletín 4832-07, disponible en http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=5218&prmBL=4832-07. Fecha última consulta: 30 de julio de 2014.

trabajos en favor de la comunidad, porque –según algunos integrantes de la Comisión-, éstos tienen un efecto rehabilitador mucho más relevante que la mera imposición de una medida restrictiva de libertad, realizándose una modificación en ese sentido⁵³. Sin embargo, nada se mencionó acerca de la justificación de la agravación de la pena por el hecho cometer el delito de desórdenes públicos encapuchados. Por nuestra parte, estimamos que no se divisa aumento de la antijuridicidad de la conducta o en la culpabilidad del delincuente que actúa con su rostro cubierto, es más, en el mismo mensaje se explica que esta circunstancia lo que genera son problemas para que las policías detengan e identifiquen a los involucrados.

En consecuencia, consideramos que este proyecto al prescribir un tipo calificado para el delito de desórdenes públicos, lo que está haciendo es reconocer un estereotipo en los mismos, considerándolos “pseudo manifestantes” –en los términos del mensaje- que comenten actos vandálicos. No se aprecia la diferencia entre el delito de desórdenes públicos causando o no daños a la propiedad pública o privada cometido por un delincuente encapuchado a otro no encapuchado, la única diferencia sería la dificultad de carácter procesal consistente en que los eventuales testigos reconozcan al imputado por su rostro, que no justifica una agravación en la pena de los encapuchados, sino más bien la adopción o revisión de las medidas de seguridad y control adoptadas por las policías para el desarrollo de manifestaciones públicas. En el fondo, en este proyecto, lo que se puede apreciar es que se sanciona gravemente al encapuchado porque se le concibe como un estereotipo de delincuente peligroso y vándalo, con claros fines preventivos especiales o de inocuización. Este proyecto, actualmente se encuentra en tercer trámite constitucional.

Luego, el 31 de agosto de 2010, una moción de diez diputados de la Unión Demócrata Independiente⁵⁴ presentó el Proyecto de ley que sanciona a quienes participen en desórdenes públicos con el rostro cubierto⁵⁵ y su en su mensaje afirman que el combate a la delincuencia exige que el Estado, como garante del orden público, se aboque al problema específico de los “encapuchados” que actúan al amparo del ocultamiento para dañar los

⁵³ Boletín 4832-07, disponible en http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=5218&prmBL=4832-07. Fecha última consulta: 30 de julio de 2014.

⁵⁴ El Proyecto fue iniciado en moción de los señores diputados Uriarte, Estay, Hasbún, Hernández, Lobos, Macaya, Norambuena, Sandoval, Vilches y de la diputada señora Hoffmann, doña María José.

⁵⁵ Boletín 7155-25, disponible en http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=7556&prmBL=7155-25. Fecha última consulta: 30 de julio de 2014.

espacios públicos y la propiedad privada casi en cada oportunidad que tiene lugar un acto público o "movilización", agregando que no es aceptable que en estas circunstancias no se pueda detener a personas que conocidamente están alterando el orden público, pero que no pueden ser pesquisadas adecuadamente por usar diversos medios para ocultar su rostro, como pasamontañas y otros. Por eso se propone tipificar como simple delito la acción de quien participe en desórdenes estando encapuchado, aunque no se pruebe que hubiere ocasionado daños a la propiedad pública o privada, lo que facilitaría la acción de la policía en casos de disturbios organizados a propósito de manifestaciones autorizadas regularmente, pues se les podría detener por estar cometiendo un delito flagrante. En este Proyecto, lo que en realidad se plantea es crear un delito específico, cuestionable desde la prisma del principio de ofensividad, pues no se aprecia que bien jurídico lesiona quien interviene en un acto público, autorizado o no, ocultando su rostro de forma tal que se impida que la autoridad o los tribunales puedan identificarlos a través de registros fotográficos, cinematográficos o videos, es decir, se crea un delito respecto del cual no se identifica la acción u omisión que lesione o ponga en peligro un bien jurídico penal, es más, en el mensaje se explicita claramente que no es necesario que se hubiere ocasionado daños a la propiedad pública o privada, lo junto a los reparos efectuados al proyecto anterior lo transforma en un proyecto de ley absolutamente cuestionable desde puntos de vista de legitimidad constitucional. Afortunadamente, la Comisión de Seguridad Ciudadana acordó el archivo del Proyecto el 22 de abril de 2014.

Por último, debemos mencionar el Proyecto de ley que fortalece el resguardo del orden público presentado por el Ejecutivo el 27 de septiembre de 2011, conocida como la "Ley Hinzpeter"⁵⁶. En su mensaje se describen los hechos que motivaron el proyecto en comento, señalando que "en ocasiones, el legítimo ejercicio pacífico del derecho de reunión que algunos realizan, es perturbado por otros que, sobrepasando el marco constitucional, provocan desórdenes, agreden y lesionan a los funcionarios policiales o a quienes se manifiestan tranquilamente, causan daños a la propiedad, portan y utilizan armas cortantes, contundentes, de fuego e incendiarias, y muchas veces ocultan su rostro para evadir la acción policial y asegurar sus ataques a los legítimos participantes de la reunión", por lo

⁵⁶ Boletín 7975-25, disponible en http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=8371&prmBL=7975-25. Fecha última consulta: 30 de julio de 2014.

que constituyen claras muestras de afectación a la seguridad y tranquilidad pública que importan una alteración directa del orden público y un menoscabo del legítimo ejercicio del derecho de reunión. Frente a esto, plantean una serie de reformas consistentes en reformular el tipo de desórdenes públicos, agravar las penas por delitos de desórdenes públicos cuando se actúa encapuchado o con otro elemento que impida, dificulte o retarde la identificación del hechor, fortalecer la protección de la autoridad, incluyendo a las Fuerzas de Orden y Seguridad cuando actúan en el ejercicio de su labor de resguardo del orden público y facilitación de la obtención de medios de prueba. En el punto que nos interesa, el proyecto referido propone un nuevo artículo 269-B en el que establece una agravante específica respecto de los atentados contra la autoridad, atentados y amenazas contra los fiscales del Ministerio Público y defensores penales públicos, y desórdenes públicos. Esta agravante consiste en imponer la pena en su *máximum* si ésta constare de un grado de una divisible, o bien no aplicar el grado mínimo, si ella constare de dos o más grados, a los responsables que actuaren con el rostro cubierto o utilizando cualquier otro elemento que impida, dificulte o retarde la identificación del autor. Durante la tramitación del proyecto se solicitó informe a la Corte Suprema, cuyos ministros mayoritariamente expresaron su opinión desfavorable al mismo por contravenir algunas de sus disposiciones los principios de igualdad e inocencia y crear un tipo penal en blanco al hacer punible la participación en desórdenes por el sólo hecho de que en ellos se produzcan resultados, en clara contraposición al principio de legalidad, todos principios consagrados en nuestra Carta Fundamental. Luego, el Ejecutivo con fecha 20 de marzo de 2013 realizó una indicación⁵⁷ importante al proyecto que en términos generales propone una nueva formulación el delito de desórdenes públicos previsto en el artículo 269 del Código penal, crea un nuevo artículo 410 bis que establece una agravante específica para los delitos de homicidio, lesiones y duelo cometidos con ocasión ocasión de la celebración de actos, manifestaciones o espectáculos públicos que congreguen la presencia masiva de personas. Y en su inciso segundo plantea que quienes incurrieren en los delitos de desórdenes públicos, homicidio, lesiones y duelo, con ocasión de la celebración de los mismos actos y cubran su rostro con el propósito de ocultar su identidad, mediante el uso de capuchas, pañuelos u otros

⁵⁷ Boletín 7975-25, disponible en http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=8371&prmBL=7975-25. Fecha última consulta: 30 de julio de 2014.

elementos análogos, serán sancionados con el *máximum* de la pena establecida para el delito, si ésta constare de un grado de una divisible, o no se aplicará el grado mínimo, si constare de dos o más grados. Además, crea una falta que sanciona al que, en un desorden público, cubra su rostro con el propósito de ocultar su identidad, mediante el uso de capuchas, pañuelos u otros elementos análogos. Afortunadamente, este proyecto fue rechazado por la Comisión mixta el 17 de diciembre de 2013.

En síntesis, consideramos que las propuestas de aumentar la pena de quienes cometan un delito encapuchado o bien imponer una pena a quien participe de una manifestación con su rostro cubierto, que se expresaron en los tres proyectos recién revisados –con variaciones en cuanto a su formulación y ámbito de aplicación- lo que hacen no es otra cosa que crear un tipo criminológico al puro estilo de la escuela positiva italiana, criminalizando a quienes cubren su rostro por esa sola circunstancia, por corresponder a un estereotipo de delincuente que comete actos vandálicos en las manifestaciones públicas- como bien lo reconocen los mensajes con los que fueron presentados los tres proyectos referidos-, constituyendo una manifestación de Derecho penal de autor. Favorablemente, ninguno de estos proyectos se ha sancionado como ley ya que han tenido en general rechazo por parte de la doctrina⁵⁸, opinión pública⁵⁹, organismos de derechos humanos⁶⁰ y organizaciones internacionales, al considerar que lo que se obtiene con estas propuestas en vez de fortalecer el derecho fundamental de reunión y manifestación sin permiso previo y sin armas lo que se está haciendo es criminalizarlo, dando lugar a un efecto amedrentador para el ejercicio de ese derecho.

⁵⁸ Cfr. Hernández, 2012: pp. 234-235.

⁵⁹ A favor del proyecto en estudio, en los medios nacionales, línea editorial de La Tercera del día 9 de agosto de 2013, disponible en <http://www.latercera.com/noticia/opinion/editorial/2013/08/894-536980-9-despacho-de-la-ley-para-fortalecer-el-orden-publico.shtml>. Fecha última consulta: 2 de agosto de 2014.

⁶⁰ Lorena Fries, Directora del Instituto Nacional de Derechos Humanos, es tajante al sostener que “existen al menos tres riesgos al abordar el cómo enfrentar a las personas que, en contexto de manifestaciones sociales, cubren sus rostros. El primer peligro es asimilar de manera directa a una persona con el rostro cubierto con una persona que delinque (...) Un segundo riesgo es el reduccionismo jurídico y enfoque de seguridad, y no de derechos humanos, al abordar la temática. El país ha cambiado y el derecho a la manifestación pacífica hace parte hoy de los procesos de exigibilidad de nuestra democracia, y poner el foco de discusión en un elemento puntual, limitando una aproximación más integral de la temática, es un tercer elemento de riesgo”. Concluye señalando que “la mera capucha no puede ser motivo de sanción, lo que debe sancionarse es a la persona que comete delitos, la que efectivamente puede o no estar encapuchada. Sancionar a las personas encapuchadas sólo por la sospecha de que puedan haber cometido un delito, constituiría un grave retroceso en materia de derechos humanos, volviendo al principio de la detención por sospecha” en La Tercera, 18 de mayo de 2014, disponible en <http://www.latercera.com/noticia/opinion/ideas-y-debates/2014/05/895-578559-9-la-actual-regulacion-penal-resuelve-el-tema.shtml>. Fecha última consulta: 2 de agosto de 2014.

3.3. Delitos habituales.

3.3.1. Delito de maltrato habitual.

En esta materia, la discusión se centra acerca de si estas manifestaciones de protección son producto de tendencias expansionistas y por ende infringirían los principios del derecho penal mínimo, pues las conductas serían reconducibles a figuras ya existentes (Villegas, 2012: p. 277) o bien se encontrarían justificadas en atención a que protegerían un bien jurídico distinto al de los tipos ya regulados⁶¹.

Nuestra legislación contempla el delito de maltrato habitual en el artículo 14 de la ley 20.06662 castigando con la pena de presidio menor en su grado mínimo todo maltrato constitutivo de violencia física o psicológica acaecido en el seno de la familia y que se perpetre de manera habitual, salvo que el hecho sea constitutivo de un delito de mayor gravedad. Se trata de un delito expresamente subsidiario (Van Weelzel, 2008: p. 239), de carácter residual y establece una condición de procesabilidad consistente en que los antecedentes deben ser enviados por el Tribunal de Familia al Ministerio Público, lo que supone la existencia de denuncias previas de violencia intrafamiliar ante dicho tribunal.

⁶¹ En opinión de la profesora Myrna Villegas existiría un bloque de constitucionalidad que justificaría el delito en estudio, sosteniendo que las conductas acaecidas en violencia intrafamiliar, si bien pueden ser subsumidas en delitos existentes (lesiones, amenazas, entre otros), encuentran fundamentos de carácter formal para su incriminación autónoma a través de un delito de malos tratos familiares en la propia Carta Fundamental. La importancia que el constituyente da a la familia en las bases de la institucionalidad, unido ello a la protección de la vida y de la integridad física y psíquica de la persona humana, en conjunto con los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, Pacto de Derechos Civiles y Políticos) que prohíben toda forma de tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes, y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención de *Belém do Pará*”, incorporados vía artículo 5, inciso segundo, de la Constitución, determinan la existencia de un bloque de constitucionalidad que sirve de amparo a una figura especial (2012: pp. 277-278).

⁶² Artículo 14 de la Ley N° 20.066: “*Delito de maltrato habitual. El ejercicio habitual de violencia física o psíquica respecto de alguna de las personas referidas en el artículo 5° de esta ley se sancionará con la pena de presidio menor en su grado mínimo, salvo que el hecho sea constitutivo de un delito de mayor gravedad, caso en el cual se aplicará sólo la pena asignada por la ley a éste.*”

Para apreciar la habitualidad, se atenderá al número de actos ejecutados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferente víctima. Para estos efectos, no se considerarán los hechos anteriores respecto de los cuales haya recaído sentencia penal absolutoria o condenatoria.

El Ministerio Público sólo podrá dar inicio a la investigación por el delito tipificado en el inciso primero, si el respectivo Juzgado de Familia le ha remitido los antecedentes, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 de la ley N° 19.968”.

La Ley N° 20.066 de 7 de octubre de 2005 se inspiró en el tratamiento que le daba a la materia el Código penal español de 1995 (reformado por Ley Orgánica 14/1999)⁶³, pero anterior a la Reforma de la Ley Integral contra la violencia de género de 2004. Durante la discusión del proyecto, los criterios político criminales que sobresalieron y que sirvieron de base para la creación del delito en estudio discurren en que el fenómeno de la violencia intrafamiliar tiene una serie de connotaciones que la distinguen de los delitos comunes, como el vínculo existente entre el agresor y el ofendido o la habitualidad de la conducta⁶⁴, todo lo cual ameritaría la creación del delito previsto en el artículo 14 de la referida ley. Respecto al tipo en estudio, el Ejecutivo sostuvo que el bien jurídico protegido es “la sana y adecuada constitución familiar” siendo el ejercicio habitual de la violencia un “factor de riesgo para la integridad física, psíquica y sexual de sus demás integrantes”. Por su parte, la Comisión de Familia estimó que este delito protege “especialmente la integridad psíquica de las personas que han estado sometidas a malos tratos durante un periodo de tiempo más o menos prolongado”⁶⁵.

Desde un punto de vista dogmático, se ha justificado este tipo penal aduciendo que las conductas de violencia intrafamiliar lesionan un bien jurídico distinto del que afectan dichas conductas consideradas aisladamente, a saber, la dignidad humana o integridad moral y que además existiría un aumento del injusto en referencia a los delitos comunes, representado por el abuso de poder que ejerce el agresor y que impregna su conducta y la especial vulnerabilidad de los ofendidos, que en su gran mayoría están representados por mujeres, hijos o ascendientes (Villegas, 2012: p. 278-279). En términos generales estas fueron las razones que se tuvieron a la vista en la Ley Integral contra la Violencia de Género española (LO 1/2004, de 28 de diciembre), que da un paso más con esta reforma, pues regula el delito de maltrato familiar simple en su artículo 153 y mantiene la regulación del delito de maltrato familiar habitual en su artículo 173.2, que, como ya señalamos, sirvió de base a nuestro artículo 14 de la Ley N° 20.066⁶⁶.

⁶³ Acerca de la historia de la Reforma española de 1999, véase Benítez, 1999: pp. 402-449.

⁶⁴ Informe de la Comisión Mixta de Proyecto de ley referido, 4 de septiembre de 2005. Boletín N° 2318-18, p. 28, disponible en <http://bcn.cl/1m18x>. Fecha última consulta: 2 de agosto de 2014.

⁶⁵ Primer Informe de la Comisión de Familia, en Historia de la Ley N° 20.066, p. 86, disponible en <http://bcn.cl/1m18x>. Fecha última consulta: 5 de agosto de 2014.

⁶⁶ Respecto al delito de violencia doméstica habitual previsto en la legislación española en comparación con la chilena, ambos coinciden en que la conducta típica constitutiva de maltrato comprende la violencia física y psicológica. Debemos señalar en este punto que la versión original del Código penal español de 1995 no

Nuestra ley de violencia intrafamiliar contempla dos figuras, una infracción no penal o “falta de violencia intrafamiliar”⁶⁷ y el delito de maltrato habitual, que en este punto nos interesa analizar.

Respecto a la conducta típica del delito de maltrato habitual previsto en nuestra legislación, esta consiste en el “ejercicio habitual de violencia psíquica o física, salvo que el hecho constituya un delito de mayor gravedad”. Se entiende que el delito de maltrato habitual puede producirse a través de agresiones físicas o psíquicas y su consumación no requiere de resultado lesivo separable materialmente de la conducta, por lo que tratándose

contemplaba la violencia psíquica, la que fue incluida por reforma de 1999. Desde el punto de vista del sujeto pasivo, en ambas se comprende en primer lugar al cónyuge y ex cónyuge y la relación de convivencia. No obstante en el delito de maltrato familiar simple previsto en el artículo 153 del Código español se considera como sujeto pasivo sólo a la mujer, lo que manifiesta un marcado tinte de género. Respecto del maltrato familiar habitual consagrado en el artículo 173.2 del mismo catálogo se señala como sujetos pasivos a cualquier persona, pero contemplando una agravación de la pena en caso que la víctima sea mujer, ascendientes, descendientes o hermanos, entre otros, de lo que se concluye que en la ley española, en el delito de maltrato familiar habitual el ofendido puede ser un hombre o una mujer, incluyéndose parejas del mismo sexo y en Chile se puede dar esa misma interpretación entendiéndose que la ley no distingue y así lo ha entendido algún sector de nuestra jurisprudencia. En España existe una agravación de la pena para el caso en que el sujeto pasivo sea la cónyuge o ex cónyuge o la mujer con la que esté o haya estado ligado por relación análoga de afectividad, aún sin convivencia, lo que no existe en nuestra legislación y, por ende, excluye a los novios sin relación de convivencia.

La principal diferencia entre ambas regulaciones es que en la chilena parece quedar excluida la posibilidad de concurso de delitos por la redacción expresa del artículo 14 de la ley 20.066 y en ese sentido han fallado nuestros tribunales. Por el contrario, el delito de maltrato habitual español puede entrar en concurso con otros delitos y así lo ha entendido la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español.

Con respecto a la reiteración de los actos, la ley chilena ocupa prácticamente los mismos criterios que la española para apreciar la habitualidad, salvo que en nuestro país no se consideran los hechos violentos anteriores que hayan sido objeto de un proceso judicial y en España se declara expresamente lo contrario al señalar “con independencia de los procesos anteriores”. Por último, en la madre patria no se prescribe un requisito de procesabilidad, a diferencia de nuestra regulación (Villegas, 2012: pp. 287-288).

⁶⁷ En el artículo 5 de la Ley N° 20.066 se define la violencia intrafamiliar como: “*todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él; o sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente*”, asimismo cuando la conducta “*ocurra entre los padres de un hijo común, o recaiga sobre persona menor de edad, adulto mayor o discapacitada que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar*”. Señala además que los actos de violencia intrafamiliar que no constituyan delito serán de conocimiento de los juzgados de familia y se sujetarán al procedimiento establecido en la Ley N° 19.968 (art. 6). La profesora Villegas explica que el concepto de la “falta de VIF” se obtiene por exclusión, pudiendo indicarse que en los tribunales de familia se castiga a título de violencia intrafamiliar “*todo maltrato acaecido en el seno de una familia que no constituya un menoscabo a la vida, integridad física o psíquica del ofendido, o que constituyéndolo no haya sido habitual*”. En función de su gravedad se le asigna una multa de media a quince unidades tributarias mensuales (art. 8), debiendo aplicarse además una o más medidas accesorias, entre ellas la obligación de abandonar el hogar común, prohibición de acercarse a la víctima, prohibición de porte y tenencia de armas, y asistencia a programas terapéuticos. El juez deberá además fijar prudencialmente un plazo para las mismas que no puede ser inferior a seis meses ni superior a dos años (artículo 9 modificado Ley N° 20.480) (2012: pp. 280-281)

de la violencia física las simples vías de hecho satisfacen la tipicidad⁶⁸. Se ha señalado a su turno, que inevitablemente todo maltrato físico trae aparejado maltrato psicológico, pues entonces cada vez que se presente maltrato físico este tendría aparejado el psíquico. Las consecuencias de que el delito de maltrato habitual no contemple una determinada forma de ejercicio de la violencia ni exija la producción de un resultado son que toda forma de lesión corporal que no sea grave queda comprendida en el mismo y que existen formas de ejercicio de violencia física que no constituyen lesiones pero sí resultan típicas bajo la forma de maltrato habitual, como su comisión por omisión y las vías de hecho, siempre y cuando se cumplan los demás requisitos del tipo (Van Weelzel, 2012: pp. 241-242).

En lo concerniente a la habitualidad, nuestra legislación, al igual que la española⁶⁹, parece normativizar el concepto criminológico de habitualidad, señalando que se atenderá al número de actos ejecutados, así como la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferente víctima, excluyendo aquellos hechos respecto de los cuales haya recaído sentencia penal absolutoria o condenatoria. A juicio de Villegas, el criterio aritmético no es el más aconsejable, pues la habitualidad es un concepto criminológico social en que no importan el número de actos ejecutados sino que el juez llegue al convencimiento de que la víctima vive en un estado de agresión permanente, constatando que la violencia es una forma de comunicación normal en la relación (2012, p. 301). Respecto a la proximidad temporal de las agresiones, se ha entendido que los hechos ejecutados deben estar ligados temporalmente por una determinada continuidad o proximidad cronológica, pero considerando el contexto en que se dan, para evitar descartar del campo de aplicación aquellas agresiones más distanciadas en el tiempo que se explican por la separación de ofensor y ofendido por razones ajenas a sus voluntades. En tercer lugar, la violencia puede ser ejercida sobre la misma o diferente víctima, esto es, contra distintos integrantes del grupo familiar. La interpretación del elemento habitualidad ha generado polémica ya desde la discusión parlamentaria por la

⁶⁸ Es más, en opinión de Van Weelzel el delito de maltrato habitual “parece estar diseñado especialmente para captar las hipótesis de vías de hecho en el contexto intrafamiliar, exigiendo para su punibilidad el requisito adicional de la habitualidad. Por el contrario, siempre que se producen fricciones con los delitos de lesiones, el sistema elaborado por el legislador muestra sus falencias” (2008: p. 244).

⁶⁹ En España, el artículo 173.3 prescribe que “*para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a las proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores*”, de 23 de octubre de 2003.

dificultad de su apreciación puesto que “no todo maltrato necesariamente reúne el requisito de la habitualidad”, planteándose la posibilidad de definir la conducta sin dicho elemento y sancionar la habitualidad o reiteración en una figura distinta o calificada⁷⁰. En opinión de Villegas (2012: p. 299), el problema radicaría en que se ha considerado que la habitualidad dice relación con la reincidencia en actos, olvidando que se trata de un concepto fáctico que debe apreciarse conforme a criterios naturalísticos⁷¹.

Por último, nuestra ley excluye de la apreciación de la habitualidad los hechos anteriores respecto de los cuales haya recaído sentencia penal absolutoria o condenatoria –a diferencia de la regulación española-, decisión que se debe a que, felizmente, durante la tramitación del proyecto se consideró que en caso de tomarlas en cuenta se infringiría el principio *ne bis in idem*⁷², crítica que, por lo demás, perdura en España respecto de este punto⁷³.

⁷⁰ Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia recaído en el proyecto de ley de violencia intrafamiliar, disponible en <http://bcn.cl/1m18x>. Fecha última consulta: 5 de agosto de 2014.

⁷¹ El Tribunal Supremo Español ha entendido por habitualidad “la repetición de actos de idéntico contenido, pero no siendo estrictamente la pluralidad la que convierte la falta en delito, sino la relación entre el autor y víctima más la frecuencia que ello ocurre, esto es, la permanencia del trato violento (...) lo importante es que el juez llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente. En esta dirección la habitualidad debe entenderse como un concepto criminológico-social, no como concepto jurídico-formal, en STS, 13 de abril de 2006, N° 409/2006, p. 8.

⁷² En contra, Villegas, quien sostiene que “para esclarecer si existe infracción al *ne bis in idem*, habría que considerar que, siendo la habitualidad un elemento del tipo objetivo que alberga un concepto fáctico, los concretos actos de violencia solo tienen por objeto acreditar la situación de permanencia en el maltrato, por lo que las condenas anteriores no deberían ser óbice para apreciar la habitualidad. No se trata de condenar o juzgar nuevamente el hecho, sino más bien considerando su dimensión fáctica para satisfacer un elemento de la tipicidad de este nuevo delito”. Y agrega algo aún más polémico al estimar “que en este orden de ideas deben primar las valoraciones de carácter político criminal por sobre las dogmáticas. Ciertamente que cuando ha existido una condena previa por hechos acaecidos en situación de violencia intrafamiliar y ser tomados esos mismos hechos como constitutivos de un nuevo delito, estaríamos ante una infracción al principio que prohíbe juzgar dos veces un mismo hecho. No obstante, si no consideramos estos hechos podría producirse un efecto criminógeno favorable a la comisión de actos de violencia intrafamiliar, ante la impunidad que supone no considerar las condenas anteriores (2012: p. 304).

⁷³ Muñoz Conde explica que son muchas las dudas y dificultades interpretativas que genera la actual regulación en materia de violencia de género, tales como que no se especifica el número de actos que acreditan la habitualidad, no se excluyen para configurar la habitualidad los actos que de por sí sean constitutivos de delitos y hayan sido juzgados, lo que infringe el principio *ne bis in idem* y que la acreditación de los actos constitutivos de violencia psíquica es especialmente difícil, lo que unido a los límites legales que se le imponen a la libre apreciación de la prueba por parte del juez, obligándole a calificar la amenaza o coacción leve como delito, pueden dificultar la aplicación de los nuevos tipos delictivos de España como el violencia doméstica habitual previsto en el artículo 173.2, lo que puede generar un efecto doblemente negativo: que se invierta la carga de la prueba, dándole siempre credibilidad a la declaración de la denunciante, sobre todo cuando ésta es mujer, en contra del denunciado, infringiendo la presunción de inocencia, y, en segundo término que se absuelva la maltratador en la mayoría de los casos por falta de pruebas para condenarlo. En opinión del profesor español, estos defectos determinan que estas reformas tengan un valor puramente simbólico, de gran éxito para los políticos que las propugnan –de hecho, a pesar de

En nuestra opinión, la habitualidad, a pesar que se quiere plantear como un elemento objetivo del tipo penal que califica a la acción y no al sujeto (Villegas, 2012: p. 299), se transforma en un juicio sobre la personalidad del autor, acerca del “maltratador”, pues al evaluar la concurrencia de la habitualidad lo que se hace finalmente es estudiar el comportamiento reiterado en el tiempo del agresor que provoca un “clima de violencia o de temor en las relaciones familiares” (Villegas, 2012: p. 312), que no es otra cosa que realizar un juicio acerca de la personalidad del mismo, al calificarlo derechamente de violento –al crear ese clima- o de peligroso y provocar temor en los integrantes de la familia de recibir agresiones constitutivas de maltrato habitual. Incluso algunos Tribunales, al evaluar la habitualidad, se han referido al mismo patrón de conducta, a saber: “excesiva ingesta de alcohol, concurrencia al hogar común en horario de la madrugada, agresiones verbales, descalificaciones al grupo familiar y destrucción de enseres domésticos”⁷⁴. En este sentido, la identificación de un patrón de conducta daría cuenta de una acción que se repite sistemáticamente, como un rasgo de personalidad (Villegas, 2012: p. 313), lo que sugiere la idea de peligrosidad social y deviene inevitablemente en una manifestación del Derecho penal de autor.

A lo anterior, se le agrega que las medidas accesorias previstas en el artículo 9 de la Ley 20.066 ya sea, la obligación de abandonar el hogar común, la prohibición de acercamiento a la víctima, la prohibición de portar armas y someterse el agresor a un tratamiento, tienen un evidente fundamento preventivo especial y se comportarían como medidas de seguridad⁷⁵ post delictivas a sujetos imputables, lo que refuerza la postura antes referida.

las críticas que se realizaron al texto de reforma en España la ley fue aprobada por unanimidad- y de escasa rentabilidad práctica (2010: pp. 197-198).

⁷⁴ Juzgado de Garantía de Tomé, 3 de noviembre de 2006, causa RUC 0600300625-3, sobre maltrato habitual, considerando décimo cuarto.

⁷⁵ En opinión de la profesora Myrna Villegas esta regulación especial no constituye una infracción al principio de igualdad ni es una manifestación del derecho penal de autor por la eventual aplicación de medidas de seguridad a los agresores, explicando que el principio de igualdad no se mide por criterios aritméticos sino que sociales, luego, los desiguales deben ser tratados de manera desigual a objeto de nivelar su posición frente a los demás y este es uno de los casos (2012: p. 279). En el mismo sentido, la profesora María José Benítez quien justifica la aplicación de medidas de seguridad a agresores domésticos explicando que son necesarias para neutralizar la *peligrosidad criminal* en los casos de los malos tratos, señalando que “las medidas de seguridad de no privativas de libertad de carácter positivo tienen un contenido resocializador tendente a modificar la personalidad o al menos las pautas de comportamiento de las personas, por ejemplo el sometimiento a programas (art. 105. 1. a) y f) CP). La combinación de éstas con las de carácter negativo dirigidas a obstaculizar la relación entre el sujeto y la situación criminalizadora, por ejemplo el alejamiento

3.3.2. Delito de ejercicio habitual de la profesión de médico y similares.

Originalmente, nuestro Código penal de 1874 sólo contemplaba el delito de ejercicio ilegal de una profesión y de la usurpación de funciones o nombres en su artículo 213 que sancionaba “*el que se fingiere autoridad, empleado público o profesor de una facultad que requiera título i ejerciere actos propios de dichos cargos o profesiones, sufrirá las penas de reclusión menor en cualquiera de sus grados i multa de ciento a mil pesos*”.

Según el comentario de Robustiano Vera el precepto se limita a que un individuo finja ser médico, abogado, profesor y lucre ejerciendo actos propios de estas profesiones para las que se requiere título, a lo que agrega “nada más pernicioso que los curanderos i los que tienen boticas abiertas al público sin ser farmacéuticos recibidos” (1883: p. 316), de lo que se concluye que el delito en sus orígenes se circunscribía a profesiones que requerían título y eran de gran relevancia social y en opinión del célebre comentarista el tipo penal castigaba el lucro bajo engaño.

El artículo 213 referido fue modificado por la Ley N° 17.155 de 11 de junio de 1969 que modificó el Código penal en lo relativo a los delitos contra la salud pública y Códigos de procedimiento penal y sanitario, e introdujo el artículo 313 a) al Código de la materia, en el párrafo de los delitos contra la salud pública, de lo que se desprende que responde a una política criminal destinada a salvaguardar la misma.

El artículo 313 a) del Código penal⁷⁶ sanciona al que careciendo de título profesional competente o de la autorización legal exigible para el ejercicio profesional

del agresor, es, en mi opinión, necesario para la neutralización de la peligrosidad criminal en los casos de malos tratos”. Esta autora incluso va más lejos, pues además de justificar la aplicación de medidas de seguridad post delictuales, postula una “posible forma de atajar la problemática de los malos tratos habituales con carácter preventivo-predelictual” consistente en “la publicidad dirigida a quien maltrata, no sólo a la víctima, porque quizás existe un lapso en el que es posible la “intervención temprana” y tratar los supuestos incipientes de malos tratos es más sencillo que solucionar casos en los que la violencia doméstica está enquistada durante años (1999: pp. 441-442).

⁷⁶ Artículo 313 a) del Código penal: “*el que, careciendo de título profesional competente o de la autorización legalmente exigible para el ejercicio profesional, ejerciere actos propios de la respectiva profesión de médico-cirujano, dentista, químico-farmacéutico, bioquímico u otra de características análogas, relativas a la ciencia y arte de precaver y curar las enfermedades del cuerpo humano, aunque sea a título gratuito, será penado con presidio menor en grado medio y multa de seis a veinte unidades tributarias mensuales.*

Para estos efectos se entenderá que ejercen actos propios de dichas profesiones:

1°. El que se atribuya la respectiva calidad;

2°. El que ofrezca tales servicios públicamente por cualquier medio de propaganda o publicidad;

ejerciere actos propios de la respectiva profesión médica y similares. En el mismo artículo se explica que se entiende por actos propios de dicha profesión el hecho de: a) atribuirse la respectiva calidad; b) ofrecer tales servicios públicamente por cualquier medio de propaganda o publicidad, y c) el que habitualmente realice diagnósticos, prescriba tratamientos o lleve a cabo operaciones o intervenciones curativas de aquellas cuya ejecución exige los conocimientos o las técnicas.

La conducta que este artículo sanciona requiere habitualidad, por lo que en opinión del profesor Labatut es innecesaria la aclaración realizada por el legislador en el inciso tercero al disponer que la simple prestación de auxilio médico a que la norma se refiere no hace posible la comisión del hecho descrito (1992: p. 116).

La inclusión de este delito, a juicio de Paulina Milos significó la especificación del delito al referirse sólo a las profesiones curativas, la limitación del ilícito al ámbito de la formación científica, un cambio en su sistematización al ubicarlo entre los atentados contra la salud pública, la protección jurídico penal de la salud pública bajo las modalidades de peligro abstracto y concreto y la asignación de una mayor penalidad al ejercicio ilegal de la medicina y análogas, con respecto a otras profesiones, en consideración a la relevancia social que encierran sus actos y acciones respecto del bien jurídico, entre otras (2012: p. 203).

Pues bien, la ley requiere que el sujeto realice en forma habitual actividades cuya ejecución requieran ciertos conocimientos científicos o técnicos sin contar con título legal o autorización de la autoridad competente⁷⁷, es decir, al más puro estilo del Código italiano que regulaba los delincuentes habituales (Bettiol, 1965: p. 591), realiza un juicio acerca de la repetición de los actos propios de los profesionales de las áreas curativas como un

3°. *El que habitualmente realizare diagnósticos, prescribiere tratamientos o llevare a cabo operaciones o intervenciones curativas de aquellas cuya ejecución exige los conocimientos o las técnicas propios de tales profesiones.*

Las disposiciones de este artículo no se aplicarán en ningún caso a quienes prestaren auxilio cuando no fuere posible obtener oportuna atención profesional.

En las mismas penas incurrirá el que prestare su nombre para amparar el ejercicio profesional de un tercero no autorizado para el mismo”.

También nuestra regulación en esta materia prescribe una falta en el artículo 494 N° 8 del mismo Código que sanciona con multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales a “*el que habitualmente y después de apercibimiento ejerciere, sin título legal ni permiso de autoridad competente, las profesiones de médico, cirujano, farmacéutico o dentista*”.

⁷⁷ Acerca del contenido y alcance de los títulos profesionales y autorizaciones de la autoridad competente, véase Milos, 2012: pp. 210-219.

síntoma de peligrosidad social. En síntesis, el delito en estudio requiere, para su configuración, que el malhechor repita las conductas descritas, por lo que finalmente lo que se busca sancionar con este tipo es el curanderismo o charlatanismo⁷⁸ por estimarlo un tipo peligroso contra la salud pública en cuanto bien jurídico supraindividual, constituyéndose en una manifestación del Derecho penal de autor.

3.4. Peligro para la seguridad de la sociedad como condición de procedencia de la prisión preventiva.

La regulación acerca de la procedencia de la prisión preventiva es central en cualquier sistema de justicia penal, ya que determina, por una parte la vigencia de las garantías de las personas sometidas al proceso penal en calidad de imputados, y, por otra, el modo de funcionamiento y los incentivos que el sistema penal formula a la persecución penal (Duce y Riego, 2011: p. 14).

Con razón se ha señalado que el hecho de que una persona permanezca en prisión o libertad durante el juicio es, sin duda, el principal indicador del respeto por sus derechos fundamentales⁷⁹, y en esta materia hace especial sentido la afirmación de Goldschmidt señalando que “la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución” (1935: p. 67), cuestión que luego Roxin reafirmara de modo más enérgico al sostener que “¡el derecho procesal penal es el sismógrafo de la Constitución del Estado!” (2000: p. 10), pues es en este punto donde se puede apreciar cuán en serio se toma un Estado su obligación de garantizar la vigencia y el libre ejercicio del derecho fundamental de libertad individual de sus connacionales.

El régimen de prisión preventiva de un país también determina el modo de funcionamiento del sistema penal, en el sentido que si aquél es restrictivo produce un efecto de elevar los alicientes para que el Ministerio Público busque el juicio y la pena como principal medio para acceder al castigo que pretenden. Si, por el contrario, la regulación es laxa en el otorgamiento de la cautelar en estudio, estos, incentivos se trasladan del juicio y la pena a la misma prisión preventiva, lo que contribuye a que con el tiempo esta última se instale como el centro de la actividad persecutoria (Duce y Riego, 2011: pp. 14-15).

⁷⁸ Cfr. Etcheberry, 1997c: pp. 283-287.

⁷⁹ Con total acierto lo expresa Salvador Camarena: “la imagen del mundo en el proceso penal de un Estado de Derecho está descrita con la gramática de los derechos fundamentales” (2008: p. 70).

Pues bien, la prisión preventiva en el proceso penal ha sido definida como “la privación de libertad del imputado con el fin de asegurar el proceso de conocimiento o la ejecución de la pena” (Roxin, 2000: p. 257) y como una “medida cautelar personal consistente en la privación temporal de la libertad ambulatoria de una persona, mediante su ingreso a un centro penitenciario, durante la sustanciación de un proceso penal y con el objeto de asegurar los fines del procedimiento” (Cortés, Gimeno y Moreno, 1996: p. 524).

En lo que respecta al fundamento de la prisión preventiva, en cuanto medida cautelar, se puede constatar que el derecho a juicio previo y el principio de inocencia se encuentran en tensión con la posibilidad de privar a una persona de su libertad personal pendiente el procedimiento de persecución penal, la que alcanza su punto crítico en el debate en torno a la prisión preventiva, dada la naturaleza de la afectación del derecho a la libertad personal que ella produce, que no se distingue de la pena privativa de libertad (Horvitz y López, 2003: pp. 389-390). En doctrina existen dos grandes corrientes que buscan explicar esta contradicción. Así, un sector sostiene que el principio de inocencia es un absurdo conceptual, paradójico e irracional, justificando de este modo la prisión preventiva (Manzini, 1951: pp. 253-256). El otro sector, cuyo representante más reconocido es Luigi Ferrajoli, reafirma la presunción de inocencia, sosteniendo que la prisión preventiva es un “instituto radicalmente ilegítimo y además idóneo para provocar, como enseña la experiencia, el desvanecimiento de todas las garantías penales y procesales” y que su admisión, sea cual fuere el fin que se le asocie “choca con la raíz del principio de jurisdiccionalidad, que no consiste en poder ser detenidos únicamente por orden de un *juez*, sino en poder serlo sólo sobre la base de un *juicio*” (2011: p. 555).

No obstante estas dos posturas radicales, la doctrina en su gran mayoría centra su discusión en el análisis de los fines de la prisión preventiva, entendiendo que el derecho a la presunción de inocencia sería respetado en la medida que la prisión preventiva busque finalidades distintas a aquellas perseguidas por la pena, esto es, propósitos de carácter estrictamente procesal (Horvitz y López, 2003: pp. 391-392).

Según Roxin, esta medida cautelar sirve a tres objetivos: asegurar la presencia del imputado en el procedimiento penal, garantizar una investigación de los hechos, en debida forma por los órganos de la persecución penal y asegurar la ejecución penal (2000: p. 257).

Pues bien, analizaremos cómo está regulada la prisión preventiva en nuestro ordenamiento jurídico, a efectos de evaluar si el peligro para la seguridad de la sociedad como condición de procedencia de la prisión preventiva representa una manifestación del Derecho penal de autor en nuestro ordenamiento procesal penal.

En los inicios del nuevo sistema procesal penal nuestro Código procesal penal consagró una regulación bastante restrictiva en cuanto al régimen de procedencia de la prisión preventiva, explicitando su carácter excepcional al prescribir en su artículo 139 “que la prisión preventiva sólo procederá cuando las demás medidas cautelares personales fueren insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento”. Luego, la Ley N° 20.074 de 14 de noviembre de 2005, reformó el referido artículo desnaturalizando – a nuestro juicio- su carácter excepcional al ampliar las hipótesis de procedencia de la misma, disponiendo que “la prisión preventiva procederá cuando las demás medidas cautelares personales fueren estimadas por el juez como insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento, la seguridad del ofendido o de la sociedad”.

La prisión preventiva, en tanto medida cautelar personal, comparte los requisitos de éstas, a saber: *fumus bonis iuris* o apariencia de buen derecho y *periculum in mora* o peligro de retardo.

Respecto a la apariencia de buen derecho, nuestro Código procesal penal en las letras a) y b) del artículo 140 exige al solicitante de la prisión preventiva que acredite “*que existen antecedentes que justificaren la existencia del delito que se investigare*” y que éstos “*permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor*”⁸⁰.

En cuanto al peligro de retardo, éste tiene un carácter particularmente conflictivo en materia de prisión preventiva, ya que dice relación directa con los fines de la misma como institución, respecto de los cuales no existe ningún consenso en derecho comparado (Horvitz y López, 2003: p. 407). Este requisito está previsto en la letra c) del artículo, que obliga al solicitante a esta medida cautelar acreditar “*que existen antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el*

⁸⁰ Respecto al primer requisito establecido en la letra a) del artículo 140 del citado Código, se han planteado dos interrogantes que dicen relación con determinar cuál es el estándar de convicción que se exige al tribunal en torno a la existencia del delito y cuál es la interpretación que se otorga a la voz “delito”. En cuanto al requisito previsto en la letra b) del mismo artículo, se discurre acerca del significado o alcance del concepto de “presunciones fundadas”. Sobre el desarrollo de estos problemas, Horvitz y López, 2003: pp. 400-407.

éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido, o que existe peligro de que el imputado se dé a la fuga, conforme a las disposiciones de los incisos siguientes”, lo que deviene en cuatro hipótesis que justificarían la prisión preventiva, o, dicho de otro modo, en cuatro fines que debe ponderar el juez de acuerdo a los antecedentes calificados allegados por el solicitante al proceso, a la hora de decretar la misma.

Respecto al peligro de obstaculización de la investigación, éste ha sido generalmente considerado como una finalidad justificadora de la prisión preventiva compatible con la presunción de inocencia⁸¹. En nuestro ordenamiento, el inciso segundo del artículo 140 del catálogo adjetivo prescribe que *“se entenderá especialmente que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de la investigación cuando existiere sospecha grave y fundada de que el imputado pudiere obstaculizar la investigación mediante la destrucción, modificación, ocultación o falsificación de elementos de prueba; o cuando pudiere inducir a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente”*.

Se debe tener presente el carácter excepcional de esta norma, pues exige que se acrediten “antecedentes calificados” para considerar la prisión preventiva “indispensable” para el éxito de “precisas y determinadas diligencias de la investigación”, y, a mayor abundamiento, debe existir “sospecha grave y fundada” de que concurran estos dos últimos caracteres, por lo que se evidencia que no será suficiente la mera aserción del Ministerio Público en este sentido ni la simple posibilidad de que la investigación se obstaculice. Además, por el carácter de la justificación de la presente hipótesis sólo se podría decretar por un tiempo breve, el estrictamente que se requiera para obtener aquellos antecedentes probatorios que estuvieren en peligro de ser modificados (Horvitz y López, 2003: p. 409).

En segundo lugar, el peligro de fuga como finalidad legitimadora de la prisión preventiva, supone que ésta tiende a asegurar la comparecencia del imputado para permitir el correcto establecimiento de la verdad o la actuación de la ley penal (Maier, 1989: p.

⁸¹ Maier, 1989: pp. 274 y ss. También la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aplicando el artículo 7 de la Convención, ha considerado como legítimas las restricciones a la libertad del imputado tendientes a “asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones”, véase, Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos (1997): Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, p. 23. En contra, Ferrajoli, quien al pronunciarse acerca de la finalidad del peligro de alteración de las pruebas plantea que “dentro de una concepción cognoscitivista y acusatoria del proceso, la prisión provisional no sólo no es necesaria sino que resulta perjudicial para la averiguación de la verdad por el cauce del juicio contradictorio” (2011: p. 558).

279). En otros términos, existe peligro de fuga cuando se verifica que el imputado está prófugo o se mantiene oculto, o bien cuando “según la apreciación de las circunstancias del caso particular existe un peligro de que el imputado no se someterá al procedimiento penal ni a la ejecución” (Roxin, 2000: p. 261).

Roxin explica que el peligro de fuga no se puede apreciar esquemáticamente según criterios abstractos, sino que en razón de las circunstancias del caso particular, por lo que no se puede concluir éste directamente de la gravedad de la imputación y del monto o forma de cumplimiento de la pena que arriesga el imputado, sino que se debe considerar la situación particular del mismo, por ejemplo, las pruebas de cargo conocidas por el imputado (2000: p. 261).

Esta justificación se ha aceptado mayoritariamente por el pensamiento liberal⁸² y se encuentra consagrada con bastante generalidad en los países europeos. El artículo 7.5 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos establece que *“toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio”*, admitiendo expresamente el propósito de evitar el peligro de fuga y asegurar la presencia del imputado durante el proceso. En este sentido, esta hipótesis se relaciona con el artículo 33, inciso tercero, del Código de la materia que dispone -en la parte que nos interesa- que *“el tribunal podrá ordenar que el imputado que no compareciere injustificadamente sea detenido o sometido a prisión preventiva hasta la realización de la actuación respectiva”* y con el artículo 141 inciso 4° del mismo cuerpo legal que dispone que para los casos de improcedencia general de esta medida cautelar, ésta igualmente podrá ser decretada *“cuando el imputado hubiere incumplido alguna de las medidas cautelares previstas en el Párrafo 6° de este Título o cuando el tribunal considerare que el imputado pudiere incumplir con su obligación de permanecer en el lugar del juicio hasta su término y presentarse a los actos del procedimiento como a la ejecución de la sentencia,*

⁸² En contra, Ferrajoli, explica que “el peligro de fuga, de hecho, está provocado predominantemente, más que por el temor a la pena, por el miedo a la prisión preventiva. Si el imputado no estuviera ante esta perspectiva, tendría, por el contrario, al menos hasta la víspera de la condena, el máximo interés en no escapar y defenderse” (2011: p. 558).

inmediatamente que fuere requerido o citado de conformidad a los artículos 33 y 123. Se decretará también la prisión preventiva del imputado que no asistiere a la audiencia del juicio oral, resolución que se dictará en la misma audiencia, a petición del fiscal o del querellante”.

Como explican los profesores Horvitz y López, en nuestro ordenamiento, el peligro de fuga no opera como una justificación de carácter general de la prisión preventiva, sino sólo como una justificación implícita que demanda previamente la incomparecencia del imputado a algún acto del procedimiento al que haya sido debidamente citado, y aún en estos casos, se debe agregar que procede cuando las demás medidas cautelares personales previstas en los artículos 155 y 127, inciso segundo, del Código procesal penal fueren insuficientes para satisfacer los fines del procedimiento. Esto quedaría confirmado por el carácter facultativo que tiene para el tribunal la imposición de la prisión preventiva por incomparecencia. Y aún en los casos en que el tribunal decretase la medida cautelar en estudio para garantizar únicamente la comparecencia del imputado al juicio y a la eventual ejecución de la sentencia, el artículo 146 del mismo catálogo permite al juez autorizar su reemplazo por una caución económica suficiente, dejando a criterio del juez la determinación de su monto.

Lo anteriormente señalado evidencia que esta causal de procedencia de la prisión preventiva debiera operar con carácter excepcionalísimo y en todas las hipótesis señaladas tendrá por objeto asegurar la comparecencia a la actuación específica, debiendo concluir una vez que ésta se haya llevado a cabo (Horvitz y López, 2003: p. 412).

En tercer lugar, nuestro Código procesal penal hace procedente la prisión provisional cuando existe peligro para la seguridad del ofendido, entendiendo que ésta concurre cuando *“la seguridad del ofendido se encuentra en peligro por la libertad del imputado cuando existieren antecedentes calificados que permitieren presumir que éste realizará atentados en contra de aquél, o en contra de su familia o de sus bienes”* de acuerdo al inciso final del artículo 140. Desde el punto de vista de su regulación normativa, se debe considerar como extraordinariamente excepcional en relación con el principio de proporcionalidad, ya que la finalidad de cautela de las víctimas se satisface también a través de la posibilidad que tienen éstas de solicitar medidas de protección al Ministerio Público – y la obligación constitucional de éste de prestarles protección- así como con la medida

cautelar consistente en la prohibición del imputado de acercarse al ofendido o su familia que puede imponer el tribunal de acuerdo al artículo 155 letra g) del Código procesal penal.

Esta hipótesis, en cuanto juicio en torno a la peligrosidad del imputado, está sometido a los mismos cuestionamientos⁸³ del peligro para la seguridad de la sociedad como fundamento de la prisión preventiva (Horvitz y López, 2003: p. 417), a la que pasaremos revista en las próximas páginas.

Respecto la hipótesis de procedencia de la prisión preventiva consistente en estimar que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad, nuestro Código procesal penal en los incisos tercero y cuarto del artículo 140 del Código explicita con bastante detalle los casos en que el tribunal deberá considerar que ésta concurre, del siguiente modo: *“Para estimar si la libertad del imputado resulta o no peligrosa para la seguridad de la sociedad, el tribunal deberá considerar especialmente alguna de las siguientes circunstancias: la gravedad de la pena asignada al delito; el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos; la existencia de procesos pendientes, y el hecho de haber actuado en grupo o pandilla.*

Se entenderá especialmente que la libertad del imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad, cuando los delitos imputados tengan asignada pena de crimen en la ley que los consagra; cuando el imputado hubiere sido condenado con anterioridad por delito al que la ley señale igual o mayor pena, sea que la hubiere cumplido efectivamente o no; cuando se encontrare sujeto a alguna medida cautelar personal, en libertad condicional o gozando de alguno de los beneficios alternativos a la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad contemplados en la ley”.

Esta causal de justificación de procedencia es, sin duda la de mayor polémica en nuestro ordenamiento⁸⁴, tanto por sus alcances como por su adecuación a los estándares internacionales en la materia, ya que no está reconocida como finalidad legítima en los Tratados sobre Derechos Humanos ratificados por Chile y que se encuentran vigentes en

⁸³ En contra, Duce y Riego, quienes estiman que su justificación no resulta demasiado problemática en cuanto se acepte que la protección de la víctima constituye un objetivo legítimo del proceso y por eso satisface una real necesidad de cautela procesal, por ejemplo entendiendo que el peligro del ofendido podría constituir un obstáculo para su comparecencia al juicio. De esta forma, explican que el uso de la causal estaría asociado a la idea de cautelar la realización del juicio con la asistencia de la víctima, como fuente de información central para el mismo (2011: p. 46).

⁸⁴ Acerca de la historia del establecimiento de esta causal, véase Duce y Riego, 2011: pp. 50-53.

Chile⁸⁵. Como es evidente, no atiende a fines procesales, sino propiamente penales. En este sentido, la prisión preventiva se desnaturaliza, dejando de ser una medida cautelar para transformarse en un instrumento de control social, en palabras de Ferrajoli, un instrumento de prevención y de defensa social, motivado por la necesidad de impedir al imputado la ejecución de otros delitos” (2011: p. 553), lo que claramente pone en crisis su legitimidad.

Al analizar los casos en que la ley ordena al juez tener en consideración para estimar concurrente esta justificación, se ha estimado que sus alcances van más allá que el peligro de fuga -que algunos autores como Marín lo han equiparado al peligro para la seguridad de la sociedad (2001: p. 30)- identificando los criterios de peligro de reiteración o reincidencia⁸⁶ y la necesidad de defensa social provocada o alarma social (Horvitz y López, 2003: p. 416).

Respecto al peligro de reiteración, su objetivo es evitar que el imputado pueda cometer delitos durante el desarrollo del proceso si es que es dejado en libertad. Desde un punto de vista teórico es altamente discutible, pues finalmente se erige en una medida de coerción contra el imputado decretada en virtud del riesgo de comisión de otros ilícitos y no en una medida cautelar, puesto que éste no es un objetivo del proceso. Se trata, como afirman categóricamente Duce y Riego, de “una medida de seguridad, dictada con objetivos de prevención especial, y su determinación en forma previa a la condena vulnera flagrantemente la presunción de inocencia y el conjunto de garantías procesales y penales” (2011: p. 59).

En cuanto a la alarma pública o necesidad de defensa social como posibilidad de interpretación de la noción de peligro para la seguridad de la sociedad, se ha explicado que se trata de recoger la idea que se ha planteado en el derecho comparado que entiende esta causal como el “peligro de afectación de la legitimidad del sistema, pérdida de confianza del público en el sistema o alarma pública” (Duce y Riego, 2011: p. 62), admitiendo la aplicación de la prisión preventiva en algunos casos extremos en los que la libertad del imputado puede derivar en una situación de crisis del sistema muy importante, como sería

⁸⁵ El artículo 7.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos sólo autoriza a condicionar la libertad del imputado a “garantías que aseguren su comparecencia en el juicio y el artículo 9.3 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos sólo permite subordinar la libertad a “garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo”.

⁸⁶ Ver *supra.*, pp. 29 y ss.

el caso de un homicidio violento que causa gran impacto en la opinión pública. No obstante Duce y Riego terminan por admitirla con varias prevenciones. En nuestra opinión, estimamos se trata de un criterio absolutamente ilegítimo, puesto que claramente se instrumentaliza al imputado en pos de un objetivo que no es procesal ni penal, sino más bien de corte político.

En este sentido, al analizar los criterios orientadores previstos en el artículo 140 del Código procesal penal, la causal de peligro para la seguridad de la sociedad se hace equivalente a “peligro de reincidencia” (Horvitz y López, 2003: p. 416) o, como bien señala Ferrajoli, hace “recaer sobre el imputado una presunción de peligrosidad basada únicamente en la sospecha del delito cometido, que equivale de hecho a una presunción de culpabilidad”, que se transforma finalmente en una “ilegítima pena sin juicio” (2011: p. 553). Además, podemos agregar que cuando nuestro Código prescribe que “la libertad del imputado” constituye un peligro para la seguridad de la víctima o la seguridad de la sociedad, lo que en realidad está haciendo es un juego de palabras, pues afirma que el sujeto mismo es peligroso, no que su libertad lo es. Plantea un tipo criminológico disfrazado, sin considerar la insanable contradicción al formular que la “libertad” puede ser peligrosa, ya que por su propia definición, la peligrosidad presupone determinación, una prognosis del comportamiento futuro del autor, lo que se opone directamente con la libertad de autoderminación del mismo.

Por lo tanto, en virtud de lo señalado, no cabe más que concluir que el reconocimiento que realiza nuestro ordenamiento de la libertad del imputado como peligrosa para la seguridad de la sociedad asimilándola a una causal de justificación para la procedencia de la prisión preventiva, no sólo está en contradicción con los tratados internacionales ratificados por Chile en esa materia, sino que representa un medio de control social ilegítimo en cuanto constituye una manifestación del derecho penal de autor (Horvitz y López, 2003: p. 416).

III. Contradicción del Derecho penal de autor con un Derecho penal liberal y respetuoso del Derecho internacional de los Derechos fundamentales.

1. Consideraciones generales.

Nuestro país ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos el 21 de agosto de 1990, reconociendo la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de

Derechos Humanos. En este sentido, y por aplicación del artículo 5, inciso segundo, de nuestra Constitución Política de la República, la Convención es derecho vigente en Chile⁸⁷.

Dicho lo anterior, hemos de presentar en este tercer apartado un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), pues si bien este sistema tiene un carácter subsidiario (Nogueira, 2007: pp. 12-13) y complementario respecto de los países que lo conforman, según el cual el respeto, garantía, promoción y protección de los derechos humanos son tarea primaria de los Estados, éstos lo deben verificar a la luz de los compromisos internacionales. En este sentido, la creciente influencia que ha ejercido el *corpus iuris* del sistema interamericano de derechos humanos, y, en especial, la jurisprudencia desarrollada por la CIDH, se puede apreciar en la recepción de la que ha sido objeto en los respectivos ordenamientos jurídicos nacionales, lo que se ha visto reflejado en las decisiones de los altos tribunales así como en la reforma y diseño de sus respectivas legislaciones y políticas públicas.

En cuanto al fallo que analizaremos en particular, éste se refiere a la valoración de la peligrosidad y su contradicción con el principio de legalidad consagrado en el artículo 9 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos⁸⁸. Respecto a los pronunciamientos de la CIDH referidos al principio *nullum crimen nulla poena sine lege* se ha advertido que ésta en ocasiones muestra deficiencias de técnica penal y medida jurídico-política⁸⁹ pero en este caso en particular reluce por sus categóricos términos, por lo certero de sus fundamentos y por la admonición elocuente que dirige a los derechos internos (Guzmán, 2011: p. 347).

Expondremos el caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala, sus conclusiones acerca de la valoración de la peligrosidad del agente como expresión del Derecho penal de autor e incompatibilidad con el principio de legalidad, para en seguida analizar la contradicción de

⁸⁷ Respecto a la discusión en cuanto al rango constitucional, supralegal o legal de las normas referidas, en particular las que contienen derechos fundamentales, véase Nogueira, 2013: pp. 97-154; Pfeffer, 2003: pp. 467-484; Ribera, 2007: pp. 89-118; Peña, 2003: pp. 593-611, entre otros.

⁸⁸ El artículo 9 de la Convención dispone 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 posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello*”.

⁸⁹ En cuanto a los pronunciamientos de la CIDH en relación con el principio en palabra, se ha considerado que muestra aciertos, pero también dificultades que frustran exigencias concretas de la máxima legalista, como a propósito de la reserva de ley admitiendo la validez de decretos leyes en sentido impropio, la apreciación oscilante de la taxatividad en el delito de terrorismo o la irretroactividad de la ley más gravosa, especialmente en delitos de trascendencia política o internacional. Cfr. Guzmán, 2010: pp. 171-192.

las figuras penales desarrolladas en el capítulo anterior con la dignidad humana, la legalidad de los delitos y las penas y el carácter retributivo de las mismas.

Por último, luego de mencionar la postura que argumenta que el Derecho penal de autor en su versión moderada o limitada sería compatible con los principios del Estado de Derecho, explicaremos la contradicción entre el Derecho penal de autor con un Derecho penal liberal y desde allí, con el Derecho internacional de los derechos fundamentales.

2. Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El 1 de agosto de 1997 el Ministerio Público de Guatemala formuló acusación contra Fermín Ramírez Ordóñez por su participación en calidad de autor respecto de los hechos cometidos el día 10 de mayo de 1997, alrededor de las once treinta horas, en circunstancias que el referido acusado se constituyó frente a la tienda ubicada en la aldea Las Morenas del departamento de Escuintla donde se encontraba la menor Grindi Franco, de doce años de edad, a quien le solicitó que fuera a hacer un mandado a cambio de veinte quetzales, para posteriormente alcanzarla, llevarla sobre la bicicleta que conducía hacia la aldea Obrero y a la altura de la finca Las Delicias, bajó a la menor de la bicicleta y “con lujo de fuerza” abusó sexualmente de ella, empleando tanta fuerza que le produjo la muerte por estrangulamiento. Luego, procedió a arrastrar a la menor, a quien enterró en el “quinel” que se encontraba en dicho lugar, tapándola con lodo, así como con un tronco que se encontraba en el lugar, todo ello con el propósito de ocultar el cuerpo de la víctima, para luego bañarse en dicho “quinel” y seguidamente retirarse del lugar (2005: pp. 15-16).

Estos hechos a juicio del órgano persecutor configuraban el delito de violación calificada previsto en el artículo 175 del Código penal guatemalteco, que impone la pena de prisión de treinta a cincuenta años si, con motivo o a consecuencia de la violación, resultare la muerte de la ofendida.

Los días 5 y 6 de marzo de 1998 se llevó a cabo el juicio oral contra el acusado ante el Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente, en el que el Ministerio Público en su alegato de conclusión y luego de la prueba rendida concluyó que Fermín Ramírez era responsable del delito de asesinato –recalificando el tipo original-, pues el hecho se realizó con ensañamiento y con impulso brutal, y solicitó que se le

aplicara la pena de muerte, considerando lo previsto en inciso segundo del artículo 132 del Código de la materia, que disponía que “al reo de asesinato se le impondrá la pena de prisión de veinticinco a cincuenta años, sin embargo, se le aplicará la pena de muerte en lugar del máximo de prisión, si por las circunstancias del hecho y de la ocasión, la manera de realizarlo y los móviles determinantes, se revelare una mayor peligrosidad del agente”.

El 6 de marzo de 1998 el Tribunal de primera instancia, emitió sentencia y, por unanimidad, condenó a pena de muerte al acusado por el delito de asesinato. En cuanto a las consideraciones acerca de las circunstancias agravantes del delito relativas a la peligrosidad social del procesado, que en este punto nos interesa, estimó que el asesinato se cometió con la mayoría de los elementos propios de este delito, ya que la menor fue asesinada con ensañamiento y perversidad brutal, en tanto que al violarla le desgarró sus órganos genitales y recto, actuando de esta forma en contra de su calidad de menor de edad y de niña, ocultando posteriormente su cadáver. Además, consideraron concurrentes en el caso particular las agravantes contenidas en el artículo veintisiete del catálogo en comento tales como el abuso de superioridad, actuar en despoblado, el menosprecio a la víctima y el artificio para cometer el delito al haberle ofrecido veinte quetzales para que le hiciera un mandado, determinando en virtud de lo anterior la “peligrosidad social del procesado” (2005: p. 20).

Ante tal situación, la defensa del condenado interpuso un recurso de apelación especial por motivos de fondo y forma contra la sentencia indicada ante la Corte de Apelaciones respectiva, el que fue declarado improcedente, al igual que el recurso de casación en el fondo que presentaren ante la Corte Suprema. A continuación, el 30 de septiembre de 1998, la defensa de Fermín Ramírez presentó ante la Corte de Constitucionalidad un recurso de amparo, que fue rechazado. Acto seguido, el 14 de mayo de 1999, planteó un recurso de revisión ante la Corte Suprema que fue declarado sin lugar por falta de fundamentos y el 27 de julio de 1999 un recurso de gracia solicitando al Presidente de la República que fuera conmutada la pena, lo que fue denegado. Por último, la defensa intentó nuevamente un recurso de amparo ante la Corte de Constitucionalidad el 9 de junio de 2000, la que no concedió el amparo para evitar constituirse en “una tercera instancia, prohibida por la ley” (2005: p. 27).

Agotado el régimen recursivo en sede nacional, la defensa presentó una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 7 de diciembre de 2000, a lo que sucedieron una serie de incidentes y recursos que buscaban suspender la ejecución de la condena ante el Juzgado de Ejecución penal respectivo, Corte de Apelaciones, Corte Suprema y Corte de Constitucionalidad, todos sin éxito, suspensión que sólo se logró por las medidas cautelares dictadas por la Comisión el 9 de febrero del 2004.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el 12 de septiembre de 2004 sometió a la CIDH una demanda contra el Estado de Guatemala, la que decretó medidas urgentes ordenado al mismo proteger la vida e integridad física del condenado, y por tanto, suspender la ejecución de la condena a la pena capital.

Finalmente, el 20 de junio de 2005, la CIDH emitió su fallo en el que declaró que el Estado de Guatemala violó en perjuicio de Fermín Ramírez el derecho a las garantías judiciales consagrado en el artículo 8.2. en sus literales b) y c)⁹⁰; el principio de legalidad prescrito en el artículo 9⁹¹; el derecho a solicitar un indulto o conmutación de la pena previsto en el artículo 4.6⁹²; y, el derecho a la integridad personal reglado en el artículo 5.1 y 5.2⁹³, todos de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, y decide por unanimidad que el Estado debe llevar a cabo en un plazo razonable un nuevo enjuiciamiento contra Fermín Ramírez con las garantías de un debido proceso, abstenerse de aplicar el inciso segundo del artículo 132 del Código penal, debiendo modificar dicha disposición adecuándola a la Convención y suprimiendo la referencia a la peligrosidad del agente. Por último, le ordena que se abstenga de ejecutar al acusado, cualquiera que fuere el resultado del nuevo juicio, adoptando las medidas legislativas y administrativas para garantizar que toda persona condena a muerte tenga derecho a solicitar conmutación de

⁹⁰ El artículo 8.2 prescribe que *“toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:*

b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;

c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa”.

⁹¹ Ver *supra*, nota n° 88, p. 59.

⁹² El artículo 4.6 dispone que *“toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente”.*

⁹³ El artículo 5 referido al derecho a la integridad personal establece que *“1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.*

pena, proveyendo al acusado de tratamiento médico y disponiendo, dentro de un plazo razonable, las medidas necesarias para que las condiciones de las cárceles se adecúen a las normas internacionales de derechos humanos (2005: pp. 70-72).

En el fallo sobre el fondo respecto a la materia objeto de esta investigación, la CIDH llama la atención al hecho de que el tribunal de primera instancia violó el principio de coherencia entre acusación y sentencia al introducir una circunstancia nueva, que no fue contemplada en la acusación fiscal ni en el auto de apertura, y que resultó definitiva para la imposición de la pena, a saber: la mayor y particular peligrosidad del señor Fermín Ramírez. No obstante lo anterior, va más allá en su razonamiento, concluyendo que el problema que plantea la invocación de la peligrosidad no sólo puede ser analizado a la luz de las garantías del debido proceso previstas en el artículo 8 de la Convención sino que esta invocación tiene “mayor alcance y gravedad” porque compromete de lleno el “principio de legalidad criminal”.

Así, declara con notable lucidez que “constituye claramente una expresión del ejercicio del *ius puniendi* estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía”. Prosigue señalando que “la valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictuosos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán. Con esta base se despliega la función penal del Estado. En fin de cuentas, se sancionaría al individuo – con pena de muerte inclusive – no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es. Sobra ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos”. Y remata indicando que “la introducción en el texto penal de la peligrosidad del agente como criterio para la calificación típica de los hechos y la aplicación de ciertas sanciones, es incompatible con el principio de legalidad criminal y, por ende, contrario a la Convención” (2005: p. 53).

En efecto, el contundente argumento de la CIDH recae en lo medular del problema, la completa contradicción entre la valoración de la peligrosidad del agente, por una parte, y,

por otra, la legalidad de los delitos y penas, principio que los ordenamientos americanos “erigen en clave de bóveda de sus Códigos penales y derecho fundamental de la parte dogmática de sus Constituciones” (Guzmán, 2011: p. 349), y que analizaremos en las cuartillas siguientes.

3. Valoración de la peligrosidad como constitutiva de Derecho penal de autor e incompatible con dignidad humana y legalidad de los delitos y las penas.

La valoración de la peligrosidad del agente, tal como señala el fallo en comento, “implica la apreciación del juzgador de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictuosos en el futuro, es decir, agrega a la imputación de los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán” (2005: p. 53).

Como señalamos en el capítulo primero, ésta tuvo su enclave ideológico en la *Scuola positiva* italiana y luego en la escuela sociológica alemana liderada por von Liszt, razón por la cual los grandes Códigos decimonónicos sólo consideraban el concepto de peligrosidad como fundamento de las medidas preventivas para los inimputables, donde cumple su función genuina. Sin embargo, desde fines del siglo XIX el positivismo de matriz criminológica ejerció gran influjo en Iberoamérica, lo que tuvo repercusión legislativa en los respectivos ordenamientos jurídicos⁹⁴. Así, la categoría de la peligrosidad se puede identificar en la actualidad en los diversos Códigos penales de la región, y, en el nuestro en particular en las manifestaciones expuestas en el capítulo segundo, como criterio de graduación de la pena –como en el caso del artículo 132 del Código penal de Guatemala aplicado en el caso analizado-, de procedencia de la prisión preventiva o agravación específica de algunos delitos, demostrando en pleno siglo XXI, la “terca resistencia del clima positivista” (Guzmán, 2011: p. 353).

⁹⁴ Ejemplo de ello es el emblemático Código penal tipo para Iberoamérica que adscribe al neopositivismo del Código de Rocco y es manifiesto en el “generoso abanico de medidas de seguridad, el endurecimiento de la pena para los reincidentes, delincuentes habituales y profesionales y la individualización de según las condiciones personales del autor”, prevista en el artículo 73 N° 5 y como bien señala el profesor Rivacoba y Rivacoba, “el que se abstenga de emplear la palabra, no significa que no acepte la idea de peligrosidad, incluso para fundamentar la conmensuración de la pena” (1987: p. 729). También se puede apreciar la influencia de la peligrosidad en el proyecto de código redactado por Soler en 1960, si bien no pretendió una modificación del derecho vigente según los modelos del positivismo italiano, en su artículo 73 ordenaba al tribunal para graduar la pena tomar en cuenta “la gravedad relativa del hecho cometido y la personalidad del autor”, que a fin de cuentas, aunque no se utilice el vocablo “peligrosidad”, nos encontramos pues, en dichos de Donna “con la llamada fórmula que vincula la pena a la personalidad del autor”, es decir, “la pena se ha mantenido relacionada, en su monto, con la peligrosidad del autor” (1978: p. 55-57).

Pues bien, el concepto mismo de peligrosidad ha sido cuestionado desde hace tiempo, por considerarse científicamente caduco e imposible de verificar (Baratta, 2004: pp. 385-386), inconstitucional y contrario al derecho internacional de los derechos fundamentales (Guzmán, 2011: p. 355).

3.1. Concepto de peligrosidad en el Derecho penal.

En primer término nos referiremos a que, en cuanto concepto naturalista, la peligrosidad no se puede comprobar científicamente, pues el comportamiento del hombre no es predecible al igual que los sucesos naturales, muy por el contrario, pueden presentarse variedades ignotas de posibilidades. Esto lo ha evidenciado la criminología crítica al concluir que no es posible predecir el delito ni la delincuencia mediante el uso de las llamadas tablas de predicción, esto es, no se puede asegurar que, dadas ciertas condiciones es probable que un sujeto vuelva a delinquir (Rodríguez Manzanera, 1981: p. 444). Tales métodos a lo sumo presentan regularidades estadísticas, que, por lo demás, se contraponen al concepto individualista de persona, entendiendo que la peligrosidad, por su propio significado, es una noción absolutamente individualizada, no apta de reducirse o ser encasillada en una “magnitud generalizadora propia de las tipologías criminales” (Guzmán, 2011: pp. 355-356).

Pues bien, al admitir este concepto en el seno del ordenamiento jurídico, lo que se está haciendo es considerar plausible que la ley penal presuma de la comisión de graves maleficios el carácter peligroso de su autor y, en definitiva, que éste volverá a delinquir, lo que contraviene la lógica y la -ya referida- individualidad reconocida al mismo (Guzmán, 2011, p. 364). Así, se atenta contra el concepto mismo de presunción jurídica⁹⁵, pues al versar sobre comportamientos del hombre y no sobre fenómenos sometidos a las leyes constantes de la naturaleza, falta la base lógica de la inducción, por tanto, la conclusión resultante no puede poseer la validez universal de las primeras, sino que se reduce a una mera probabilidad, que en caso de aplicarla en el campo del Derecho penal constituiría una interpretación por analogía y se opondría al carácter realista e individualizador del mismo,

⁹⁵ Según la definición del profesor Rivacoba y Rivacoba, presunción jurídica “es un medio técnico material que consiste en un juicio general inferido por medio de un razonamiento inductivo a partir de lo que efectúa o la manera como se produce comúnmente en determinadas circunstancias el obrar humano” (1975: p. 86).

al que le interesan los hechos efectivamente acaecidos en un supuesto particular, no lo que pudo haber sucedido conforme a cómo ocurren regularmente las cosas⁹⁶.

Por último, tampoco podemos sostener que la ley tenga la aptitud de describir e identificar ciertos factores objetivos que se constituyan en índices de peligrosidad, tales como los motivos para delinquir, el carácter del condenado y su conducta anterior, contemporánea o posterior al delito, pues están dotados de una generalidad que los priva de todo significado revelador de reincidencia, tal como han razonado los tribunales italianos⁹⁷. Y, aunque se conviniera que la ley pudiese contener manifestaciones de peligrosidad, eso “no significa que con tales indicaciones estén realmente presentes los datos de que el juez pueda inferir sin ambages la disposición peligrosa del malhechor” (Guzmán, 2011: p. 363), pues los criterios de decisión deben ser objetivos y “judiciables”, esto es, se deben referir sólo a la verificación y valoración de una conducta, no de unas situaciones subjetivas o “posiciones mentales” del condenado (Baratta, 2004: p. 385).

3.2. Peligrosidad y dignidad humana.

El reconocimiento y protección del valor de la dignidad humana⁹⁸, como pertenencia a sí mismo y disposición de sí (Guzmán, 2011: p. 357), esto es, la consideración del ser humano como un ser racional dotado de voluntad y libertad, por lo que debe ser tratado como fin en sí mismo, es de la esencia de un Estado liberal de derecho, en el que reluce la posición preeminente del individuo sobre el grupo. En este sentido, la dignidad humana se erige como atributo constitutivo de la personalidad en el Derecho internacional de los Derechos Humanos. Así, la Declaración Universal de Derechos

⁹⁶ Por estas razones se ha concluido que las presunciones no son admisibles, tanto las que ceden a prueba en contrario como las absolutas, véase Guzmán, 2006: p. 14.

⁹⁷ En Italia, cuna de la peligrosidad, se ha sostenido lo anterior, por lo que los tribunales se han abstenido de formular declaraciones de peligrosidad en relación a los motivos para delinquir, el carácter del reo y su conducta anterior, contemporánea y posterior al delito previstos en los artículos 133 y 203 del Código de 1930, constándose la derogación fáctica de dichas normas (Guzmán, 2011: p. 356).

⁹⁸ El término “dignidad” es un abstracto del adjetivo “valor” y significa la materialización del mismo, donde el hombre es el valor supremo, pasando a ser el referente axiológico de todo orden constitucional. Por consiguiente, se atenta contra la dignidad del hombre cuando se olvida esta esencial superioridad del hombre y se le considera como cualquier otra parte de la naturaleza (Núñez, 2009: p. 398). En este mismo sentido, Bustos y Hormazábal entienden que el principio de la dignidad humana implica “el reconocimiento a la autonomía ética de la persona y a su indemnidad personal”, explicando que en cuanto a lo primero, quiere decir que la persona es un fin en sí mismo, que jamás puede ser medio para otro objetivo y que el Estado está a su servicio, por lo que no puede ser considerada la persona como un objeto o quedar sometida a la tutela del Estado, y, lo segundo significa que ninguna intervención del Estado puede significar una afectación a la persona como tal, entendiendo que no puede incidir en la esencia de un derecho o impedir absolutamente su ejercicio (1997: p. 68).

Humanos en su preámbulo establece que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tiene por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”, lo cual se ve ratificado por su artículo al afirmar que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. Luego, en el preámbulo de la Convención Americana de Derechos Humanos, además de hacer suyos los contenidos de la declaración referida, la considera en la misma calidad al prescribir que “los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”.

A su turno, nuestra Constitución replica lo preceptuado en la Declaración Universal en su artículo primero, dentro del capítulo Bases de la institucionalidad, situándola como principio básico del ordenamiento jurídico⁹⁹ y como fuente de legitimidad y límite de la actuación de los poderes públicos, y en particular, en lo que respecta al ejercicio del *ius puniendi* (Collao, 2008: p. 82). En este sentido, el valor de la dignidad humana proyecta una base normativa sobre todo el ordenamiento jurídico, que reclama del Estado y de los particulares el respeto por la misma proscribiendo toda actuación que utilice como medio a un individuo -y no como fin de acuerdo al imperativo kantiano-, y que, por tanto, le niegue su condición jurídica de persona -en los términos ya explicados- confinándolo al plano de los objetos.

De acuerdo a esto, la categoría de la peligrosidad es incompatible con la dignidad humana, pues desfigura la personalidad del mismo sujeto, considerándolo por un lado persona, es decir sujeto libre, culpable o inocente, y en otro plano, como fragmento de la naturaleza, por tanto peligroso o inocuo (Guzmán, 2011: p. 357), lo que repercute finalmente en castigar al individuo por hechos que no ha cometido y suponemos que probablemente cometerá, instrumentalizándolo para lograr fines que interesan a la colectividad, en especial preventivo generales, esto es, como un medio para obtener por

⁹⁹ La dignidad confiere a todo el ordenamiento jurídico un sentido propio, que condiciona tanto su interpretación como su aplicación. Cfr. Nogueira, 1995: p. 51 y ss.

parte del resto de la comunidad la adopción de una actitud de adhesión a esos mismos cánones morales “en pro de la obtención de un beneficio social (o, mejor dicho, de lo que el poder político considera como tal)” (Collao, 2008: p. 83).

Por las razones expuestas precedentemente, podemos concluir que en nuestro ordenamiento jurídico, que consigna la dignidad como valor constitucional, disposiciones legales castiguen derechamente, agraven la pena o hagan procedente la prisión preventiva respecto de un sujeto por considerarlo peligroso, son inconstitucionales por contravenir el fundamento esencial de la dignidad como valor (Núñez, 2009: p. 399).

3.3. Peligrosidad y legalidad penal.

En cuanto a la oposición de la valoración de la peligrosidad como elemento de la descripción típica o como factor para la selección de la pena con el principio de legalidad, tal como lo ratifica el juez *ad hoc* don Arturo Herrador Sandoval en su voto razonado del fallo en estudio, ésta no se aviene con el principio de legalidad que dispone la punición de hechos o conductas ilícitas culpablemente realizadas, pero que “no autoriza la sanción a partir de una combinación de la certeza sobre los hechos pasados y la especulación sobre conductas futuras”, y, agrega, poniendo énfasis en la importancia del mencionado principio, que la violación primordial de derechos establecidos en la Convención del caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala no fue de índole procesal por sorprender al imputado con una calificación jurídica distinta a la de la acusación y privarlo de la posibilidad de defenderse de ésta, sino que al principio de legalidad, ya que incluso si se le hubiera asegurado al inculcado la opción de contrarrestar el cargo que le imputaba ser peligroso, de todas formas se hubiera violado el Pacto de san José de Costa Rica, pues “lo que se necesita es suprimir enteramente la referencia a la peligrosidad” (2005: p. 10).

En relación con el principio de legalidad, sabido es que éste ha sido consagrado como principio fundamental o cardinal del Derecho penal¹⁰⁰ en la mayoría de los Códigos penales, las Constituciones y Tratados internacionales sobre derechos humanos, por lo que su vigencia es reconocida sin lugar a dudas como postulado básico del Estado de Derecho (Roxin, 1997: p. 137), o, en palabras de Hassemer como “uno de los símbolos más

¹⁰⁰ Se ha señalado que su verdadero sentido es el ser un axioma o dogma, ya que no acoge excepciones, a diferencia de los principios (Guzmán, 2011: pp. 365-366).

característicos del Estado de Derecho” (1999: p. 5), no obstante lo cual, en doctrina se discute acerca de fundamento, contenido y alcance¹⁰¹.

Pues bien, entendemos que la máxima *nullum crimen, nula poena sine lege* tiene importancia política y científica¹⁰². La trascendencia política se enlaza con el principio de soberanía de la ley, producto de la lucha contra el poder de los jueces y administradores y el imperio de la certeza jurídica, lo que se traduce en dos funciones: una limitadora y otra garantizadora. En cuanto a la primera, ésta restringe el sistema de fuentes del Derecho penal sólo a la ley, el principio de reserva de ley, exigiendo, además, que la ley sea previa al hecho incriminado (*lex proevia*) y determinada en tanto se prohíbe interpretarla por analogía (*lex stricta*) y colmar sus vacíos a través de la costumbre (*lex scripta*) (Guzmán, 2010: pp. 173-174; Bustos y Hormazábal, 1997: pp. 80-82). Como expone Roxin, el principio de legalidad a este respecto se plasma en forma de prohibiciones dirigidas al juez al momento de fundamentar o agravar la pena: proscripción de analogía y de recurrir al Derecho consuetudinario (1997: p. 140). Respecto a la función garantizadora, ésta se despliega en cuatro garantías: la criminal (*nullum crimen sine lege*), la penal (*nulla poena sine lege*), la jurisdiccional (*nemo damenetur nisi per legale iudicium*) y la de ejecución (Guzmán, 2010: p. 174). Estas funciones están recíprocamente condicionadas y son conquista del liberalismo político que, en cuanto doctrina política, exige la vinculación del ejecutivo y del poder judicial a las leyes formuladas de modo abstracto por representantes mandatarios de la soberanía popular, lo que persigue concretar la libertad de los individuos frente a las intromisiones de la autoridad, de lo que se sigue que el respeto o no de la legalidad guarda una estrecha relación con el tipo de Derecho penal vigente en un país según su coyuntura política.

Por su parte, la importancia científica de la legalidad se traduce en la exigencia *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*, que demanda la determinación o precisión de los presupuestos de punibilidad y las consecuencias jurídicas del delito (Roxin, 1997: pp. 169-175), esto es, exige claridad, completitud y precisión en la descripción del supuesto de

¹⁰¹ Cfr. Sobre opiniones discrepantes en doctrina, véase Roxin, 1997: pp. 134-175; Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2007: pp. 98-109; Ferrajoli, 2011: pp. 373-385, entre otros.

¹⁰² En otro sentido, Roxin señala que el principio de legalidad tiene una “justificación jurídico-política” y “jurídico-penal”, describiendo que la primera tiene como componentes de legitimación el liberalismo político y la democracia y división de poderes, y, la segunda, la prevención general y el principio de culpabilidad (1997: pp. 144-146).

hecho de los delitos y en la configuración y límites de sus penas (Guzmán, 2010: pp. 173-174), desterrando la posibilidad de crear “descripciones legales que incluyan términos de contenido vago, cláusulas generales o elementos normativos de contornos muy vaporosos, como también si los márgenes penales resultan muy dilatados entre sí” (Guzmán, 2010: p. 179), pues en ambos casos se le confieren excesivos poderes al juzgador, al permitirle hacer cualquier interpretación que quiera e invadir con ello el terreno legislativo, oponiéndose, además, al principio de división de poderes (Roxin, 1997: p. 169).

Es, precisamente, este último aspecto del principio de legalidad el que en este análisis nos genera interés pues la categoría de la peligrosidad no satisface tales requerimientos. Bettiol es categórico al afirmar que “la peligrosidad es un concepto que el Estado de derecho, aunque sea social, no puede aceptar como criterio directivo de una legislación penal, porque, entre otras cosas, vulnera los principios de la seguridad jurídica, comenzando por aquel de la legalidad, para la cual muchos positivistas han tenido poca ternura” (Donna, 1978: p. 61). En este sentido, la peligrosidad no puede ser descrita determinadamente o exhaustivamente¹⁰³ ni con precisión semántica¹⁰⁴ por la ley sin vulnerar el principio de legalidad, pues la noción de “estado peligroso” es una “noción no jurídica o ajena a las posibilidades regulativas del derecho *tout court*” (Guzmán, 2011: p. 361). Además, debido al carácter de alteridad del derecho, esto es, de constituir un ordenamiento regulador del obrar interindividual de los sujetos en el sentido de valer frente a otros, demanda que se regulen actos de los mismos, no situaciones unilaterales o manifestaciones subjetivas de uno de los individuos jurídicamente vinculados, como es el caso de la peligrosidad. En este sentido, lo único que el Derecho penal puede hacer es calificar las manifestaciones externas de la misma, es decir, los actos singulares en que se expresaría la peligrosidad, con lo cual su concepto es indigno de atención y en definitiva, desaparece (Guzmán, 2011: p. 362).

Estimamos que esta última situación se manifiesta en las agravantes estudiadas en el apartado anterior, la reincidencia, vigente en nuestro ordenamiento jurídico, y la

¹⁰³ Bacigalupo al referirse a las condiciones de una *lex certa*, sostiene que ésta debe contener una descripción de las prohibiciones y de las sanciones previstas para su violación que pueda considerarse “exhaustiva” (1999: p. 126).

¹⁰⁴ Zaffaroni al respecto explica que la ley penal se expresa en palabras y “el Derecho penal debe exigir de los legisladores el mayor esfuerzo de precisión semántica: el juez debe exigir la máxima taxatividad legal, o sea, no la simple legalidad sino la *legalidad estricta*” (las cursivas son del autor) (2007: p. 106).

circunstancia de cometer ciertos delitos encapuchados, que se quedó en proyecto de ley. Allí, al tipificar la ley que la existencia de una o varias condenas previas y que la circunstancia de cometer ciertos delitos encapuchados agraven la pena del malhechor, lo que hace es calificar *ex ante* una conducta como peligrosa, realizando un juicio previo que queda manifestado en la ley, por lo que no viola derechamente el principio de legalidad de los delitos y las penas, pues el presupuesto está determinado por la ley. En esto, no hay lugar a dudas, otra cosa es su justificación a la luz de los principios de actividad y ofensividad respectivamente.

Distinto es lo que sucede respecto de los delitos habituales analizados en el capítulo segundo. En estos, lo que la ley hace es requerir para su configuración que tanto la violencia física como la psicológica o los actos propios de la respectiva profesión, sean habituales¹⁰⁵. Si bien es cierto que la alusión a la habitualidad en estos tipos genera problemas interpretativos acerca del sentido y alcance de la misma, éstos se reducen —en el estudio de los delitos en particular— a la cantidad de actos pretéritos que deben ser probados para considerarse que dichas conductas son habituales y el periodo de tiempo que media entre los mismos y el hecho delictivo imputado actualmente. Sin embargo, consideramos que esta referencia va mucho más allá, pues lo que hace es dejar un amplio margen a la interpretación del juez acerca de qué se debe entender por habitualidad. Según nuestro parecer ésta no debe ser entendida como una simple reiteración de actos, sino que en su sentido natural y obvio se refiere a la concurrencia de un hábito en un sujeto determinado, entendido como un “modo especial de proceder o conducirse adquirido por repetición de actos iguales o semejantes, u originado por tendencias instintivas”, tal como la Real Academia Española lo define. De lo que se sigue que el tribunal no sólo debe juzgar una repetición de actos, que es algo objetivo, sino que debe valorar si concurre en el agente un modo especial de proceder que fuera adquirido por la reiteración de actos iguales o semejantes, o, como explica Bettiol, si la repetición de varias acciones delictuosas pueden considerarse como síntoma de peligrosidad social, considerando a la habitualidad como

¹⁰⁵ Respecto a estos delitos, la exposición se circunscribe a su carácter habitual, dejando a un lado la discusión acerca de qué significa violencia del tipo en el delito de maltrato familiar habitual y las consideraciones acerca de que sería ley penal en blanco el delito de ejercicio ilegal de la profesión por su referencia a actos propios. Acerca del significado de voz “violencia” en delito de maltrato habitual, véase Van Weelzel, 2008: pp. 223-259 y Villegas, 2012: pp. 276-317, entre otros. En relación al carácter de ley penal en blanco del delito de ejercicio ilegal de la profesión de médico, véase Milos, 2012: pp. 207 y ss.

pronóstico de ulteriores delitos y, en definitiva, al delincuente habitual como el sujeto que tiene una especial inclinación o tendencia a cometerlos (1965: pp. 590-592). Es decir, no es una simple constatación de que ciertos actos se repiten, sino que el juez debe apreciar si en el sujeto en cuestión concurre un especial modo de conducirse y evaluar si los actos de su pasado son semejantes al que se está juzgando en el presente y si ellos determinaron la concurrencia de un hábito en el imputado. Por tanto, en estos casos se vulnera la legalidad de los delitos y las penas, pues la ley no establece con exactitud la conducta incriminada al hacer referencia a la habitualidad, dejando en manos del juzgador la calificación de la misma, esto es, la valoración de la peligrosidad del imputado, pues en el fondo, lo que se ordena realizar es un juicio hacia el futuro, razonando en términos de que si agrava la pena del delincuente habitual lo que busca es prevenir que se fortalezca en él la tendencia a seguir delinquiendo con claros fines preventivos¹⁰⁶.

En este mismo sentido nos debemos pronunciar acerca de la libertad del imputado como constitutiva de peligro para la seguridad de la sociedad como condición de procedencia de la prisión preventiva analizada en la sección anterior. En este caso también se transgrede el principio de legalidad, pues en el peligro para la seguridad de la sociedad la ley procesal se limita a señalar dicha justificación, dejando en manos del juez la apreciación del mismo en el caso concreto, enumerando una serie de criterios orientativos que le indican al tribunal las circunstancias en que lo podrá considerar concurrente. Queda claro que se trata de parámetros no vinculantes, cuya concurrencia en cuanto a la calidad y cantidad de los mismos queda a discreción del enjuiciador. Es muy similar a lo que sucede en el caso de Fermín Ramírez, en que se entrega la valoración de la peligrosidad al tribunal determinando la agravación de la pena. En esta situación, si bien la apreciación del peligro para la seguridad de la sociedad no determina directamente una pena ni la acrecienta, hace procedente la prisión preventiva, que constituye la máxima intromisión en los derechos fundamentales que puede realizar el aparato punitivo durante el proceso penal, configurándose en un “instrumento de derecho penal sustantivo, un mecanismo de control o prevención de la comisión de otros delitos que se aproxima a la idea de una pena sin juicio”

¹⁰⁶ En este punto, Bettiol distingue la reincidencia de la habitualidad, pues si bien comparten como fundamento común la inclinación al delito, en la reincidencia esta inclinación se toma en consideración para fines retributivos y represivos, a diferencia de la habitualidad, que es una figura orientada hacia el criterio preventivo de la defensa social, concluyendo que “la habitualidad se toma como pronóstico de ulteriores delitos, y no como diagnóstico de la reprochabilidad moral de una habitualidad” (1965: pp. 588-592).

(Poblete, 2010: p. 149). Por tanto, estimamos que esta hipótesis de procedencia de la prisión preventiva vulnera el principio de legalidad en el proceso penal, proyectado como garantía jurisdiccional y procesal¹⁰⁷, cuyo objeto radica en que la actividad judicial no exceda de lo que estrictamente establece la ley y de excluir toda posibilidad de arbitrariedad en el proceso (Bustos y Hormazábal, 1997: pp. 86-87), entregando -al igual que el caso anterior- un considerable margen al juez para evaluar la concurrencia de la misma.

4. Contradicción del Derecho penal de autor con un Derecho penal liberal y respetuoso del Derecho internacional de los derechos fundamentales.

Tal como señala la CIDH en el fallo en estudio, el Derecho penal de autor no es propio de un sistema penal de una sociedad democrática, en tanto abre la puerta al autoritarismo, lo que es absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos, principalmente respecto de la dignidad del ser humano y el principio de legalidad, como indicamos recientemente.

No obstante lo anterior, en la actualidad, el profesor Gómez Martín, quien desarrolló una monografía sobre la materia en cuestión, ha sostenido que el Derecho penal de autor en su versión moderada o limitada sería compatible con los principios del Estado de Derecho (2007: p. 25).

Así, entiende por Derecho penal de autor en su versión limitada¹⁰⁸ “todas aquellas reglas que obligasen al Juez a tener en consideración, sobre todo a efectos de graduar la pena, y con una finalidad de carácter preventivo-especial, además de la mayor o menor gravedad del hecho, en especial las circunstancias personales del reo, y, singularmente, su

¹⁰⁷ Estas garantías se consideran integrantes del debido proceso. Si bien nuestra ni nuestra Carta constitucional ni nuestra legislación procesal utilizan la expresión, se entiende que voz “*justo y racional procedimiento*” del artículo 19, numeral 3° de la Constitución Política resulta un reconocimiento manifiesto a su inclusión en el sistema nacional, que en su inciso quinto, prescribe “*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 justas*”.

¹⁰⁸ En su obra analiza las manifestaciones históricas del Derecho penal de autor, el que, según su parecer, presenta tres versiones: amplio o moderado, intermedio y estricto o limitado. La versión limitada explicada en el texto principal se contrapone al Derecho penal de autor máximo o en sentido estricto, en el que lo determinante para la antijuridicidad de la conducta no es la gravedad el hecho efectivamente cometido sino que, exclusivamente, la mayor o menor peligrosidad del autor, entendiéndose que la peligrosidad no dependería de la conducta del malhechor, sino que de ciertas circunstancias personales del autor, tales como sus pensamientos, su voluntad, su carácter, su personalidad o la actitud interna que mantendría con respecto al ordenamiento jurídico. De este modo, la conducta del agente es explicada sólo como una consecuencia de esta personalidad peligrosa y el objeto de las normas penales sería la aparición de personalidades, caracteres o actitudes internas contrarias al ordenamiento jurídico penal (2007: pp. 30-31).

nivel de peligrosidad” (2007: p. 25), explicando que con esta fórmula no se vulnera la idea de que el Derecho penal no puede prohibir pensamientos, caracteres o formas de ser sino solamente hechos efectivamente acaecidos, pues en esta versión se pone acento en el hecho, por lo que para la graduación de la pena considera la mayor o menor gravedad del suceso efectivamente cometido, pero estima que sería necesario, *además*, tomar en cuenta determinadas circunstancias personales del autor¹⁰⁹. Ello obligaría al legislador a considerar dichas circunstancias tanto en la parte general como en la parte especial de los respectivos catálogos punitivos, ya sea con motivo de la elaboración de algunas reglas para la determinación de pena, ya sea a propósito de la tipificación de ciertos delitos. En estos casos, el autor señala como ejemplos ciertas reglas presentes en el Código penal español que ordenan considerar en la aplicación de la pena en los delitos dolosos “las circunstancias personales del delincuente” o atender fundamentalmente a la “peligrosidad criminal del sujeto” para dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad y, en la parte especial, indica a los tipos que consideran la habitualidad como los delitos de violencia de género, la utilización ilícita habitual de información privilegiada y de receptación previstos en el Código español (2007: pp. 26-30).

El autor, si bien realiza un estudio pormenorizado de las diferentes manifestaciones históricas del Derecho penal de autor, consideramos que no hace lo mismo llegado el momento de justificar por qué considera que esta versión es compatible con los “principios inspiradores del Derecho penal de un Estado liberal, incluido el principio de responsabilidad por el hecho” (2007: p. 317), pues en cuanto a la consideración de las circunstancias personales del condenado para la elaboración de reglas de determinación de las penas y la medidas de seguridad, se limita a constatar que la doctrina dominante “suele entender” que “encajan sin traumas en un Derecho penal liberal respetuoso con el principio de responsabilidad con el hecho” (2007: p. 317). Luego, se refiere a aquellos delitos que emplean la habitualidad en la descripción de los tipos penales, sosteniendo que, si la habitualidad es entendida en un sentido objetivo¹¹⁰, también es respetuosa del principio de

¹⁰⁹ Las cursivas son nuestras.

¹¹⁰ El autor, siguiendo la distinción realizada por Mir Puig, sostiene que el castigo de la conducta habitual puede ser fundamentado de modo objetivo y subjetivo. Si se entiende la habitualidad en un sentido objetivo, “el fundamento de su presencia en los tipos como elemento esencial o accidental agravante consistiría en la mayor gravedad de la conducta”, en estos supuestos, “la pertenencia de una conducta a una serie de conductas vinculadas a una unidad de sentido, de significado valorativo convierte a la conducta de referencia en un

responsabilidad por el hecho, concluyendo que delito de maltrato familiar habitual, la figura ícono en esta materia en la legislación española, por su mismo tenor literal tiene un carácter objetivo.

Pues bien, estimamos insuficientes las razones esgrimidas por el profesor español, ya que la circunstancia de poner atención en primer lugar en los hechos cometidos y solo secundariamente atender a las circunstancias personales del autor para fundamentar o graduar la pena si bien excluye la justificación de delitos que impongan penas por una determinada forma de pensamiento, sin tipificar acción alguna, no deja a salvo las críticas, pues para que el principio de culpabilidad por el hecho tenga un sentido, es necesario que “la culpabilidad esté referida a la materialidad de la acción en cuanto tal y *no* exclusivamente a elementos de la personalidad del autor que en ella se reflejen” (Bustos Ramírez, 2007b: p. 193). Así, en los supuestos que señala Gómez Martín si bien “hay una referencia a actos o acciones, no son ellas en cuanto tal las que importan, sino *sólo* la subjetividad que revelan, el carácter o bien la peligrosidad del autor” (Bustos Ramírez, 2007b: p. 193), por lo que con la simple referencia a la acción se mantiene la transgresión al principio de responsabilidad por el hecho, constituyéndose en manifestaciones del Derecho penal de autor.

Expuesto lo anterior, consideramos que las figuras estudiadas en el segundo apartado constituyen, efectivamente, expresiones del Derecho penal de autor opuestas al Derecho penal liberal, fruto del liberalismo político, que se construyó a partir del objetivo feuerbachiano de evitar el dominio del soberano respecto de los ciudadanos (Truccone, 2013, p. 10) y se caracterizó por “la legalidad de delitos y penas, la proporcionalidad de éstas a la gravedad objetiva de las infracciones, el reconocimiento del principio de culpabilidad, un acusado realismo y capturar en sus descripciones típicas supuestos de hecho, actos singulares y delimitados espacio-temporalmente del hombre” (Guzmán, 2011: p. 358).

En este punto, debemos separar dos cuestiones que se enlazan en las argumentaciones a lo largo del desarrollo del tema. Por un lado nos encontramos con la

comportamiento merecedor de un mayor juicio de desvalor”. Luego, la habitualidad en sentido subjetivo, se explicaría como “mayor peligrosidad del delincuente”, entendiéndose que “la repetición de una misma conducta en un periodo reducido de tiempo acabaría por hacer surgir en el delincuente un hábito o inclinación a la realización de la conducta” y “como consecuencia del hábito o tendencia incorporados al sujeto éste vendría especialmente peligroso” (2007: pp. 320-321).

dignidad humana y el principio –o axioma- de legalidad de los delitos y las penas, y, por otro, el fin retributivo de las mismas. Si bien es cierto que el fin de la pena no es una cuestión para nada pacífica en doctrina, y que en la actualidad resaltan las teorías preventivas de la misma, pretendemos poner de manifiesto que la categoría de la peligrosidad, en sus diferentes manifestaciones contraviene, en primer término el reconocimiento de la dignidad de las personas, pues escudriña en su especial modo de ser, no en los actos por ellas cometidos, desconociendo su condición de seres capaces de autodeterminarse y fines en sí mismas, realizando un pronóstico de su comportamiento futuro sin ningún asidero científico, castigándolas directamente o bien agravando las penas por la supuesta peligrosidad en ellas concurrente. En segundo lugar, en los casos en que la ley deja al arbitrio del juzgador la valoración de la misma, lo que sucede es que, además, se infringe el principio de legalidad de los delitos y las penas, consagrado, al igual que la dignidad humana, en los diversos Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos vigentes en Chile y en nuestra Constitución. Por otro lado, comprobamos que las teorías acerca de los fines preventivos de la pena comparecen en este razonamiento como obligado corolario, pues al vulnerar la dignidad humana lo que se hace es instrumentalizar a los individuos y en ese sentido la pena deja de ser retribución y sólo se explica en cuanto se le reconozcan fines preventivos, ya sea generales o especiales, en especial la prevención especial negativa, que persigue evitar que el propio encartado reincida, los que, por cierto, históricamente fueron aceptados y buscados por quienes defendían el concepto de peligrosidad.

Pues bien, estas disquisiciones parten de la base del respeto por la dignidad de las personas y el principio de legalidad de los delitos y las penas, no de una toma de posición *ex ante* acerca del fin retributivo de las mismas, no obstante lo cual consideremos que éste es el fin compatible con una concepción liberal del Derecho penal y respetuosa de los derechos humanos¹¹¹, al cumplir con las exigencias de respeto por la dignidad del hombre

¹¹¹ La CIDH no se pronunció respecto al fin de la pena, y la profesora Ziffer lo critica, pues señala que oponerse a la consideración de la peligrosidad del delincuente sólo es posible en el marco de un derecho penal retributivo, en el que la pena no juega ningún rol en la prevención de delitos, lo que no se condice con la concepción de fin preventivo de la pena, en que el Estado, limitado por el principio de proporcionalidad, debe preguntarse por los efectos de una pena sobre un sujeto concreto, en el sentido considerar si evitará que el condenado vuelva a cometer delitos, si carecerá de consecuencias o la impondrá a cualquier precio a fin de demostrar la vigencia de la norma. Estima que lo resuelto contradice los términos del propio Pacto de San José de Costa Rica, que en su artículo quinto, párrafo sexto, prescribe que “las penas privativas de la libertad

y la prohibición de penas y tratos crueles, inhumanos y degradantes, consagrada en los artículos 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos¹¹² y 5.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos¹¹³, ambos ratificados por Chile, por lo que constituyen derecho vigente en nuestro país.

Pues, bien, estimamos que el planteamiento retribucionista de la pena se ajusta a las exigencias de respeto por los derechos humanos pues parte de la base de una concepción del ser humano como un ser racional y, con ello, autónomo, libre y responsable de sus actos, no debiendo ser sometido a las imposiciones de otro, es decir, tomado como medio para fines ajenos (Rivacoba y Rivacoba, 2002: p. 23). En cambio, el pensamiento preventivista, concibe “al hombre en general, y al hombre que ha delinquirido en particular, como un ser susceptible de procedimientos de manipulación de la conducta y, por ende, determinado en su obrar según la presencia o ausencia de ciertos elementos, incluidos tales medios de manejo heterónimo” (Guzmán, 2011: p. 368). En otras palabras, la retribución como esencia y, a la vez, finalidad de la pena, “procura reverenciar en el individuo que ha delinquirido, pero también en cada uno de sus semejantes, la dignidad que asiste a todos, su condición de seres librevolentes y fines en sí” (Guzmán, 2011: p. 368).

Por tanto, consideramos que las figuras analizadas en el capítulo segundo constituyen manifestaciones del Derecho penal de autor en nuestro ordenamiento jurídico y son contrarias a un Derecho penal liberal propio de un Estado de derecho tornándose no sólo inconstitucionales a la luz de lo preceptuado por nuestra Carta Magna sino que contravienen el *corpus iuris* del sistema interamericano de derechos humanos. Así, del mismo modo que la CIDH ordenó al Estado de Guatemala modificar la disposición legal en

tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”, por lo que concluye que negar que la peligrosidad pueda servir como factor de graduación de las penas en general o cual agravación específica de ciertas infracciones anularía toda posibilidad de acatar dicha prescripción (2006: p. 143). Contra esta interpretación, Guzmán, quien duda que la regla sobre reforma y readaptación social de los condenados indique indefectiblemente una adhesión del sentido objetivo de la Convención Americana de Derechos Humanos a la prevención especial positiva, argumentando que este precepto al referirse sólo a penas privativas de libertad, se puede interpretar como un intento de que el fenómeno de “desocialización” o “prisionización” que producen éstas no arrase con la dimensión social del preso. Así, plantea que “el intento de reforma y readaptación, pues, puede leerse como “un programa máximo destinado a restituirle con la mano del derecho lo que otra, enguantada, le quita día a día tras los muros de la cárcel” (2011: pp. 369-370).

¹¹² El artículo 5 de la Declaración referida prescribe que “*nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes*”.

¹¹³ El artículo 5.2 de la Convención dispone “*nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano*”.

cuestión suprimiendo toda referencia a la peligrosidad del agente, instamos a que, ilustrados por la jurisprudencia internacional actual y por las atroces consecuencias históricas que hemos revisado, estas normas sean extirpadas de raíz de nuestro Derecho, adecuándolo a la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

Conclusiones y toma de posición.

1. El Derecho penal del acto es consecuente con un Derecho penal liberal, fruto del liberalismo político, que presenta, entre otras características, además de capturar en sus descripciones típicas actos singulares y delimitados espacio-temporalmente del hombre y no modos de ser del mismo o la manera en que han decidido su vida o conformado su personalidad, el reconocimiento de los principios de legalidad de los delitos y las penas, de ofensividad y de culpabilidad.
2. Por el contrario, el Derecho penal de autor es propio de la ideología totalitaria en el terreno jurídico y consiste en la tendencia a castigar maneras de ser u obrar del individuo, así como estas se transparentan en la continuidad de su desarrollo individual y social. Este objeto fue alcanzado a través de dos mecanismos: el empleo de la noción de peligrosidad y

los tipos criminológicos de autor resultantes y la elaboración de los tipos normativos de autor, que coinciden en no establecer límites a la intromisión del poder del Estado en las personas. La distinción entre ambos no se traduce en sus consecuencias prácticas, pues posibilitan tanto la adopción de medidas preventivas como represivas.

3. El Derecho penal chileno tiene un origen liberal, nuestro Código penal se constituyó como un documento característico de Derecho penal de acto, en el que no se considera como delito los estados peligrosos, la particular forma de ser o desarrollar la vida, el carácter o la personalidad del autor, sino que únicamente acciones u omisiones que conlleven una objetivización externa con características de alteridad. Sin embargo, nuestra regulación criminal fue objeto de variadas reformas legislativas que desnaturalizaron esta característica.

4. Respecto a la agravante de la reincidencia, si bien ha sido regulada desde el inicio en nuestro Código penal, no ha logrado hallar en la dogmática una explicación satisfactoria, pues la reincidencia revelaría, a través de la repetición de conductas, un determinado modo de ser, constituyéndose en un tipo penal criminológico con claros fines represivos que sanciona con mayor pena a aquel que ya ha sido condenado previamente. Además, es un instituto incompatible con la concepción del la retribución como fin de la pena, pues se puede retribuir lo que un sujeto hace, no lo que un sujeto es, y en este caso, lo que se castiga finalmente es el modo en como el reincidente condujo y realizó su vida. Es por esto, que estimamos que la agravante de la reincidencia constituye una manifestación del Derecho penal de autor en nuestro Derecho. Valgan las mismas conclusiones para los proyectos de ley que postulan agravar la pena a quienes cometan ciertos delitos encapuchados o utilizando cualquier otro medio para cubrir su rostro o sancionar a quien participe en una manifestación con el rostro cubierto, pues también crean un tipo criminológico, estereotipando como delincuentes peligrosos a quienes participan en dichas manifestaciones.

5. Estimamos que la habitualidad, en los delitos de maltrato habitual y ejercicio ilegal habitual de profesiones médicas, si bien se ha planteado por algunos como un elemento objetivo del tipo penal, se transforma en un juicio sobre la personalidad del autor al concluir a partir de un comportamiento reiterado del imputado, un determinado patrón de

conducta peligroso del mismo, por lo que también los podemos considerar como expresiones del Derecho penal de autor en nuestro ordenamiento.

6. Por último, la hipótesis de la libertad del imputado como constitutiva de peligro para la seguridad de la sociedad como condición de procedencia de la prisión preventiva, no sólo entra en flagrante contradicción con lo dispuesto en los Tratados Internacionales vigentes en Chile a propósito del fin de las medidas cautelares, sino que al atender a fines penales – no estrictamente procesales- desnaturaliza la prisión preventiva y la transforma en un instrumento de control social, basado en la supuesta peligrosidad de la “libertad” del imputado, constituyendo una clara incrustación del Derecho penal de autor en nuestro Derecho, que , lamentablemente, tiene una profusa aplicación por parte de nuestros Tribunales de Justicia.

7. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo del caso Fermín Ramírez contra Guatemala se pronuncia en categóricos términos acerca de la peligrosidad estimando que ésta constituye claramente una expresión del *ius puniendi* estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, sustituyendo el Derecho penal del hecho, propio de un sistema democrático, por un Derecho penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo, considerando, además, que su conservación en los ordenamientos jurídicos nacionales es incompatible con el principio de legalidad criminal y, por tanto, contraria a la convención. De este modo, estimamos que en nuestra calidad de Estado parte del Pacto de San José de Costa Rica y habiendo ratificado la competencia contenciosa de la misma Corte, esta sentencia debiera inspirar no sólo la reforma de nuestra legislación penal vigente –tal como lo ordenó la Corte a Guatemala- sino que también las decisiones de los altos Tribunales de justicia y políticas públicas.

8. La peligrosidad es concepto científicamente caduco e imposible de verificar, pues se reduce a un mero juicio de probabilidad del comportamiento futuro del sujeto. En este sentido, la valoración de la peligrosidad como constitutiva de Derecho penal de autor es incompatible con la dignidad humana y con el principio de legalidad de los delitos y las penas. Desconoce la dignidad humana, pues la peligrosidad parte de la base de un concepto deshumanizado del hombre, mitad imputable y mitad peligroso, no lo reconoce como un ser racional dotado de libertad y fin en sí mismo, por el contrario, lo instrumentaliza en pos de objetivos de la sociedad toda. Además, la peligrosidad no puede ser descrita

determinadamente o exhaustivamente por la ley sin vulnerar el principio de legalidad, pues la noción de estado peligroso es una noción no jurídica.

9. Por último, podemos concluir que la incompatibilidad de la categoría de la peligrosidad con el carácter retributivo de las penas, pues al vulnerar ésta la dignidad humana e instrumentalizar a los individuos la pena deja de ser retribución y sólo se explica en cuanto se le reconozcan fines preventivos, ya sea generales o especiales.

10. Las manifestaciones de Derecho penal de autor en nuestro Derecho son incompatibles con una concepción de Derecho penal liberal respetuosa de la Constitución y del Derecho internacional de los Derechos Humanos, por lo que proponemos la total supresión de estas figuras de la faz de nuestro Derecho jurídico penal, ajustándolo a la Convención Americana de Derechos Humanos.

Bibliografía.

Bacigalupo, Enrique (1999): *Derecho penal. Parte general*, 2ª edición, Hammurabi, Buenos Aires.

Baratta, Alessandro (2004): *Criminología y sistema penal (Compilación in memoriam)*, B de F, Montevideo-Buenos Aires.

Benítez, María José (1999): “Estudio de una regulación anunciada: el delito de maltrato habitual” en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, volumen LII, pp. 403-449. Disponible en http://portal.uclm.es /descargas/idp_docs/doctrinas/benitez.pdf. Fecha última consulta: 20 de agosto de 2014.

Bettioli, Giuseppe (1965): *Derecho penal. Parte general*, 4ª edición revisada y actualizada, Temis, Bogotá (traducción de Dr. José León Pagano).

Bustos Ramírez, Juan (2007a): *Obras completas. Derecho penal. Parte General*, tomo I, 2ª edición, Ediciones jurídicas de Santiago, Santiago.

_____ (2007b): *Obras completas. Control social y otros cambios*, tomo II, 2ª edición, Ediciones jurídicas de Santiago, Santiago.

Bustos Ramírez, Juan y Hormazábal Malarée, Hernán (1997): *Lecciones de Derecho penal*, volumen I, Trotta, Madrid.

Camarena Grau, Salvador (2008): “El proceso penal y los derechos fundamentales” en *Ser juez en Marruecos y en España*, Mustapha Terrab, Yolanda Onghena y Carlos Gómez Martínez (coord.), Fundación CIDOB, pp. 67-88. Disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=259848>. Fecha última consulta: 25 de agosto de 2014.

Carrara, Francesco (1996): *Programa de Derecho criminal*, volumen II, 3ª edición, Temis, Bogotá (traducción de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero).

Cerezo Mir, José (2000): *Derecho Penal. Parte General*, 2ª edición, UNED, Madrid.

_____ (2001): *Curso de Derecho penal español. Parte general*, tomo III, 6ª edición, Tecnos, Madrid.

Cobo del Rosal, Manuel y Vives Antón, Tomás S. (1999): *Derecho penal. Parte general*, 5ª edición corregida, aumentada y actualizada, Tirant lo Blanch, Valencia.

Cortés Ramírez, Valentín; Gimeno Sendra, Vicente y Moreno Catena, Víctor (1996): *Derecho procesal penal*, Colex, Madrid.

Cousiño Mac Iver, Luis (1992): *Derecho penal chileno. Parte general*, tomo III, Editorial jurídica de Chile, Santiago.

Crespo, Eduardo (2007): “Culpabilidad y fines de la pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 8, pp. 1-38.

Cury Urzúa, Enrique (2005): *Derecho penal. Parte General*, 8ª edición ampliada, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago.

Del Río, Raimundo (1935): *Derecho penal*, tomo I, Editorial Nascimento, Santiago.

Donna, Edgardo Alberto (1978): *La peligrosidad en el Derecho penal*, Astrea, Buenos Aires.

Donna, Edgardo Alberto y María José Iuvaro (1984): *Reincidencia y culpabilidad*, Astrea, Buenos Aires.

Duce, Mauricio y Riego, Cristián (2011): *La prisión preventiva en Chile: análisis de los cambios legales y su impacto*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago.

Etcheberry, Alfredo (1997a): *Derecho penal. Parte general*, tomo I, 3ª edición revisada y actualizada, Editorial jurídica de Chile, Santiago.

_____ (1997b): *Derecho penal. Parte general*, tomo II, 3ª edición revisada y actualizada, Editorial jurídica de Chile, Santiago.

_____ (1997c): *Derecho penal. Parte general*, tomo III, 3ª edición revisada y actualizada, Editorial jurídica de Chile, Santiago.

Ferrajoli, Luigi (2011): *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 10ª edición, Trotta, Madrid (traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés).

Fiandaca, Giovanni y Musco, Enzo (2006): *Derecho penal. Parte general*, Temis, Bogotá (traducción de Luis Fernando Niño).

Fornasari, Gabriele (2014) “Derecho penal liberal y derivas autoritarias. Reflejos en el pensamiento del joven Giuseppe Bettiol” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (traducción de Dr. José Luis Guzmán Dalbora). Disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc/16/recpc16-01.pdf>. Fecha última consulta: 13 de agosto de 2014.

Frank, Reinhard (2004): *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*, B de F, Montevideo-Buenos Aires (traducción de Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw).

Freudenthal, Berthold (2006): *Culpabilidad y reproche en el Derecho penal*, B de F, Montevideo-Buenos Aires (traducción de Dr. José Luis Guzmán Dalbora).

Fuensalida Grandón, Alejandro (1883): *Concordancias i comentarios del Código penal Chileno: obra premiada por la Facultad de Leyes i Ciencias Políticas de la Universidad de Chile, i seguida de un apéndice sobre la Jurisprudencia de los Tribunales*, Imprenta Comercial, Lima.

Garrido Montt, Mario (2003): *Derecho penal. Parte General*, tomo I, Editorial jurídica de Chile, Santiago.

Goldschmidt, James (1935): *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Bosch Casa Editorial, Barcelona.

Gomes, Luiz Flávio (2004): “Norma penal, bien jurídico, principio de ofensividad y lineamientos de la teoría constitucional del delito” en el *Penalista Liberal*, Hammurabi, Buenos Aires.

Gómez Martín, Víctor (2007): *El Derecho penal de autor*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Guzmán Dalbora, José Luis (2006): “Las presunciones de responsabilidad penal: su vigencia o invalidación relativamente al sistema de enjuiciamiento criminal” en *Revista Procesal Penal*, n° 47, pp. 9-17.

_____ (2010): “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*, volumen I, editado por Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, pp. 171-192. Disponible en http://www.kas.de/wf/doc/kas_23685-1522-4-30.pdf?121011221909. Fecha última consulta: 20 de agosto de 2014.

_____ (2011): “Dos conceptos irreconciliables: peligrosidad y legalidad penal” en *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, volumen II, editado por Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, pp. 335-370. Disponible en http://www.kas.de/wf/doc/kas_31766-1522-4-30.pdf?121011222421. Fecha última consulta: 20 de agosto de 2014.

Hassemer, Winfried (1999): *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*, Temis, Santa Fe de Bogotá (traducción de Francisco Muñoz Conde y María del Pilar Díaz Pita).

Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián (2003): *Derecho procesal penal chileno*, tomo I, Editorial jurídica de Chile, Santiago.

Iñesta Pastor, Emilia (2003): “El Código penal chileno de 1874” en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, n° 19, Santiago, pp. 293-328. Disponible en <http://www.historiadelderecho.uchile.cl/index.php/RCHD/article/view/23264/24604>. Fecha última consulta: 10 de agosto de 2014.

Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas (2002): *Tratado de derecho penal: parte general*, 5ª edición revisada y ampliada, Comares, Granada (traducción de Miguel Olmedo Cardenete).

Jiménez de Asúa, Luis (1922): *El estado peligroso. Nueva fórmula para el tratamiento penal y preventivo*, Imprenta de Juan Pueyo, Madrid.

_____ (1950): *Tratado de Derecho penal*, tomo I, 2ª edición, Losada, Buenos Aires.

_____ (1958): *La Ley y el delito: principios de Derecho penal*, 3ª edición, Editorial Sudamericana, Buenos Aires.

Kunicka-Michalska, Bárbara (1996): “El nuevo Código penal de Perú” en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción*, n° 5, pp. 233-245.

Künsemüller Loebenfelder, Carlos (2005): “Política Criminal y Reincidencia” en *Anales de la Facultad de Derecho*, Quinta Época, n° 2, Universidad de Chile.

Labatut Glens, Gustavo (1992): *Derecho penal. Parte especial*, tomo II, 7ª edición, Editorial jurídica de Chile, Santiago.

Luzón Peña, Diego-Manuel (2012): “Libertad, culpabilidad y neurociencias” en *Indret Revista para el Análisis del Derecho*, N° 3, Barcelona, pp. 1-59. Disponible en <http://www.indret.com/pdf/904a.pdf>. Fecha última consulta: 15 de julio de 2014.

Maier, Julio (1989): *Derecho procesal penal argentino*, tomo 1b, 2ª edición, Hammurabi, Buenos Aires.

Mañalich, Juan Pablo (2007): “La pena como retribución”, en *Estudios Públicos*, CEP, n° 108, pp. 117-205.

Matus, Jean Pierre; Politoff, Sergio y Ramírez, María Cecilia (2004): *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte general*, 2ª edición, Editorial jurídica de Chile, Santiago.

Matus Acuña, Jean Pierre (2007): “El positivismo en el Derecho penal chileno. Análisis sincrónico y diacrónico de una doctrina de principios del siglo XX que se mantiene vigente” en *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XX, n° 1, pp. 175-203.

Maurach, Reinhart y Zipf, Heinz (1994): *Derecho penal. Parte general*, tomo I, 7ª edición, Astrea, Buenos Aires (traducción de Jorge Bofill G. y Enrique Aimone Gibson).

Manzini, Vincenzo (1951): *Tratado de Derecho procesal penal*, tomo I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires (traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín).

_____ (1965): *Tratado de Derecho penal italiano*, tomo II, Ediar, Buenos Aires (traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín).

Mera Figueroa, Jorge (1998): *Derechos Humanos en el Derecho penal*, Editorial jurídica Conosur, Santiago.

Mezger, Edmund (1958): *Derecho penal. Parte general*, 6ª edición, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires (traducción de Dr. Conrado A. Finzi).

Milos Hurtado, Paulina (2012): “Las profesiones “análogas” en el delito de ejercicio ilegal de la medicina del artículo 313 A) del Código penal chileno. Propuesta para su determinación” en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, vol. 19, n° 1, pp. 197-239. Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-97532012000100006&script=sci_arttext. Fecha última consulta: 22 de agosto de 2014.

Mir Puig, Santiago (1974): *La reincidencia en el código penal*, Bosch, Barcelona.

_____ (2007): *Derecho penal: parte general*, 7ª edición, Editorial Reppertor, Barcelona.

Muñoz Conde, Francisco (2010): *Derecho penal. Parte especial*, 18ª edición, revisada y puesta al día, Tirant lo Blanch, Valencia.

Náquira Riveros, Jaime (1998): *Derecho penal. Teoría del delito*, volumen 1, Editorial McGraw-Hill, Santiago.

Novoa Monreal, Eduardo (2005): *Curso de Derecho penal chileno. Parte general*, tomo II, 3ª Edición, Editorial jurídica de Chile, Santiago.

Nogueira Alcalá, Humberto (1991): “Dignidad de la persona y derechos humanos: Constitución, tratados y ley de amnistía” en *Dignidad de la Persona*, Actas de la XXV Jornadas Chilenas de Derecho Público, Edeval, Valparaíso, tomo II, pp. 51-85.

_____ (2007): *El debido proceso en la Constitución y el sistema interamericano*, Librotecnia, Santiago.

_____ (2013): “Consideraciones jurídicas sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre Tratados Internacionales y derechos esenciales contenidos en Tratados Internacionales, después de la Reforma Constitucional de 2005” en *Estudios constitucionales*, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, volumen 11, n° 2, pp. 97-154. Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002013000200004&script=sci_arttext. Fecha última consulta: 10 de agosto de 2014.

Núñez Leiva, José Ignacio (2009): “Un análisis abstracto del Derecho penal del Enemigo a partir del Constitucionalismo Garantista y Dignatario” en *Política criminal*, vol. 4, n° 8, pp. 383-407. Disponible en <http://www.scielo.cl/pdf/politcrim/v4n8/art03.pdf>. Fecha última consulta: 20 de agosto de 2014.

Ortiz, Luis y Politoff, Sergio (2003): *Texto y comentario del Código penal chileno*, tomo I, Editorial jurídica de Chile, Santiago.

Peña, Silvia (1982): “Las raíces histórico-culturales del Derecho penal chileno” en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n° 7, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, pp.

289-314. Disponible en <http://www.rehj.cl/index.php/rehj/article/viewArticle/97>. Fecha de última consulta: 20 de agosto de 2014.

Peña Torres, Marisol (2003): “Los Tratados Internacionales en la jurisprudencia constitucional” en *Estudios Constitucionales*, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, n° 1, pp. 593-611. Disponible en http://www.cecococh.cl/docs/pdf/revista_ano1/revista_ano1_24.pdf. Fecha de última consulta: 20 de agosto de 2014.

Pfeffer Urquiaga, Emilio (2003): “Los Tratados Internacionales sobre derechos humanos y su ubicación en el orden normativo interno” en *Ius et Praxis*, volumen 9, n° 1, pp. 467-484. Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122003000100021&script=sci_abstract. Fecha última consulta: 20 de agosto de 2014.

Poblete Iturrate, Orlando (2010): “Reforma Procesal Penal: Notas sobre el nacimiento de la presunción de inocencia” en *A 10 años de la Reforma Procesal Penal: Los desafíos del nuevo sistema*, Ministerio de Justicia, Gobierno de Chile.

Politoff Lifschitz, Sergio (1997): *Derecho penal*, tomo I, 2ª edición actualizada, Conosur, Santiago.

Ribera Neumann, Teodoro (2007): “Los Tratados Internacionales y su control a posteriori por el Tribunal Constitucional” en *Estudios Constitucionales*, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, n° 1, pp. 89-118.

Rivacoba y Rivacoba, Manuel (1975): “El principio de culpabilidad en el Código penal chileno” en *Actas de las Jornadas Internacionales de Derecho Penal en celebración del Centenario del Código Penal chileno*, Edeval, Valparaíso, pp. 49-126.

_____ (1987): “Pensamiento penal y criminológico del Código Penal tipo para Iberoamérica” en *Doctrina penal*, año 10, n° 40, pp. 713-734.

_____ (1989): “Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en la teoría general del delito” en *Estudios de Derecho penal y Criminología: en homenaje al profesor Rodríguez Devesa*, volumen 2, UNED, pp. 183-210.

_____ (1991): *Evolución histórica del Derecho penal chileno*, Edeval, Valparaíso.

_____ (1999): “Introducción al estudio de los principios cardinales del Derecho penal”, en *Revista de Derecho penal y criminología*, UNED, Madrid, n° 4, pp. 735-751.

_____ (2002): “La retribución penal” en *Direito e Cidadania*, año IV, n° 14, Praia-Cabo Verde, pp. 9-42. Disponible en http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/rivacoba%20iv-14.pdf. Fecha última consulta: 20 de agosto de 2014.

Rodríguez Collao, Luis (2008): “Robo con violación” en *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXI, n° 1, pp. 75-99. Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502008000100004&script=sci_arttext. Fecha última consulta: 10 de agosto de 2014.

Rodríguez Manzanera, Luis (1981): *Criminología*, 2ª edición, Editorial Porrúa, México.

Roxin, Claus (1997): *Derecho penal. Parte general*, Tomo I, Civitas, Madrid (traducción de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal).

_____ (2000): *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires (traducción de la 25ª edición alemana de Gabriela E. Córdova y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. J. Maier).

Sainz Cantero, José Antonio (1970): *La ciencia del Derecho penal y su evolución*, Bosch, Barcelona.

Sanz-Díez, Marina (2013): “La reincidencia, habitualidad y profesionalidad en las últimas reformas penales. Especial referencia a la delincuencia patrimonial” en *Estudios penales y Criminológicos*, volumen XXXIII, pp. 97-148. Disponible en <http://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/view/1353/1665>. Fecha última consulta: 20 de agosto de 2014.

Sauer, Wilhelm (1956): *Derecho penal. Parte general*, Bosch, Barcelona (traducción de Juan del Rosal y José Cerezo).

Tavares, Juarez E. X. (2004): *Bien jurídico y función en el Derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires (traducción de Mónica Cuñarro).

Truccone Borgogno, Santiago (2013): “Feuerbach y la libertad: el objetivo del Derecho penal liberal” en *Revista General de Derecho Penal*, n° 19, pp. 1-21. Disponible en http://www.academia.edu/4971805/FEUERBACH_Y_LA_LIBERTAD_EL_OBJETIVO_DEL_DERECHO_PENAL_LIBERAL. Fecha última consulta: 20 de agosto de 2014.

Vaello Esquerdo, Esperanza (2011): “Aspectos problemáticos de la reincidencia” en *Homenaje al dr. Marino Barbero Santos: “in memoriam”*, coord. por Luis Alberto Arroyo Zapatero e Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, pp. 1359-1374. Disponible en <http://aidpespana.uclm.es/pdf/barbero1/69.pdf>. Fecha última consulta: 20 de agosto de 2014.

Van Weelzel, Alex (2008): “Lesiones y Violencia Intrafamiliar” en *Revista Chilena de Derecho*, volumen 35, n° 2, Pontificia Universidad Católica de Chile, pp. 223-259. Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372008000200002&script=sci_arttext. Fecha última consulta: 20 de agosto de 2014.

Vera, Robustiano (1883): *El Código penal de la República de Chile. Comentado por Robustiano Vera*, Imprenta P. de Cadot i Ca., Santiago de Chile.

Villegas, Myrna (2012): “El delito de maltrato habitual en la Ley N° 20.066 a la luz del derecho comparado” en *Política criminal*, vol. 7, N° 14, pp. 276-317. Disponible en http://www.politicacriminal.cl/Vol_07/n_14/Vol7N14A2.pdf. Fecha última consulta: 20 de agosto de 2014.

von Liszt, Franz (1994): *La idea de fin en el Derecho penal*, Universidad Nacional Autónoma de México – Universidad de Valparaíso de Chile, México (traducción de Enrique Aimone Gibson, revisión técnica y prólogo por Manuel de Rivacoba y Rivacoba).

Welzel, Hans (1970): *Derecho penal alemán: parte general*, 11ª edición, Editorial jurídica de Chile, Santiago (traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez).

Wolf, Erik (2008): “Sobre la esencia del autor”, en la *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, n° 10, pp. 1-19 (traducción y nota preliminar de Dr. José Luis Guzmán Dalbora). Disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc/10/recpc10-r4.pdf>. Fecha última consulta: 20 de agosto de 2014.

Yáñez Román, Pedro (1970): “Consideraciones en torno a la “imputabilidad disminuida” con especial referencia a los psicópatas. Su tratamiento y los denominados “establecimientos de terapéutica social”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 23, n° 2, pp. 301-394.

Zaffaroni, Raúl; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro (2007): *Manual de Derecho penal. Parte general*, 2ª edición, Ediar, Buenos Aires.

Zugaldía Espinar, José Miguel (1989): “Sobre la constitucionalidad de la agravante de reincidencia” en *Poder Judicial*, n° 13, pp. 85-92.