

# **UNIVERSIDAD DE CONCEPCION**

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
**DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL**



## **NOCIONES FUNDAMENTALES DE DERECHO PENAL**

**Prof.: Juana Sanhueza Romero**

Prof.: Rubén Cruces Pereira

Prof.: Rodrigo González-Fuente Rubilar

**AÑO ACADÉMICO 2007**

**( ACTUALIZADO EN SUS CITAS LEGALES AL AÑO 2015)**

## **Introducción**

El presente trabajo tiene como objetivo satisfacer la necesidad de que los alumnos cuenten con un texto guía para comenzar sus primeros pasos en el estudio del Derecho Penal. Con esa misión, se ha intentado compatibilizar la experiencia práctica y las observaciones que los propios alumnos han formulado durante los últimos años en la dictación de esta Cátedra en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción.

Las materias analizadas corresponden a la primera parte de la asignatura de Derecho Penal I, consideradas importantes y esenciales previo ingreso al análisis de la denominada Teoría General del Delito.

No obstante que el presente texto se ha dividido en diversos temas, éste no constituye una sumatoria de ensayos, sino por el contrario, una unidad, fruto del trabajo en conjunto de los docentes autores que en cada sección se indican.

Es necesario, además, destacar que los docentes Rubén Cruces y Rodrigo González-Fuente han iniciado sus actividades académicas tan sólo hace algunos meses, siendo éste el primer trabajo del cual son coautores junto a la Profesora Juana Sanhueza Romero.

Dejamos constancia que su contenido en caso alguno pretende ser un estudio acabado de los diversos temas, sino que, como ya se indicó anteriormente, se trata de un texto a partir del cual los alumnos comenzarán a comprender aquella área del Derecho que constituye el último instrumento con el que cuenta la sociedad para reestablecer el orden quebrantado, es decir, el Derecho Penal.

## **CAPITULO I**

### **FUNDAMENTOS GENERALES DE DERECHO PENAL**

#### **1.- Generalidades**

Para que una sociedad pueda sobrevivir como tal es indispensable que existan normas que la regulen, por lo cual surge el Derecho que, indiciariamente, se puede conceptuar como el conjunto de reglas que regulan la convivencia humana encauzándola por una vía pacífica.

La vida en sociedad, sobre todo en los tiempos actuales, puede originar conflictos entre sus integrantes, quienes buscando satisfacer sus necesidades pueden lesionar o poner en peligro los derechos de otros ciudadanos, tales como la vida, la libertad, la propiedad, etc. El Estado se encarga por ello de proteger estos derechos de diversas formas:

- a) Reconociéndolos y consagrándolos.
- b) Regulando su ejercicio.
- c) Imponiendo sanciones a su transgresión.

Respecto de lo señalado en la letra c), es necesario aclarar que no toda transgresión es sancionada por el Derecho Penal, puesto que éste es una parte del ordenamiento jurídico que interviene sólo cuando las restantes sanciones establecidas por las otras ramas del Derecho son insuficientes para restablecer el derecho quebrantado, lo que ocurrirá en los casos en que se lesione o ponga en peligro un derecho valioso para la convivencia pacífica de la sociedad y el ataque,

de que es objeto, revista gravedad. Por esta razón se sostiene que el Derecho Penal es de última ratio.

El Derecho Penal asegura el respeto al ordenamiento jurídico por medio de la coacción estatal, valiéndose para ello del más poderoso de los instrumentos de que dispone el Estado, la pena pública.

Se puede advertir, de lo ya antes dicho, que el Derecho Penal cumple una misión de gran trascendencia, una función muy delicada que no puede ser utilizada indiscriminadamente, puesto que si así fuera, podría llegar a transformar al Estado en el más temible de los delincuentes.

El punto de partida de la necesidad de la pena se encuentra en que la conducta que se sanciona sea lesiva para bienes jurídicos, es decir, que dañen o al menos pongan en peligro un bien jurídico considerado valioso para la convivencia pacífica de la sociedad (principio de lesividad), debiendo esa amenaza penal ser proporcionada a la conducta ejecutada por el sujeto (principio de proporcionalidad).

Así, el Derecho Penal debe contribuir a superar el caos en la comunidad y a contener la arbitrariedad de los hombres, limitando, e incluso suprimiendo, derechos importantes para los ciudadanos, como por ejemplo, la libertad, la propiedad, etc. Sin embargo, estas limitaciones pueden imponerse únicamente cuando resulten estrictamente necesarias para la protección de la sociedad.

## **2.- Función del Derecho Penal**

Sobre este punto, el autor alemán Hans Heinrich JESCHECK señala que “la misión del Derecho Penal es proteger la

convivencia humana en la comunidad”<sup>1</sup>, y agrega que “el Derecho Penal únicamente puede imponer limitaciones cuando ello resulte indispensable para la protección de la sociedad”.<sup>2</sup>

Básicamente, los autores dividen la función del Derecho Penal en dos aspectos, los cuales deben ser conciliados, es decir, considerados como una unidad. Éstos son:

- a) Función Represiva.
- b) Función Preventiva.

### **2.1.- Función represiva**

A través de esta función, el Derecho Penal protege la sociedad, castigando las infracciones ya cometidas. Este castigo se lleva a cabo por medio de la imposición de la pena, la cual debe ser proporcional a la infracción cometida.

Al imponer la pena se señala a los miembros de la sociedad las pautas jurídicas para su comportamiento, persiguiendo a través de ello un efecto preventivo general, denominado “prevención general”.

Esta prevención general se logra estableciendo preceptos penales claros, posibles de ser comprendidos por todos los miembros de la comunidad, con una pena proporcionada a la gravedad del hecho y basada en la culpabilidad, de tal manera que los ciudadanos sepan que si ejecutan la conducta prohibida, serán sancionados, y por ende, frente a la amenaza, se abstengan de lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido. Además, la prevención general se logra a

---

<sup>1</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Parte General, traducción de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Editorial Bosch, Barcelona, España. 1981. Pág. 3.

<sup>2</sup> Ibídem. Pág. 5.

través de la aplicación de una pena adecuada por medio de una sentencia judicial, la que “pone de manifiesto de forma inequívoca, tanto frente al autor como frente a la colectividad que, si bien a veces tarde, el Derecho consigue imponerse y puede contarse con que lo hará también en el futuro”<sup>3</sup>.

## **2.2.- Función preventiva**

A través de esta función el Derecho Penal pretende que los hombres no cometan en el futuro infracciones.

La pena que se imponga a quien ya delinquirió debe tender a su resocialización, de manera que esa persona no vuelva a cometer un nuevo delito, por propio convencimiento. Este efecto de la pena, que más adelante se estudiará en detalle, es el de la prevención especial. Sin embargo, adelantando algunos tópicos relativos a este tipo de prevención, podríamos citar a JESCHECK<sup>4</sup>, quien señala que el Derecho Penal moderno, a través de su función preventiva especial, debe preocuparse de los delincuentes precoces (principalmente menores de edad), de los delincuentes reincidentes y de los delincuentes que poseen defectos psíquicos.

En ocasiones, y cada vez con más frecuencia, el Derecho Penal, para proteger a la sociedad, debe recurrir a otros medios, distintos de la pena, y ello porque existen casos de sujetos que no tienen capacidad para autodeterminarse conforme a las reglas imperantes, lo que sucede, por ejemplo, con los enfermos mentales, casos de criminalidad precoz, etc. En tales situaciones, no es posible aplicar una pena, puesto que no puede castigarse a quien no tiene

---

<sup>3</sup> Ibídem. Pág. 6.

<sup>4</sup> Ibídem. Pág. 7.

capacidad para conocer lo injusto del actuar y autodeterminarse conforme a ello, debiendo la sociedad en estas circunstancias protegerse a través de las llamadas medidas de seguridad y corrección. Un ejemplo de ellas lo constituye la internación en establecimientos especiales.

### **3.- Bien - bien jurídico - bien jurídico vital**

Ya sabemos que el Derecho Penal es de última ratio, es decir, sólo debe intervenir cuando las restantes sanciones contempladas en el ordenamiento jurídico sean insuficientes para restablecer el derecho quebrantado. En otros términos, el Derecho Penal debe limitarse a la protección de los valores fundamentales sobre los cuales descansa la convivencia humana, valores que están constituidos por los bienes jurídicos de carácter vital. Para arribar al concepto de bien jurídico vital es indispensable tener en cuenta los siguientes aspectos:

a) Por bien debe entenderse “todo aquello que puede satisfacer una necesidad del hombre, sea éste material o ideal, individual o social”<sup>5</sup>.

b) Por su parte, algunos de estos bienes adquieren un sentido social importante por la utilidad que ellos prestan al hombre y, por esa razón, el Derecho les presta su protección, transformándolos en bien jurídico.

Los bienes jurídicos son, en definitiva, valores que emanan del ordenamiento jurídico impuesto por el Derecho.

Así, BINDING señalaba: “En general todo aquello que es importante para el orden jurídico y cuyo pacífico mantenimiento es asegurado mediante normas jurídicas, aun cuando no constituya un derecho, siempre que se considere valioso para la vida sana de la comunidad jurídica, constituye un bien jurídico”<sup>6</sup>. Ejemplos de bienes jurídicos son la vida, la libertad, la propiedad, etc.

La ley no nos señala detalladamente cuales son los bienes jurídicos que protege o va a proteger, sino que ello se realiza a través de una labor interpretativa.

No es el orden jurídico el que crea el interés, sino la convivencia humana, pero aquél le otorga la categoría de bien jurídico.

Ahora bien, cada vez que el legislador quiera sancionar con una pena una determinada conducta, debe en primer lugar tener en cuenta qué es lo que pretende proteger y luego señalar expresamente qué conductas son las que serán sancionadas penalmente, porque no toda conducta que lesione o ponga en peligro un bien jurídico debe ser sancionada con una pena. Sólo debe aplicarse la sanción penal cuando se trate de un bien jurídico vital, para lo cual, la conducta atentatoria debe ser de tal magnitud, de manera que no existe otra forma de restablecer el derecho, sino recurriendo a la sanción penal y, ello, porque ésta es el castigo más grave que contempla el ordenamiento jurídico, pues afecta los derechos fundamentales del ser humano.

---

<sup>5</sup> PETROCELLI, Biagio, citado por Etcheberry, Alfredo, Derecho Penal, parte general, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile. 1998. Pág. 26.

<sup>6</sup> Citado por NOVOA MONREAL, Eduardo, Curso de Derecho Penal Chileno, parte general, Editorial Jurídica de Chile. 1960. Pág. 14.



Así, por ejemplo, la propiedad es un bien jurídico, pero no toda conducta que atente contra ella será sancionada penalmente. De este modo, quien incumple un contrato, sin duda que lesiona el derecho de propiedad, pero ello no es castigado penalmente porque es suficiente con otras sanciones que contempla el ordenamiento jurídico, como pedir el cumplimiento del contrato o su resolución, en uno u otro caso con indemnización de perjuicios.

En cambio, quien se apropia de una cosa mueble ajena, sin la voluntad de su dueño, con ánimo de lucrarse, sí es sancionado penalmente, porque esta conducta es más grave que la anterior (hurto). Será más grave aún si lo hace con fuerza en las cosas o violencia o intimidación en las personas (robo). En estos casos, la propiedad es un bien jurídico, pero con apellido, esto es, un bien jurídico vital.

De acuerdo a lo anterior, tenemos tres conductas que lesionan el derecho de propiedad, pero sólo dos de ellas -por su gravedad- tienen sanción penal y la pena será distinta para cada una de ellas, precisamente porque una es más grave que la otra. De este modo, al hurto le corresponde una pena inferior a la del robo, y a su vez, al robo con fuerza se le asigna (por regla general) una sanción menor que al robo con violencia o intimidación en las personas.

#### **4.- Denominación de la asignatura**

Algunas discusiones doctrinarias se han suscitado en torno a la denominación de esta asignatura. Así, actualmente en Alemania se utiliza la expresión Strafrecht (Straf=pena; Recht=derecho), dejándose en desuso las voces Kriminalrecht, o la más antigua peinliches Recht. En Francia se utiliza indistintamente las

expresiones Droit Pénal o Droit Criminel. Lo mismo sucede en los países anglosajones, en los cuales se hace uso de las palabras Penal Law o Criminal Law. La utilización de la denominación Derecho Criminal ha sido usada por muchos autores italianos y franceses, queriendo con ello abarcar, además de las penas, las medidas de seguridad y corrección.

Otras denominaciones, que podríamos llamar curiosas, se han utilizado tanto por la doctrina como por el derecho comparado. Así, en Cuba se le denominó Derecho de Defensa Social, que es el nombre del Código Penal de ese país de 1938. Por su parte, el autor español, Pedro Dorado Montero, quiso llamarlo Derecho Protector de los Criminales. Otros lo llamaron Derecho de Castigar, Derecho Sancionador, etc.

En nuestro país, Alfredo ETCHEBERRY<sup>7</sup> señala que la denominación de la asignatura se trata sólo de un problema de énfasis. Así, si lo primordial es la pena, se hablará de Derecho Penal; en cambio si el énfasis recae sobre el crimen, se llamará Derecho Criminal. Sin embargo, en su obra este autor da a entender que el nombre Derecho Criminal le asienta mejor por una razón de tipo histórico.

Por su parte, Sergio POLITOFF señala que la voz Derecho Penal es la correcta, puesto que al poner la atención en la pena se indica que claramente sólo la ley del Estado, al declarar una conducta sometida a una pena, lo convierte en delito. En cambio el crimen “presupone el concepto de un hecho injusto y de una culpabilidad que preceden a la atribución de una pena por la ley positiva”<sup>8</sup>.

En todo caso, en nuestro país se encuentra ampliamente difundida la expresión Derecho Penal, término que se universalizó

---

<sup>7</sup> ETCHEBERRY, op. cit. Pág. 23.

gracias a la dictación del Código Penal francés de 1810.

### **5.- Definición de Derecho Penal**

La doctrina ha dado numerosas definiciones relativas a qué debe entenderse por Derecho Penal. A continuación veremos algunas de ellas, distinguiendo entre las definiciones de autores extranjeros y de autores nacionales.

Para Sebastián SOLER “el Derecho Penal es la parte del Derecho compuesta por el conjunto de normas dotadas de sanción retributiva”<sup>9</sup>.

Hans-Heinrich JESCHECK señala que el Derecho Penal “determina qué contravenciones del orden social constituyen delito, y señala la pena que ha de aplicarse como consecuencia jurídica del mismo. Prevé, asimismo, que el delito pueda ser presupuesto de medidas de mejora y seguridad y de otra naturaleza”<sup>10</sup>.

Por su parte Hans WELZEL nos indica que el Derecho Penal “es aquella parte del ordenamiento jurídico que determina las características de la acción delictuosa y le impone penas o medidas de seguridad”<sup>11</sup>.

En el ámbito nacional Alfredo ETCHEBERRY conceptúa al Derecho Penal como “aquella parte del ordenamiento jurídico que comprende las normas de acuerdo con las cuales el Estado prohíbe o

---

<sup>8</sup> POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, Derecho Penal, Tomo I, Editorial Jurídica Conosur. 1997. Pág. 4-5.

<sup>9</sup> SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino, 4° Edición, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, Argentina. 1978. Pág. 3.

<sup>10</sup> JESCHECK, op. cit. Pág. 15.

<sup>11</sup> WELZEL, Hans, Derecho Penal Alemán, traducido por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, 4° Edición, Editorial Jurídica de Chile. 1997. Pág. 11.

impone determinadas acciones y establece penas para la contravención de dichas ordenes”<sup>12</sup>.

Enrique CURY dice que “el Derecho Penal está constituido por el conjunto de normas que regulan la potestad punitiva del Estado, asociando a ciertos hechos, estrictamente determinados por la ley, como presupuesto, una pena o una medida de seguridad o corrección como consecuencia, con el objeto de asegurar el respeto, por los valores elementales sobre los que descansa la convivencia humana pacífica”<sup>13</sup>.

Para Mario GARRIDO MONTT el Derecho Penal “es una parte del sistema jurídico constituido por un conjunto de normas y principios que limitan el poder punitivo del Estado, describiendo que comportamientos son delitos, la pena que les corresponde y cuando se debe aplicar una medida de seguridad”<sup>14</sup>.

## **6.- Clasificación del Derecho Penal**

En doctrina se distingue entre:

**6.1.- Derecho Penal adjetivo o formal:** Es aquel que corresponde al estudio propio del Derecho Procesal Penal.

**6.2.- Derecho Penal sustantivo o material:** Es aquel que corresponde al objeto de nuestro estudio y a las definiciones, tanto de autores nacionales como extranjeros, señaladas precedentemente.

A su vez, dentro del Derecho Penal sustantivo, encontramos:

---

<sup>12</sup> ETCHEBERRY, op. cit. Pág. 21.

<sup>13</sup> CURY URZÚA, Enrique, Derecho Penal, parte general, 7° Edición, Ediciones Universidad Católica de Chile. 2005. Pág. 37.

<sup>14</sup> GARRIDO MONTT, Mario, Derecho Penal, parte general, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile. 1997. Pág. 13.

**6.2.1.- Derecho Penal objetivo o ius poenale:** es aquel que corresponde a la sistematización de las normas jurídico penales.

**6.2.2.- Derecho Penal subjetivo o ius puniendi:** es la facultad que tiene el Estado para declarar punibles determinados hechos a los que se imponen penas o medidas de seguridad o corrección. A través de esa potestad crea el Derecho Penal objetivo.

El ius puniendi es expresión del poder único y excluyente del Estado para ejercer la violencia en forma legítima.

En palabras de GARRIDO MONTT “el Derecho Penal ofrece dos fases según sea el ángulo desde donde se observe. Desde el del estado, como poder creador y como titular de la facultad de sancionar (ius puniendi), o desde el del individuo particular, para quien se presenta como un conjunto normativo que le impone una serie de limitaciones (ius poenale)”<sup>15</sup>.

## **7.- Límites al ius puniendi**

La potestad punitiva del Estado no puede ser absoluta, sino que debe tener límites, tanto de carácter formal como materiales.

**7.1.- Límite Formal:** El principal límite formal es el principio de Reserva o Legalidad, que es la piedra angular sobre el cual está construido todo el Derecho Penal moderno.

### **7.1.1.- Principio de legalidad**

---

<sup>15</sup> Ibídem. Pág. 24.

Estamos frente a uno de los límites de mayor importancia al *ius puniendi*, otorgándosele rango constitucional en los ordenamientos jurídicos modernos. Así, en nuestro país, la Constitución Política de la República lo consagra en el artículo 19 n° 3 incisos 8 y 9

De acuerdo a los autores ROXIN, ARZT Y TIEDEMANN<sup>16</sup> de este principio se pueden extraer las siguientes prohibiciones:

- a) La aplicación de una norma penal retroactivamente, salvo que la nueva ley sea más favorable.
- b) El uso de la analogía.
- c) El uso de una fuente distinta a la ley.
- d) El uso de leyes indeterminadas, esto es, vagas o imprecisas.

Este principio se analizará detalladamente más adelante.

**7.2.- Límites Materiales:** son aquellos relacionados directamente con sus bases de sustentación o legitimación. Al respecto pueden citarse los siguientes principios:

- a) Intervención penal como medio de protección.
- b) Subsidiariedad o de Última Ratio.
- c) Protección de bienes jurídicos.
- d) Culpabilidad.
- e) Proporcionalidad.

---

<sup>16</sup> ROXIN, ARZT, TIEDEMANN, Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal, traducción de Luis Arroyo Zapatero y Juan Luis Gómez Colomer, Editorial Ariel S.A., Barcelona, España. 1989. Pág. 34-35.

- f) Humanidad.
- g) Resocialización.

### **7.2.1.- Principio de la intervención penal como medio de protección**

Principio planteado por Césare BECCARIA. Implica que la intervención penal sólo se justifica cuando resulte necesaria para mantener su organización política dentro de una concepción democrática propia de un Estado de Derecho. Lo que excede a ello, es propio del autoritarismo. Así, si “una determinada reacción penal es inútil para cumplir su objetivo protector, debe desaparecer, aunque sea para dejar lugar a otra reacción penal más leve”<sup>17</sup>. Como señalaba BECCARIA “con frecuencia más importante que la gravedad del castigo es la seguridad de que se impondrá alguna pena”<sup>18</sup>.

Una consecuencia importante de este principio es que el Derecho Penal sea de última ratio, fragmentario y de mínima intervención.

### **7.2.2.- Principio de la subsidiariedad o última ratio**

El principio de la subsidiariedad no es más que una exigencia de economía que exige buscar el mayor bien social al menor costo, imponiendo así la obligación de utilizar el Derecho Penal como medio de defensa sólo cuando los otros medios o controles, consagrados en el ordenamiento jurídico, resulten estériles.

---

<sup>17</sup> MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal, parte general, 4º Edición, Editorial Tecfoto S.L.: Barcelona, España. 1996. Pág. 88.

Junto a este principio encontramos el carácter de fragmentario del Derecho Penal. Así, esta rama jurídica es secundaria o subsidiaria “en cuanto son las otras áreas del sistema normativo las que determinan lo antijurídico, y además fragmentario, porque castiga como delito sólo parte de aquello que se califica de antijurídico (o ilícito)”<sup>19</sup>.

### **7.2.3.- Principio de protección de bienes jurídicos**

Este principio se basa en la fórmula latina *nullum crimen sine injuria*. Es necesario para tipificar una conducta como delito y sancionarla con una pena que exista un bien jurídico objeto de protección. No basta con señalar que aplicar una pena resulta necesario en algunos casos, sino que debe precisarse que es lo protegido, por cuanto el Derecho Penal sólo debe ser utilizado para cautelar bienes jurídicos considerados vitales y cuando han sido dañados o puestos en peligro por la conducta de un sujeto y no por su pensamiento ni una determinada condición. Por bien jurídico debemos entender “aquellos intereses socialmente relevantes a los que el Estado acuerda tutela penal, esto es, la más intensa y drástica forma de protección”<sup>20</sup>.

### **7.2.4.- Principio de la culpabilidad**

Este principio ya se encontraba esbozado en la ley romana de las doce tablas (450 a.c.), en el sentido que no existe pena sin culpabilidad. A través de este principio no se trata sólo de castigar la conducta del hombre, en cuanto lesione o ponga en peligro un bien

---

<sup>18</sup> BECCARIA, Cesare, citado por Mir Puig, Santiago, op. cit. Pág. 89.

<sup>19</sup> ROXIN-ARZT-TIEDEMANN, citado por Garrido Montt, Mario, op. cit. Pág. 42.



jurídico produciendo un resultado típico, sino que es necesario además, que la conducta le sea reprochable, es decir, el sujeto debe ser capaz de “comprender la actividad que realiza y de determinarse conforme a esa comprensión”<sup>21</sup>.

Del principio de culpabilidad podemos decir que:

- a) Nadie debe responder por hecho ajeno.
- b) Sólo se castiga en virtud del hecho cometido y no de las características personales del individuo.

#### **7.2.5.- Principio de la proporcionalidad**

“La proporcionalidad se refiere a la reacción del Estado frente al delincuente y a su hecho, y ofrece interés tanto para determinar la naturaleza de la reacción como su forma”<sup>22</sup>.

Este principio es determinante de la pena y, como tal, actúa en dos etapas:

- a) En la etapa de formación de la ley, momento en el cual se fija el marco punitivo que se le asignará a una conducta típica.
- b) En la aplicación de la ley por el juez, debiendo éste aplicar una pena justa, proporcional a la conducta del sujeto y al reproche que se le formule.

#### **7.2.6.- Principio de la humanidad**

Entendiendo que la pena es la forma más violenta de reacción que el Estado tiene frente a los atentados graves que afectan

---

<sup>20</sup> POLITOFF, op. cit. Pág. 24.

<sup>21</sup> GARRIDO op. cit. Pág. 47.

a la sociedad, es del todo necesario que, con el objeto de evitar abusos, se reconozcan límites al ius puniendi que permitan humanizar las probables consecuencias que la aplicación de la pena pueda producir en el delincuente. En definitiva, la dignidad del ser humano ha de ser un límite frente a la reacción del Estado, dignidad que poseen todas las personas, incluidos quienes han cometido actos delictivos.

Fruto del reconocimiento de este principio, las legislaciones modernas han eliminado por ejemplo, la pena de muerte y las penas infamantes. Hoy en día, el principio de la Humanidad, como señala JESCHECK “se ha convertido en el principio rector del cumplimiento de la pena privativa de libertad”<sup>23</sup>, pues es este tipo de penas el que impera en la mayoría de las legislaciones, y por ende, en el cumplimiento de tales penas se debe poner el máximo de atención a fin de evitar abusos que atenten contra la dignidad humana.

### **7.2.7.- Principio de la resocialización**

A través de este principio se busca conseguir que el condenado, una vez que recupere su libertad, logre participar en la actividad social de igual modo que el resto de la población. Para esto se debe adoptar las medidas necesarias que apunten a dos aspectos:

a) Evitar que el condenado vuelva a cometer un nuevo delito (prevención especial), para lo cual se debe reeducar al delincuente a fin de que se aparte del camino de la reincidencia.

b) Lograr la integración del delincuente, para lo cual es necesario evitar que éste se desconecte de su núcleo más cercano, esto es, su familia y amigos. Así, GARRIDO señala que “en ese ámbito

---

<sup>22</sup> *Ibidem*. Pág. 49.

<sup>23</sup> JESCHECK, *op. cit.* Pág 35.

ha de entenderse el concepto de resocialización, como forma de integrar a su medio al condenado, o sea, en sentido positivo, sin interrumpir su particular manera de participar en la comunidad<sup>24</sup>.

Es necesario dejar en claro que las medidas que se adopten para lograr la reeducación del delincuente no deben ser adoptadas contra su voluntad, toda vez que, el imponer una determinada conducta a quien ya ha sido condenado, contra su voluntad, podría considerarse como un agravamiento de la pena impuesta, toda vez que se está coartando la libertad de autodeterminación.

### **8.- Características del Derecho Penal**

Como características del Derecho Penal podemos mencionar las siguientes:

- a) Derecho público, cumple una función pública.
- b) Regulador externo de las conductas humanas.
- c) Valorativo.
- d) Finalista.
- e) Normativo.
- f) De última ratio, (sistema discontinuo de ilicitudes).
- g) Sancionatorio.
- h) Personalísimo.
- i) Derecho Penal de actos y no de autor.

---

<sup>24</sup> GARRIDO, op. cit. Pág. 51.

### **8.1.- Derecho público, cumple una función pública**

Esta característica se puede apreciar en los siguientes aspectos:

a) La función de determinar las conductas delictivas y las penas que les son aplicables corresponde de manera exclusiva al legislador, es decir al poder público.

b) Por otra parte, la función de aplicar las penas y de hacer efectiva su ejecución, pertenece en forma privativa a los órganos del poder público (Tribunales, Instituciones Penitenciarias, etc.).

A los particulares les está vedada la posibilidad de imponer penas o aplicar justicia por sí mismos.

Esta característica no ha sido siempre reconocida por el Derecho Penal. Se sabe que en el Derecho Germánico existía la posibilidad de que las propias familias tomaran venganza en caso de homicidio de alguno de los suyos contra el infractor, a través de la figura llamada Blutrache (venganza de la sangre). En el caso de Roma, el poder que ejercía el Paterfamilia era totalmente amplio y arbitrario, careciendo de límites. Sólo con la llegada de la Época Moderna se logra afianzar esta característica en los términos en que la conocemos actualmente.

El Derecho Penal pertenece al llamado Derecho Público Interno. Sin embargo, en la actualidad se ha abierto el Derecho Penal al ámbito externo, creándose al efecto una jurisdicción internacional, cuyo objetivo primordial es castigar delitos contra la humanidad, como por ejemplo: Tribunal de la Haya.

## 8.2.- Regulador externo de las conductas humanas

Esto significa que el Derecho Penal sólo sanciona las actuaciones o movimientos corporales que se expresen en el mundo externo, por cuanto el pensamiento del hombre no delinque. Esta característica se expresa bajo la fórmula latina acuñada por el jurista Ulpiano y consignada en el Digesto cogitationis poenam nemo patitur (Nadie será castigado por su pensamiento).

Ésta es una característica propia de un Derecho Penal liberal, no respetada por las legislaciones penales totalitarias que tienden a sancionar el pensamiento político, como por ejemplo: Códigos Penales de la Unión Soviética, Leyes penales dictadas durante el régimen de Franco, etc. En Chile fue muy discutida la ley de defensa permanente de la democracia, derogada durante el año 1958. También se ha cuestionado la Ley de Seguridad del Estado N° 12.927.

NOVOA señala que “las normas jurídicas están destinadas a reglar la actividad de los hombres en cuanto trascienda al exterior de ellos”<sup>25</sup>. Por su parte, CURY dice que “para cualquier totalitarismo es fácil describir como tipo de autor el modo de vivir, y aun de pensar de sus adversarios”<sup>26</sup>.

Sin embargo, se debe tener presente que una vez exteriorizada la conducta, el contenido de la voluntad del sujeto resulta trascendente para el Derecho Penal.

---

<sup>25</sup> NOVOA, op. cit. Pág. 26.

<sup>26</sup> CURY, op. cit. Pág. 93.

### **8.3.- El Derecho Penal es valorativo**

El Derecho Penal tiene esta característica porque valora las conductas humanas en relación con el ordenamiento jurídico y, así determina y pondera la conformidad o disconformidad de ella con dicho orden, es decir, si ellas constituyen o no ese antijurídico.

Este juicio de valor se realiza en dos momentos:

a) Cuando se crea la ley penal, es decir, cuando se realiza la labor de tipificación, puesto que no se debe incriminar conductas que atenten contra intereses insignificantes. El determinar por el legislador que conductas merecen ser sancionadas penalmente implica un juicio de valor.

b) Cuando el juez aplica la ley penal.

### **8.4.- El Derecho Penal es finalista**

El Derecho Penal tiene como objetivo establecer el respeto de los bienes jurídicos considerados vitales para la convivencia pacífica de la sociedad. Así mismo, encauza las conductas humanas para el desarrollo de aquella.

Más específicamente podemos decir que el Derecho Penal tiene por finalidad eliminar de la vida colectiva ciertos hechos antijurídicos, de tan alta gravedad, que importan una categórica perturbación o violación del ordenamiento jurídico.

Podemos agregar que el Derecho, en general, tiene como finalidad la de regular la conducta humana, para que cada cual cuente libremente con las condiciones más favorables para su desarrollo en la

sociedad. Sin embargo, hay autores como KELSEN, que niegan toda característica finalista en el Derecho, y por ende, también la excluyen del Derecho Penal, indicando que el finalismo es propio de la Política o de la Sociología, pero que no tiene relación alguna con el Derecho<sup>27</sup>.

### **8.5.- El Derecho Penal es normativo**

El carácter de normativo se debe a que esta disciplina se expresa a través de normas jurídicas que mandan o prohíben.

Aquí se da una situación especial, la cual es aclarada por BINDING. Contrariamente a lo que usualmente se cree, el delincuente no quebranta la ley penal, sino que procede en conformidad a la conducta descrita en ella, es decir, cumple la ley penal. Lo que realmente quebranta o viola el delincuente es la norma, que está antes y por encima del precepto y que se expresa como un imperativo jurídico. Así por ejemplo, al decir el artículo 391 del Código Penal “el que mate a otro” [...] en realidad lo que hace es castigar a quien viola la norma que indica no matar.

Es un Derecho de última ratio (sistema discontinuo de ilicitudes).

El Derecho Penal no cubre todo el ámbito de lo ilícito, sino que el legislador penal selecciona de entre los quebrantamientos de las normas establecidas por otras ramas del Derecho aquellas que son portadoras de un ataque a bienes jurídicos vitales, y los erige en delitos asignándoles una pena.

Es importante tener en cuenta que no existe una ilicitud penal propiamente tal, distinta de la ilicitud civil. Lo ilícito es un

---

<sup>27</sup> NOVOA, op. cit. Pág. 28.

concepto unitario en todo lo ancho del ordenamiento jurídico, aun cuando sus consecuencias sean diferentes. Lo que ocurre es que el Derecho Penal, toma, recoge algunos de estos actos ilícitos, a los cuales, por ser atentatorios a bienes jurídicos vitales, les aplica una sanción penal.

NOVOA<sup>28</sup> sostiene que esta característica se puede asemejar a un archipiélago, en el cual no todos los accidentes geográficos de la plataforma marina sobrepasan el nivel del mar. Cuando no sobresale el nivel del mar, el legislador estima innecesario una sanción penal, (porque es de última ratio). Sin embargo, cuando sobrepasa ese límite, es decir, el nivel del mar, tenemos una isla y esa isla es un delito. Las islas tendrán mayor o menor altura, así también los delitos serán de mayor o menor gravedad. Ejemplos: Homicidio, lesiones, hurto, etc. Además, no hay continuidad entre las figuras delictivas, porque son autónomas.

Se habla de sistema porque si bien no hay relación de continuidad entre ellas, existen principios que les son comunes, como por ejemplo: normas relativas a la participación criminal, iter criminis, etc.

### **8.6.- Derecho sancionatorio**

La función del Derecho Penal es proteger o amparar aquellos bienes jurídicos de mayor jerarquía y significación social (bienes jurídicos vitales).

Estos bienes jurídicos vitales emanan de otras ramas del Derecho, tales como el Derecho Constitucional, Civil, Administrativo,

---

<sup>28</sup> Ibídem. Pág. 28.



etc. Esas ramas del Derecho que reconocen o establecen esos bienes jurídicos que protege el Derecho Penal, se denominan Constitutivas.

El Derecho Penal, una vez dadas las normas por los Derechos Constitutivos, se circunscribe a dar el respaldo de su eficaz sanción, para procurar el respeto de aquellos.

Esta sanción se determina en forma proporcional, según la importancia del bien jurídico transgredido y la gravedad del ataque.

La circunstancia de que el Derecho Penal no sea constitutivo, no debe entenderse en el sentido que él cumpla una función de segunda categoría en relación con las restantes ramas del Derecho, por el contrario, su tarea es de una jerarquía sobresaliente, puesto que a él le están confiados la preservación y el respeto de los valores sobre los que descansa toda la convivencia humana.

“El Derecho Penal es autónomo en la determinación de los hechos punibles sometidos a sus sanciones” [...] [...] “es soberano en la acuñación de los tipos”.<sup>29</sup>

### **8.7.- Derecho personalísimo**

Esta es la característica que más diferencia al Derecho Penal de otras ramas del Derecho.

El que ha cometido un delito responde personalmente de las consecuencias penales de su conducta. La sanción sólo debe recaer sobre él, y no puede afectar a terceros, cualquiera sea su vinculación con quien delinquiró.

Consecuencia de esta característica es que:

---

<sup>29</sup> Ibidem. Pág. 30.

a) La pena sólo puede cumplirse por quien personalmente delinquirió, es decir, no pasa a otras personas.

b) No puede el delincuente obtener que otra persona cumpla por él la pena impuesta. El Derecho Penal no admite representación.

c) Con la muerte del delincuente, se extingue la responsabilidad penal. (Art. 93 n°1 Código Penal).

d) La acción penal sea pública o privada, no puede dirigirse sino contra los personalmente responsables del delito o cuasidelito. (Art. 58 inc. 1° Código Procesal Penal).

e) La responsabilidad penal sólo puede hacerse efectiva en las personas naturales. Por las personas jurídicas responden los que hayan intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que las afectare. (Art. 58 inc. 2° Código Procesal Penal). (Materia modificada por ley 20.393 que establece que dicha disposición no es aplicable en los casos que en ella indica.)

### **8.8.- Derecho Penal de actos y no de autor**

Que sea un Derecho Penal de actos, significa que la ley penal castiga la perpetración de una acción ilícita y culpable, cualquiera sea la personalidad de su autor, sin perjuicio de tomarla en cuenta para determinados aspectos, como por ejemplo, para la aplicación de la pena, para determinar la concurrencia de algunas circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, etc.

En una posición opuesta, se habla de Derecho Penal de autor, en los casos en que se castiga a un sujeto únicamente por reunir determinadas características personales que la propia ley describe y

frente a las cuales se les conecta una pena. En otros términos, se le aplica una sanción al individuo porque su personalidad se encuadra en uno de esos tipos de autor, aunque no haya ejecutado una conducta ilícita y culpable. Se sanciona a las malas personas, pues respecto de ellos existe una especie de presunción de peligrosidad. Así por ejemplo: personas con vicios, malas costumbres, etc.

En nuestro país, apreciado el ordenamiento jurídico penal en forma conjunta, se puede concluir que nuestro Derecho Penal es de actos, aun cuando para algunos aspectos se tome en cuenta la personalidad del sujeto, como por ejemplo: eximente del artículo 10 nº1, edad en el nº2; agravante del artículo 12 nº16; atenuante del artículo 11 nº6, todas disposiciones del Código Penal.

Existieron algunos atentados a este principio en nuestro país con los delitos de vagancia y mendicidad de los artículos 305 y 306 del Código Penal. Estas disposiciones se encuentran actualmente derogadas.

## **9.- Elementos del Derecho Penal**

Se puede decir que los elementos del Derecho Penal son tres:

- a) Delito.
- b) Delincuente.
- c) Medidas o tratamientos aplicables.

Analicemos ahora cada uno de ellos.

### **9.1.- Delito**

De acuerdo a la definición legal establecida en el artículo 1º inciso 1º del Código Penal, delito es “*toda acción u omisión voluntaria penada por la ley*”. Esta definición ha sido objeto de variadas críticas, principalmente porque no contiene todos los elementos que conforman el delito y, además, porque hace referencia a la pena, no siendo ésta un elemento del delito, sino una consecuencia de aquel.

Es por ello que en doctrina prefiere definirse al delito como toda conducta típica, antijurídica y culpable. Se trata de una definición de tipo descriptiva, la cual comprende todos los elementos que integran el delito.

## **9.2.- Delincuente**

Delincuente es el individuo que ejecuta una conducta considerada por la ley como delito y por lo mismo, quien será objeto de la sanción penal.

Quedan comprendidos no sólo quienes directa e inmediatamente realizan la conducta delictiva, sino que también, quienes colaboran a ella o determinan su ejecución. Así, el título II del Libro Primero del Código Penal habla de las Personas Responsables de los Delitos, que de acuerdo a su artículo 14 son:

- a) Los autores.
- b) Los cómplices.
- c) Los encubridores.

Un estudio más profundo sobre el tema y las críticas que se pueden formular a este título del Código Penal se analizarán a propósito de la autoría y la participación criminal.

Es necesario agregar que “solamente pueden ser tenidos por delincuentes aquellos individuos que hayan alcanzado un grado de desarrollo psíquico que les permita comprender la naturaleza y el alcance de sus actos y determinarse con esa comprensión y los que no padezcan de una alteración en su psiquismo que los prive de esas posibilidades de comprensión y determinación”<sup>30</sup>.

Finalmente, es importante tener en cuenta que el Derecho Penal no estudia la persona del delincuente, las razones por las cuales éste delinque, ya que tal estudio es abordado por la Criminología.

### **9.3.- Penas y medidas de seguridad y corrección**

Actualmente el Derecho Penal, para cumplir su función, se vale de dos instrumentos: las penas y las medidas de seguridad o corrección. Por tal razón se sostiene que es de doble vía. Sin embargo, como se podrá constatar al analizar estas materias, las penas continúan siendo el recurso más importante con que cuenta el ordenamiento jurídico penal para asegurar la convivencia pacífica de la sociedad.

Sin perjuicio de la referencia que en la cátedra pueda realizarse a las medidas de seguridad y corrección que el legislador ha consagrado para casos particulares, ellas no serán objeto de un estudio conjunto en este apunte, pues su examen se realizará al tratar las materias respecto de las cuales han sido contempladas. Sólo dedicaremos algunas líneas para una mayor diferenciación con la pena.

En efecto, para evitar la comisión de delitos no basta con la vía represiva, sino que resulta indispensable la adopción de medidas

---

<sup>30</sup> NOVOA, op. cit. Pág. 22.

tendientes a prevenir la comisión de delitos, eliminando los factores que favorecen la delincuencia, preocupándose de los sujetos que puedan llegar a cometer actos delictivos o que tengan tendencia a ejecutarlos.

Por otro lado, existen sujetos que por ser inimputables no pueden ser objetos de sanción penal, tales como los menores y los enfermos mentales, aun cuando ellos puedan ejecutar conductas típicas y antijurídicas lesionando bienes jurídicos de gran envergadura. En tales casos se requiere de medidas de aseguramiento que impidan la realización de actos dañosos.

Tomando en consideración lo antes expuesto, se puede señalar que las medidas de seguridad y corrección, son instrumentos preventivos, dispuestos por la ley, que tienen por objeto impedir que ciertos sujetos cometan en el futuro hechos delictuosos, o bien, evitar que algunos inimputables tengan comportamientos antijurídicos.

### **9.3.1.- Concepto de pena**

Pena es la privación o disminución de determinados bienes jurídicos, prevista en la ley, que se impone por los órganos jurisdiccionales competentes a quien ha cometido culpablemente un injusto de aquéllos que la ley amenaza expresamente con ella.

Este concepto no incluye un pronunciamiento sobre las distintas posturas relativas a sus fines las que se estudiarán en los párrafos siguientes.

Se recalca, en su conceptualización, la circunstancia que ella debe estar prevista en la ley y ser aplicada por el órgano

jurisdiccional competente, pues ello constituye una garantía inherente a todo Estado de Derecho.

### **9.3.2.- Fines de la pena**

En esta materia se han elaborado diversas teorías que intentan proporcionar una respuesta frente a la interrogante de porqué se castiga. Para algunos será porque se ha cometido un delito; para otros, la pena se impone para que no se vuelva delinquir; y, existirán también quienes son de opinión de unificar criterios.

Estas teorías se pueden ordenar en tres grupos:

- a) Teorías absolutas. (retribución).
- b) Teorías relativas. (prevención general y especial).
- c) Teorías unitarias.

#### **Teorías absolutas**

De acuerdo a sus postulados, la pena se justifica por sí misma. Se reconoce al Estado el papel de guardián de la justicia y se sostiene que la pena se debe imponer por el sólo hecho de haberse cometido un delito. Prescinden de todo fin utilitario de la misma y, aun más, rechazan la búsqueda de fines fuera de la sanción penal.

La más importante de las teorías absolutas es la de la retribución, la cual considera a la pena como un mal que se impone al autor de un hecho injusto, que puede serle reprochado, por haberlo

ejecutado culpablemente; es decir, la pena es la consecuencia de su conducta culpable. Según esta teoría, “la pena no sirve primordialmente a fines sociales, sino a la idea de justicia. La pena ha de existir para que la justicia domine la tierra”<sup>31</sup>

La retribución implica que la pena debe ser proporcionada al injusto culpable. Entre los partidarios de esta teoría se pueden citar a KANT y a HEGEL.

Esta teoría tiene como ventaja que limita la pena al grado de culpabilidad del delincuente. Sin embargo, podemos mencionar, a modo de crítica, que esta teoría exige necesariamente la libre voluntad del individuo, lo cual no siempre existirá en el caso concreto. Por su parte, el mal que acarrea la pena no necesariamente elimina el mal producido por el delito, ya que la sanción penal en sí misma causa, a su vez, un mal.

### **Teorías relativas**

Estas teorías no se preocupan del fundamento de la pena, sino de para qué sirve la pena. Postulan que la pena se debe emplear como un medio para luchar contra el delito y evitar su proliferación.

Existen dos variantes: la prevención general y la prevención especial.

---

<sup>31</sup> ROXIN, ARZT, TIEDEMANN, op. cit. Pág. 24.



### **Prevención general**

Esta variante ha sido sustentada, entre otros, por BENTHAM, SCHOPENHÄUSER y FEUERBACH, siendo éste último quien logró expresar con mayor nitidez sus postulados. El fin de la pena, para esta teoría, es prevenir la comisión de delitos en la sociedad. Así, el Estado se propone, a través de la amenaza de una pena y de la condena del sujeto, que la comunidad respete el ordenamiento jurídico, a fin de no ser objeto de sanción penal. De acuerdo a las palabras de Antón ONECA la prevención general implica “una advertencia a todos para que se abstengan de delinquir, un escarmiento en cabeza ajena”<sup>32</sup>.

Actualmente, la doctrina distingue dentro de ella dos corrientes. La prevención general negativa, que corresponde al predicado más antiguo de ella, conforme a la cual la pena, a través de su amenaza y ejecución, tiene por objeto disuadir a los integrantes de la comunidad de cometer delitos. Por su parte, la prevención general positiva busca estabilizar la confianza de la comunidad en el Derecho, pues la amenaza de la imposición de la pena y la condena del culpable busca recalcar la importancia de los valores en juego, motivando e induciendo al grupo social para que los incorpore a su código de conducta, respetando la prohibición de lesionarlos o ponerlos en peligro. Esta última variante es seguida en la literatura nacional, por el Profesor CURY, quien indica que “la pena tiene por finalidad primordial la prevención general (positiva) mediante la amenaza de quien infrinja determinados mandatos o prohibiciones del Derecho, lesionando o poniendo en peligro un bien jurídico, sufrirá un mal que no podrá exceder del injusto culpable en que incurrió y cuya ejecución debe procurar, en la medida de los posible, evitar perturbaciones accesorias

de su desarrollo personal y su capacidad de reinserción en la convivencia pacífica”<sup>33</sup>.

El florecimiento de la prevención general coincide con la época de la Ilustración, fines del siglo XVIII, y uno de los autores que más contribuyó a su elaboración, como ya se dijo al comienzo, fue el alemán Paulus Johans Anselm Ritter von FUERBACH, quien con su tesis “la coacción psicológica”, estableció las bases teóricas del contenido moderno de la prevención general.

La teoría de la prevención general busca uno de los fines del Derecho Penal, cual es mantener la paz social. Sin embargo, esta teoría instrumentaliza al delincuente, lo utiliza como un medio para disuadir al resto de la población, lo que no debe ser admitido en un Estado que respete los derechos de las personas, toda vez que el ser humano jamás debe ser utilizado como un medio, por ser aquel un fin en sí mismo. Además, no existen estudios empíricos que demuestren que la imposición de las penas traiga consigo una disminución en los índices de delincuencia.

### **Prevención especial**

Para esta teoría, el fin de la pena es resocializar al delincuente con el propósito que se adapte a las reglas de una convivencia organizada y, si ello no es posible, neutralizarlo, a fin de proteger a la sociedad. Así, la pena no es un castigo, sino un tratamiento, y por ello se le reemplaza por una reeducación. Se trata,

---

<sup>32</sup> ONECA, Antón, citado por Bustos Ramírez, Juan, Manual de Derecho Penal, parte general, 3° Edición, Editorial Ariel S.A., Barcelona, España. 1989. Pág. 23.

<sup>33</sup> CURY, op. cit. Pág. 76.

además, de prevenir la comisión de delitos en una persona en concreto en una situación determinada.

Si bien es loable la intención de esta teoría de lograr la reeducación del delincuente, no debemos olvidar que no se pueden imponer medidas en contra de la voluntad de aquel, ya que si así fuera, se estaría vulnerando la esfera de su personalidad. Además, si la pena es un tratamiento que busca la reeducación del delincuente, la duración de aquella va a depender del tiempo que demore el condenado en recuperarse, lo que atenta contra la seguridad jurídica.

Se cita como principal elaborador definitivo de esta teoría al alemán Franz VON LISTZ, quien se basó para ello en los aportes del positivismo.

### **Teorías unitarias**

Frente a los inconvenientes que se advierten en la aceptación de la retribución como único fin de la pena, se elaboraron las teorías unitarias que pretenden la unión de los fines de retribución y prevención en una relación equilibrada. Sin embargo, hay que tener presente que en los casos en que se produzcan contradicciones inevitables, se debe inclinar por uno u otro principio. Por esa razón se sostiene que una teoría unitaria, será o básicamente retributiva, o básicamente de prevención general o especial.

Así, en este contexto, algunos sostienen que la esencia de la pena está constituida por la retribución y que, sobre la base de ésta, la pena persigue objetivos preventivos.

Como se puede constatar, las combinaciones son variadas en función del fin concreto que se persigue, si de prevención general o especial, o del punto de partida que se elija.

Estas materias han motivado desde su elaboración misma las más grandes discusiones en la doctrina, respecto de las cuales difícilmente podrá existir uniformidad de pareceres, porque, como bien lo dice el Profesor CURY, “la decisión en favor de uno de ellos es, en cierta medida, el resultado de convicciones personales sobre la naturaleza del hombre, de la vida en sociedad y del Derecho, que escapan a una racionalización rigurosa. Pero dependen también de las condiciones históricas y culturales de cada época, las cuales explican la preferencia de que goza uno u otro en períodos distintos.”<sup>34</sup>

#### **9.4.- La relación entre los fines de prevención general y especial en las distintas etapas o momentos de la pena**

Un sector importante de la doctrina sostiene que la pena tiene una doble finalidad preventiva, es decir, prevención general y especial. Al tener una doble finalidad debe precisarse las relaciones entre ambos tópicos a objeto de evitar posibles conflictos.

Así, autores como MIR PUIG, MUÑOZ CONDE, entre otros, siguiendo a ROXIN y SCHMIDHÄUSER, aceptan la distinción de los tres momentos en la pena que son, la amenaza; la aplicación y el cumplimiento, verificando en estas fases distintas exigencias para cada uno de sus fines.

---

<sup>34</sup> Ibídem. Pág. 76.

#### **9.4.1.- La amenaza**

Al momento de crearse la ley, el fin que persigue la pena es el de prevención general, pues con ella se trata de intimidar a los miembros de la sociedad para que se abstengan de cometer delitos.

Las exigencias de prevención general conllevan al establecimiento de un marco penal concreto para cada tipo, en el cual debe existir un máximo y un mínimo a partir del cual se impondrá, en su caso, la pena concreta.

#### **9.4.2.- La aplicación**

Esta etapa tiene lugar en el proceso penal y termina con la sentencia, donde el juez concreta la pena en el respectivo caso.

El solo hecho de verse involucrado en un proceso penal lleva implícito un efecto intimidatorio, pero la prevención general cumplirá su efecto con la aplicación del precepto penal respectivo.

Para satisfacer las exigencias de prevención general, la pena debe ser determinada por el juez dentro de los límites señalados por la ley.

Si al sujeto culpable de cometer un delito se le aplica una pena sin fundamento alguno, desaparecerá el efecto intimidatorio.

#### **9.4.3.- La ejecución**

En este último momento se sostiene que la finalidad fundamental, es la de la prevención especial.

Las penas que implican la privación de libertad deben encaminarse hacia la resocialización del condenado.

Siendo en esta etapa la prevención especial lo primordial, sin duda que también el cumplimiento de la pena tiene consecuencias de prevención general, porque con ello se concreta finalmente el objetivo buscado por el legislador, que era precisamente evitar la comisión de nuevos actos delictivos.

Si no se cumplieran las penas previstas por el legislador no existiría el efecto intimidatorio.

El Profesor CURY<sup>35</sup>, en esta materia, es de opinión que “la pena es siempre, ante todo, prevención general”, lo es en el momento de la amenaza abstracta, en el instante de su imposición al caso concreto y también en el de su ejecución. En esta última etapa, para él, sigue siendo la prevención general lo primordial “pues en ella se materializa la irrupción en los derechos del condenado, cualquiera que sea la forma que adopte, e incluso si se procura, con la mejor voluntad del mundo, asemejarla en todo lo posible a un tratamiento resocializador”.

### **10.- Principios de política criminal**

La Política Criminal “se ocupa de cómo configurar el Derecho Penal de la manera más eficaz posible, para que pueda cumplir su rol de proteger a la sociedad”<sup>36</sup>. Son numerosas las funciones que cumple este principio, tales como la comprobación del grado de eficacia de las sanciones, la configuración correcta de los tipos penales, estudiar las medidas conducentes para los fines de prevención, ponderar los límites al ius puniendi, entre otras. Con ello se concluye que la Política Criminal no sólo se preocupa de efectuar un

---

<sup>35</sup> CURY, op. cit. Pág. 78.

análisis jurídico teórico de las figuras penales, sino además, considera la realidad social en la que el Derecho Penal será aplicado.

Por su parte, ella debe respetar ciertos límites con el objeto de cumplir con las metas legislativas propuestas, por cuanto, como indica JESCHECK “no todo lo que aparece como eficaz, es también justo”<sup>37</sup>. Tales límites son:

- a) Principio de la culpabilidad.
- b) Principio del Estado de Derecho.
- c) Principio de humanidad.

Estos límites ya han sido estudiados detalladamente, por lo que nos remitimos a ello.

## **11.- Las ciencias penales**

La expresión ciencias penales abarca tres ámbitos, a saber, la dogmática jurídico-penal, la criminología y las técnicas de asistencia a la justicia penal.<sup>38</sup>

### **11.1.- La ciencia del Derecho Penal o dogmática jurídico-penal**

Esta ciencia “se ocupa de conocer las leyes penales, o sea, el derecho positivo en el ámbito penal”<sup>39</sup>. En palabras simples, esta ciencia se preocupa de descubrir el sentido y alcance de las disposiciones penales, lo cual se logra no sólo a través del estudio

---

<sup>36</sup> JESCHECK, op. cit. Pág. 29.

<sup>37</sup> Ibídem. Pág. 30.

<sup>38</sup> GARRIDO, op. cit. Pág. 160.

<sup>39</sup> Clasificación propuesta por POLITOFF, en op. cit. Pág. 10 y sig. Además se puede ver el cuadro esquemático elaborado por NOVOA, en op. cit. Pág. 50.

exegético de la ley, sino también, determinado la finalidad que la norma persigue. A través de la dogmática jurídico-penal se busca consolidar un ordenamiento jurídico armónico y ordenado, abierto eso sí, a constatar eventuales deficiencias, proponiendo posibles soluciones. Además, esta ciencia, fuera de su importancia fáctica, tiene gran relevancia en lo práctico, pues permite la unificación de criterios de aplicación de las normas penales de todos quienes intervienen en la administración de justicia.

La dogmática jurídico-penal se divide en parte general y parte especial. A la primera de ellas pertenecen las disposiciones aplicables a todo delito o pena (o a su gran mayoría), lo que corresponde en nuestro Código Penal al Libro I. Por otro lado, en la parte especial se ubican los delitos en particular y la pena que la ley les asigna en cada caso concreto (Libros II y III del texto legal recién mencionado).

Es importante tener siempre presente que la parte especial debe integrarse con la parte general. Así, a vía de ejemplo, para determinar si un delito de homicidio se encuentra en grado tentado o frustrado, debe necesariamente relacionarse el artículo 391 del Código Penal con el artículo 7° del mismo texto.

### **11.2.- La criminología**

Si bien el Derecho Penal es una ciencia que pertenece a la categoría del deber ser, el delito, que es su objeto de estudio, es siempre el resultado de un hecho cometido por el hombre, y por esta razón, pertenece al mundo del ser. De esta forma el delito también puede ser considerado naturalísticamente y, por tratarse de un hecho humano, resulta importante analizar los factores biológicos,



antropológicos, psicológicos y sociológicos que lo originan. Todo ello pertenece a la criminología. De esta manera el delito es absorbido por dos ciencias, el Derecho Penal y la criminología, contribuyendo además a su estudio otras disciplinas auxiliares. La criminología puede definirse como “una ciencia fáctica, que trabaja de manera empírica con el método de las ciencias naturales y sociales”<sup>40</sup>.

Actualmente, la criminología es concebida de manera mucho más amplia que en un comienzo, pues no se limita sólo al estudio de las causas de la criminalidad, sino que se ha extendido al funcionamiento de todo el sistema de justicia penal, comprendiendo las instancias del control social (policía, tribunales), la forma en que éste es percibido por el grupo social, etc.

### **11.3.- Las técnicas de asistencia a la justicia penal**

Esta área de la ciencia penal comprende a la criminalística y a la medicina legal.

La criminalística “es la técnica científica para esclarecer los hechos que puedan presentar las características de delitos y descubrir a quienes participaron en ellos a través del análisis de huellas dactilares, investigaciones químicas, físicas, microscópicas, etc.”<sup>41</sup>.

Por su parte, la medicina legal tiene por objeto el estudio de los principios biológicos y físico-químicos, en cuanto tengan relevancia jurídica.

---

<sup>40</sup> POLITOFF, op. cit. Pág. 13.

<sup>41</sup> *Ibidem*. Pág. 15.

## **12.- Relación del Derecho Penal con otras ramas del ordenamiento jurídico**

El Derecho Penal puede ser relacionado con las siguientes ramas jurídicas:

- a) Con el Derecho Constitucional.
- b) Con el Derecho Civil.
- c) Con el Derecho Procesal.
- d) Con el Derecho Administrativo.
- e) Con el Derecho Internacional.

### **12.1.- Relación del Derecho Penal con el Derecho Constitucional**

En la carta fundamental se consagran los más trascendentales bienes jurídicos tutelados por el orden jurídico penal mediante el establecimiento de los derechos y garantías del hombre. Así, a vía de ejemplo, podemos mencionar la consagración del derecho a la vida, a la salud, propiedad, etc.

En la Constitución Política de la República de 1980 no sólo se establecen derechos y garantías que guardan relación con el ámbito penal, sino también, se expresan principios sobre los cuales descansa todo el Derecho Penal moderno. Así, el artículo 19 N°3 en su inciso 8 contempla el principio de legalidad o reserva y en su inciso 9° contiene el principio de lex certa o de tipicidad. Además, la Constitución consagra también el principio nulla poena sine iudicio, en virtud del cual nadie puede ser sometido a pena sin haber sido previamente juzgado

por un tribunal que le señale la ley y con un justo procedimiento (artículo 19 N°3 incisos 2, 3, 4 5 y 6 )

## **12.2.- Relación del Derecho Penal con el Derecho Civil**

Existen diversos aspectos en los cuales ambas ramas del ordenamiento jurídico encuentran semejanzas y también diferencias. Así:

a) Ambos son derechos constitutivos, es decir, consagran bienes jurídicos regulando su ejercicio. De este modo, el ordenamiento civil reconoce derechos como el de propiedad, la familia, el estado civil, etc. Por su parte, el Derecho Penal tipifica como delito la ejecución de diversas conductas que lesionan o ponen en peligro tales bienes jurídicos. Así, por ejemplo, se protege la propiedad con los delitos de hurto y robo, la usurpación del estado civil, entre otros.

b) Existen numerosos conceptos del Derecho Civil que, en algunos casos, se aplican en el Derecho Penal, como por ejemplo el artículo 55 que define lo que se entiende por persona. Sin embargo, es indispensable tener en cuenta que existen conceptos civiles que no pueden ser aplicados estrictamente en materia penal, como sucede -por ejemplo- con la distinción entre bienes muebles e inmuebles. Al respecto, la regla debe ser que ambas ramas del Derecho son autónomas, de manera que los conceptos elaborados por cada una de ellas sólo tendrán aplicación en la otra en la medida que guarde conformidad con la naturaleza y finalidad que persigue. Cualquiera de los dos ordenamientos puede tomar del otro conceptos o definiciones que le sean útiles, sin que haya una imposición de por medio.

c) Por su parte, existen diferencias importantes entre ambas ramas del Derecho. Así, el Derecho Civil forma parte del Derecho Privado, y como tal, tutela principalmente intereses individuales; en cambio, el Derecho Penal pertenece al Derecho Público, y por ende, tutela intereses sociales.

Además, aunque en una y otra rama se hable de delitos y cuasidelitos, se trata de conceptos cuyos contenidos son distintos en ambos ordenamientos.

Finalmente, podemos decir que en lo que respecta a las fuentes del Derecho, el Derecho Penal reconoce como fuente sólo a la ley, mientras que el Derecho Civil contempla distintas fuentes.

### **12.3.- Relación del Derecho Penal con el Derecho Procesal**

Ambas ramas guardan estrecha relación, particularmente con el Derecho Procesal Penal, pues éste tiene por finalidad permitir que las disposiciones penales sustantivas puedan ser aplicadas. Al respecto, el Código Procesal Penal reglamenta la tramitación de los procesos criminales estableciendo normas que aseguren el respeto a un debido proceso.

Por su parte, el Código Penal tipifica conductas atentatorias al regular desarrollo tanto del procedimiento penal como civil. Así se consagran delitos como el de prevaricación, falso testimonio, entre otros.

#### **12.4.- Relación del Derecho Penal con el Derecho Administrativo**

El Derecho Penal, en su carácter sancionatorio, protege bienes jurídicos que provienen del Derecho Administrativo, entre los cuales se encuentran aquéllos derivados del principio de la probidad administrativa y el regular funcionamiento de los servicios públicos. En ese cometido, el Código Penal ha destinado un título (Título 5° del Libro II) donde tipifica y sanciona diversas conductas que pueden lesionar o poner en peligro esos bienes jurídicos como el tipo de malversación de caudales públicos, fraude al fisco, cohecho, etc. Además, fuera de dicho título, se consagran figuras delictivas en las cuales los funcionarios públicos son los sujetos activos.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante tener en cuenta que la responsabilidad penal, por regla general, es absolutamente independiente de la responsabilidad administrativa.

#### **12.5.- Relación del Derecho Penal con el Derecho Internacional**

Existen puntos de unión entre ambas ramas jurídicas.

a) Todo lo referente a la aplicación de la ley penal en el espacio, y particularmente, la extradición, que es una “institución jurídica en virtud de la cual un Estado entrega a otro Estado una persona que se encuentra en el territorio del primero y que es reclamada por el segundo para su juzgamiento en materia penal o para el cumplimiento de una sentencia de este carácter ya dictada”<sup>42</sup>. En la

---

<sup>42</sup> ETCHEBERRY, op. cit. Pág. 134.

mayoría de los casos, la fuente de la extradición es un tratado internacional, siendo el más importante el Código de Bustamante.

b) Tratados internacionales suscritos por los países para reprimir delitos que lesionan bienes jurídicos que todos ellos desean proteger. Ej.: tratados internacionales referentes a la trata de blancas, drogas y estupefacientes, terrorismo, etc. En la mayoría de ellos se sanciona al delincuente en el lugar donde se cometió el delito.

c) El Código Penal tipifica conductas atentatorias a bienes jurídicos que son reconocidos por el Derecho Internacional como la inmunidad diplomática (artículo 120 Código Penal).

Además, dicho cuerpo legal contiene disposiciones que están integradas por conceptos propios del Derecho Internacional como la expresión “tregua” o “armisticio” (artículos 113, 115).

### **13.- Desarrollo histórico del Derecho Penal**

Básicamente podemos distinguir cuatro periodos:

- a) Venganza privada.
- b) Teleológico-Político. (de la venganza divina y pública).
- c) Humanitario.
- d) Científico contemporáneo.

#### **13.1.- Periodo de la venganza privada**

Durante este periodo no existe ley que reglamente la sanción penal, de manera que el derecho a castigar le correspondía a la propia víctima, o bien a sus parientes.

Con el tiempo, la facultad de castigar se fue limitando con el objeto de aminorar los excesos en que se incurría, incorporándose la observancia de ciertos parámetros que debían ser respetados, entre los cuales se encuentran los siguientes:

#### **13.1.1.- Ley del talión**

Esta premisa se traduce en la forma coloquial “ojo por ojo, diente por diente”, cuyo objeto es impedir que al delincuente se le aplique un mal más grave que el causado a la víctima.

La llamada ley del Tali3n constituye el primer esbozo del principio de la proporcionalidad de la sanción respecto del hecho cometido. Por su parte, esta ley s3lo se aplicaba respecto de los delitos de homicidio y de lesiones y rigi3 durante varios siglos en culturas tan distintas como la babil3nica (C3digo de Hamurabi), la ind3 (C3digo de Man3) y la azteca (C3digo de Netzahualc3yotl).

#### **13.1.2.- El abandono noxal**

3ste consistía en que el ofensor era entregado por su tribu o familia al grupo familiar de la v3ctima, con el objeto de evitar que 3stos atentaran contra alguno de aquellos.

#### **13.1.3.- Las composiciones penales**

Consistían en que el ofensor pagaba a la v3ctima o a su familia una indemnizaci3n que podía consistir en dinero o especies apreciables en dinero. Si el ofendido aceptaba la indemnizaci3n, se entendía que se renunciaba a la venganza.

#### **13.1.4.- Reglamentaci3n de la venganza**

A trav3s de esta figura se trata de impedir que la venganza se hiciera efectiva en alguno de los miembros de la familia del victimario. Al respecto, el antiguo testamento señaala que “Los padres no

morirán por los hijos, ni los hijos por los padres; cada uno morirá por su pecado.” (Deuteronomio 24:16).

### **13.2.- Periodo teleológico-político o de la venganza divina y pública**

Este periodo se inserta dentro de la época medieval, durante la cual, la autoridad era la encargada de organizar la represión, pasando los afectados a un segundo plano.

En Roma comienza al término de la República con la dictación de las *leges judiciorum publicorum*, las que, además de crear delitos y establecer penas, instituyeron los tribunales que debían conocer de los procesos. En el resto de Europa, las instituciones penales del Derecho Romano fueron siendo paulatinamente incorporadas, aunque coexistiendo con la venganza privada y la composición.

Esta etapa se caracterizó por una excesiva crueldad de las sanciones penales, destacándose la aplicación de penas infamantes y corporales. Las penas privativas de libertad, que constituyen la base de la represión del Derecho Penal actual, sólo adquirieron la preeminencia a partir del siglo XVIII. Además, el medio probatorio por excelencia era la confesión, la que se obtenía a través del uso de la tortura. Existía una absoluta desigualdad social en el tratamiento penal, no respetándose garantías procesales de ninguna especie, por el contrario, los procesos conllevaban un alto grado de arbitrariedad judicial.

Por su parte, el Derecho Penal medieval estaba vinculado a conceptos religiosos, de tal manera que las sanciones más severas eran aplicadas a los delitos que tenían ese carácter. Así por ejemplo, la



Constitutio Criminalis Carolina del siglo XVI contemplaba como delitos el sacrilegio, la herejía, la apostasía (abandonar la religión), el ateísmo, entre otros, siendo en todos los casos aplicables la pena de muerte en la hoguera.

Un hecho de importancia acaecido durante este periodo lo constituye la fundación, en el año 1595, de la primera cárcel correccional para hombres en la ciudad de Ámsterdam (Zuchthaus). Dos años más tarde, se erige un recinto de iguales características para mujeres. Con la creación de estos dos establecimientos penales, comienza a implementarse la pena privativa de libertad.

### **13.3.- Periodo humanitario**

Este periodo surge como reacción contra los excesos y arbitrariedades cometidas en las etapas anteriores. Se plantea la humanización del Derecho Penal basado fundamentalmente en principios de orden filosóficos.

Fueron muchos quienes propugnaban una transformación del Derecho Penal, entre los cuales se puede mencionar a Hugo de GROTT (Hugo Grocio) y al filósofo Baruch SPINOZA.

Sin embargo, el mayor desarrollo del Derecho Penal vino desde Francia. MONTESQUIEU, en el año 1721 en sus "cartas persas", había denunciado implacablemente la caótica situación de Francia desde el punto de vista de las libertades políticas. En "El espíritu de las leyes" de 1748 sostuvo la doctrina de la separación de los poderes y de su equilibrio para evitar abusos. Propugnó que los juicios debían ser públicos citando al efecto la frase: "denme el peor de los jueces, mi

enemigo si queréis, pero que todo acontezca ante los ojos del pueblo”<sup>43</sup>. Señaló además la necesidad de graduar las penas atendida su gravedad.

También es importante destacar la obra de VOLTAIRE (1694-1778), quien había experimentado en carne propia a la arbitrariedad del Derecho Penal de la época. Su lucha fundamental estaba dirigida a sostener la libertad espiritual, política y religiosa, contra la opresión estatal, judicial y eclesiástica.

Las opiniones de estos dos pensadores franceses no lograron, lamentablemente, hacer eco en el derecho positivo, aunque sí sirvieron de influencia para otros autores como el caso del Marqués de BECCARIA (Cesare Bonesana), nacido en Milán en 1738, miembro de una de las familias más importantes de la ciudad, y gran admirador de MONTESQUIEU. A la edad de 26 años, Bonesana publicó su famoso libro “Del delito y de la pena” (1764), el que se considera el punto de partida del Derecho Penal, asignándose por esta razón a BECCARIA el nombre de padre del Derecho Penal.

Es importante tener en cuenta que BECCARIA no fue un penalista, sino más bien un filósofo, que escribió sobre diversas materias, entre las cuales se puede destacar “Del desorden de la moneda en el Estado de Milán”, “Elementos de economía política”, etc.

En su obra “Del delito y de la pena”, se dedica a combatir la pena de muerte. Se trata de un manifiesto a la opinión pública escrito después del impacto que causó en él dos casos de errores judiciales que implicaron la muerte de dos inocentes. En su obra BECCARIA esgrime los argumentos más convincentes que hasta ahora se han

---

<sup>43</sup> POLITOFF, op. cit. Pág. 68.

vertido para atacar la pena de muerte. Podemos, entre ellos señalar los siguientes:

a) La pena de muerte no es ejemplarizadora, puesto que jamás un delincuente ha retrocedido por el temor a ser ahorcado, carece de eficacia intimidatoria porque los delincuentes son insensibles moralmente.

b) Para la mayoría de las personas, el momento de la ejecución constituye un espectáculo público.

c) Es irreparable, en caso de existir error judicial.

d) Es ilegítima de acuerdo a la teoría del pacto social. La pena de muerte no puede ser legítima porque los hombres al crear el Estado, le entregaron la mayoría de sus derechos a cambio de seguridad, pero no el derecho a la vida, porque éste es irrenunciable.

e) Es una pena indivisible, porque siempre acarrea la privación de la vida cualquiera sea la forma empleada para su aplicación<sup>44</sup>.

Como se podrá constatar, BECCARIA fue el inspirador de la Escuela Clásica del Derecho Penal. Formuló el principio básico de la legalidad de los delitos y de las penas al indicar que “sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador”<sup>45</sup>. Esa fórmula fue luego expresada en latín por FEUERBACH (Nullum crimen nulla poena sine lege).

También es importante recordar que en este periodo se desarrolló en Europa un movimiento de reforma carcelaria encabezada por el filántropo inglés John HOWARD (1726-1790), quien siendo sheriff

---

<sup>44</sup> Para mayores detalles ver BECCARIA, Cesare, De los Delitos y de la Pena, Edición Latinoamericana, Santa Fe de Bogotá, Colombia. 1992. Pág. 62-70.

<sup>45</sup> Ibídem. Pág. 12.

del condado de Bedford, constató el desastroso estado de las cárceles, razón por la cual publicó en 1777 su obra “El estado de las prisiones en Inglaterra y Gales”. Murió en Crimea (Rusia) contagiado por la fiebre carcelaria.

### **13.4.- Periodo científico contemporáneo**

Éste es el periodo en que el Derecho Penal adquiere el carácter de ciencia. Se caracteriza por la denominada “lucha de las escuelas”, especialmente la pugna existente entre quienes eran partidarios de la Escuela Clásica y aquellos que defendían los postulados de la Escuela Positiva. Actualmente esta discusión tiene un valor histórico debido al surgimiento de otras corrientes de pensamiento más moderno.

#### **13.4.1.- Escuela clásica**

El adjetivo que acompaña a esta escuela de “clásica” fue utilizada por los positivistas para tratar despectivamente a quienes cultivaban el conjunto de doctrinas enseñadas desde la época de BECCARIA hasta la publicación de la notable obra de Francisco CARRARA “Programa de Derecho Criminal”. Junto a CARRARA encontramos a otros autores que destacan en esta corriente como FEUERBACH, FILANGIERI, KANT y HEGEL.

Lo que unió a todos estos autores fue el fundamento filosófico liberal de sus doctrinas y el sentido acentuado de la humanidad de las penas.

Entre los principales fundamentos de la escuela clásica encontramos los siguientes:

a) El delito es un ente jurídico. La esencia del delito radica en la contradicción entre el hecho humano y el precepto legal, lo que CARRARA denominaba como una disonancia armónica. El delito es la violación de un derecho jurídicamente protegido, siendo el delito una creación del legislador y no un suceso natural.

b) La responsabilidad penal se fundamenta en el libre albedrío. El hombre tiene la facultad para elegir entre actuar conforme a derecho o contra él. El libre albedrío implica la existencia de un presupuesto, cual es, que el sujeto tenga inteligencia y libertad de opción. Quienes carecen de esa libertad no estarían en condiciones de elegir entre el bien y el mal, razón por la cual, los menores y los dementes no pueden ser responsables de delito. En definitiva, los clásicos estiman que la persona que comete un delito ha hecho un mal uso de su libertad.

c) La pena es un mal, un castigo. La sanción penal se justifica por sí sola, pues es necesaria para proteger el derecho debiendo tener como requisito el de la proporcionalidad con el daño ocasionado al orden jurídico.

d) Creen en la existencia de un derecho natural aplicable a todos los tiempos y lugares y que se funda en la naturaleza racional del hombre, es decir, anterior a las leyes naturales.

e) Postulan el método lógico abstracto como sistema de estudio del Derecho Penal, es decir, la obtención de concepciones jurídicas a través del razonamiento.

#### **13.4.2.- Escuela positiva**

El nombre de esta escuela se vincula al positivismo de Augusto COMTE (1798-1853) cuya concepción filosófica sitúa el saber

hasta el límite de aquello que pueda ser percibido por los sentidos, de manera que el énfasis se pone aquí en la experiencia empírica y no en lo racional y abstracto.

El positivismo surge como reacción a los postulados de la Escuela Clásica. Tres son los autores a quienes se les considera los fundadores de esta escuela.

**César LOMBROSO** (1835-1909). Médico cirujano. En 1876 escribió su obra "El hombre delincuente" resultado de sus diversas investigaciones con las cuales logró crear el concepto del hombre "criminal nato". Sostuvo que el delincuente es un ser anormal, perfectamente reconocible, por cuanto presenta características físicas y psicológicas especiales como pómulos y mandíbula muy desarrolladas y prominentes, fuerte pigmentación, poca pilosidad en el cuerpo, capacidad craneana escasa, cabello espeso y rizado, insensibles al dolor, gran fuerza corporal y, por regla general, son zurdos.

El aporte de LOMBROSO radica fundamentalmente en que abordó el estudio del hombre delincuente con un criterio científico, siendo por ello reconocido como el creador de la antropología criminal.

**Enrique FERRI** (1851-1926). Abogado. Fue el organizador de los principios de la Escuela Positiva. Su obra fundamental fue publicada el año 1881 titulada "Sociología Criminal".

Era partidario que la sociología criminal, que él descubrió, abarcara todos los conocimientos sobre el delito y la pena, debiendo el Derecho Penal ser sólo un capítulo de ella. Los principales postulados de FERRI son los siguientes:

a) La etiología (estudio de los hechos que producen determinados efectos) del delito debe encontrarse especialmente en los

factores sociales que lo determinan, de tipo económico, cultural, político, etc.; sin desconocer, eso sí, otras causas, tales como individuales, antropológicas o físicas.

b) La base de la sanción penal radica en la responsabilidad social y no en la responsabilidad moral.

c) Enuncia la ley de la saturación criminal. Este autor sostiene que en un ambiente social determinado, se deben cometer un preciso número de delitos, ni uno más ni uno menos. Para llegar a esta conclusión asimila el fenómeno del delito con fenómenos químicos.

d) Sostiene la insuficiencia de la pena para combatir el delito, proponiendo los sustitutos penales. Estos tienen variada naturaleza, tales como la regulación de la prostitución, restringir la venta de bebidas alcohólicas, supresión de las casas de juego y en general mejorar las condiciones de educación, familiar, etc.

**Rafael GARÓFALO** (1851-1934). Juez. Su principal obra fue publicada en 1885 llamada "Criminología". Los mayores aportes de este autor a la corriente positivista son:

a) La elaboración del concepto de delito natural, al cual definió como "la lesión de aquella parte de los sentimientos altruistas fundamentales de piedad o de probidad, en la medida media en que son poseídos por una comunidad y que es indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad"<sup>46</sup>.

b) Fundamenta la responsabilidad penal en la temibilidad o peligrosidad del delincuente, y no en el libre albedrío. La temibilidad es la cantidad de mal que hay que temer del delincuente.

---

<sup>46</sup> Citado por NOVOA, op. cit. Pág. 88.

Del análisis de los postulados de los autores antes vistos, podemos concluir como fundamentos de la escuela positiva los siguientes:

a) Los positivistas conciben el delito como un fenómeno natural, a diferencia de la Escuela Clásica que lo consideraba un ente jurídico. El delito es un hecho que se da en la naturaleza, y que ocurre como consecuencia de fenómenos que pueden provenir del propio individuo (factores psíquicos, físicos) o del medio en el que se desenvuelve (factores económicos, geográficos, etc.).

b) No existe el libre albedrío. El individuo delinque porque estaba predeterminado para ello, por factores individuales, sociales, o antropológicos.

c) La pena no es un castigo. Incluso esta doctrina no habla de pena, sino de sanción, la que constituye un medio de defensa social. Las sanciones son defensivas y deben ser adecuadas a la peligrosidad del delincuente y no proporcionales al daño, como lo sostenían los clásicos. Por esa misma razón, las sanciones deben ser indeterminadas y durar mientras subsista la peligrosidad del delincuente.

d) El delincuente es un ser anormal, por lo que las medidas que se adopten no están dirigidas en su contra, sino en defensa de la sociedad. Postulan segregar al delincuente de la sociedad impidiéndole que pueda causar daño, y si es posible, readaptarlo a la vida social. Esta corriente no distingue entre imputables e inimputables.

e) Para los positivistas es sólo la prevención especial el fundamento del Derecho Penal y, la peligrosidad, el criterio para la actuación del sistema penal.



f) Niegan la existencia de un derecho natural.

g) El método de estudio es el experimental, propio de las ciencias explicativas.

A la Escuela Positiva se le reconoce el mérito de extraer el delito del mundo de las ideas, lugar al cual lo tenía relegado el jusnaturalismo, para considerarlo también como un hecho natural y social. Con ello dio origen a la Criminología como ciencia empírica y crítica.

Para resaltar las diferencias entre ambas escuelas, es útil citar la frase del penalista holandés VAN HAMEL quien señaló “La Escuela Clásica exhorta a los hombres a conocer la justicia, la Escuela Positiva exhorta a la justicia a conocer a los hombres”.<sup>47</sup>

#### **13.4.3.- La terza scuola**

Se trata de una corriente ecléctica, derivada de la escuela positiva, entre cuyos exponentes se encuentran CARNEVALE, ALIMENA y MANZINI. Eran partidarios de que, junto a la pena, se establecieran otras medidas destinadas a combatir la peligrosidad del delincuente.

Esta doctrina no creía en la tesis del delincuente nato de LOMBROSO, pero tampoco aceptaba el libre albedrío propiciado por los clásicos. También se diferenciaba de los positivistas porque negaban la responsabilidad penal de los inimputables. Al efecto, la terza scuola distinguía entre los sujetos dirigibles, para los cuales procedía aplicar la pena, con fines aflictivos y de prevención general; y, por otro lado, a los inimputables, para quienes estaban reservadas las medidas de seguridad, fiel reflejo de la prevención especial.

---

<sup>47</sup> Citado por NOVOA, op. cit. Pág. 90.

#### **14.- Antecedentes históricos del Código Penal chileno**

La primera idea de recopilación y codificación de las leyes penales surgió el año 1823 a través de una moción presentada en el Congreso por don José EYZAGUIRRE, registrándose con posterioridad a ella otras mociones con el mismo objetivo.

Una vez afianzada la necesidad de contar con un texto que fijara las normas penales, se encargó la redacción de un proyecto, el año 1852, a don Antonio GARCÍA REYES, quien falleció poco tiempo después. Debido a lo anterior, en 1856 se encomendó igual función a don Manuel CARVALLO, quien redactó un proyecto que contaba de dos libros y de 555 artículos, proyecto que, no obstante ser publicado, jamás llegó a ser ley de la República. Además, se le encomendó al mismo Manuel CARVALLO que llevase a cabo la traducción del Código Penal Belga, considerado a la época como el más moderno.

En 1870 se formó una comisión encargada de elaborar un proyecto de Código Penal, la que fue integrada por don Alejandro REYES, don Eulogio ALTAMIRANO, don Clemente FABRES, don José Antonio GANDARILLAS, don José Vicente ÁVALOS, don Diego ARMSTRONG y por don Manuel RENGIFO. Posteriormente don José Vicente ÁVALOS fue reemplazado por don Adolfo IBÁÑEZ.

La integración de esta comisión fue muy discutida en su época debido a que ninguno de sus miembros era especialista en materia penal. A pesar de ello, la comisión sesionó 175 veces, concluyendo sus reuniones el día 22 de octubre de 1873.

Las actas, que dan cuenta de las sesiones efectuadas por la comisión redactora, se dividen en dos partes:

a) Desde la primera hasta la número 114, son actas que corresponden a la composición del proyecto.

b) Desde la 115 hasta la 175, se encuentran las llamadas Actas de Revisión.

El gobierno propuso a la comisión redactora que se utilizare como modelo para la elaboración del Código Penal Chileno el Código Penal Belga de 1867, por tratarse del código más moderno de la época y al existir la traducción hecha por CARVALLO. Sin embargo, La comisión optó por utilizar como guía al Código Penal Español de 1848, con sus modificaciones de 1850 debido a que se estimó que dicho texto contaba con una sistematización más lógica y por estar más acorde con la idiosincrasia del pueblo chileno. Además, ya se había publicado la obra de Joaquín Francisco PACHECO que contenía los comentarios de cada una de las disposiciones de ese Código. En definitiva, la enorme mayoría de las disposiciones fueron tomadas del Código Penal Español, manteniendo en muchos casos, la misma redacción, con pequeñas diferencias.

El 12 de noviembre de 1874 se dictó la ley que aprobó el proyecto de Código Penal Chileno, el que comenzó a regir a partir del 1° de marzo de 1875.

### **15.- Estructura del Código Penal chileno**

Este texto legal tiene 501 artículos y un título final. Se divide en tres Libros, cada uno de los cuales se divide a su vez en títulos y cada título en párrafos.

Libro I. Innominado. Consta de cinco títulos:

Título 1º “De los delitos y de las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal, la atenúan o la agravan.

Título 2º “De las personas responsables de los delitos”.

Título 3º “De las Penas”.

Título 4º “De las penas en que incurren los que quebrantan las sentencias y los que durante una condena delinquen de nuevo”.

Título 5º “De la extinción de la responsabilidad penal”.

Libro II. “Crímenes y simples delitos y sus penas”. Consta de diez títulos.

Libro III. Innominado. Consta de dos títulos:

Título 1º “De las faltas”.

Título 2º “Disposiciones comunes a las faltas”.

Título Final. “De la observancia de este código”.

## **CAPÍTULO II**

### **FUENTES DEL DERECHO PENAL Y EN PARTICULAR DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD O RESERVA**

#### **1.- Generalidades**

En el Derecho Penal moderno se reconocen algunos principios que constituyen el límite a respetar por el ius puniendi (o derecho a castigar) que monopoliza el Estado.

El Derecho Penal en su sentido subjetivo, ius puniendi, consiste en la facultad privativa del Estado para crear y aplicar el Derecho Penal objetivo.

Frente a este postulado cabe preguntarse ¿dentro de qué límites el Estado puede ejercer legítimamente su potestad punitiva?

Los límites que el ius puniendi encontrará dependerán del tipo de organización estatal que se adopte. No obstante lo anterior, la mayoría de los Estados modernos son respetuosos del Estado de derecho y por lo mismo su potestad punitiva queda subordinada a ello, lo que da lugar al principal y más importante límite que encontrará el derecho a castigar, esto es, el principio de legalidad o reserva.

#### **2.- Principio de legalidad o reserva**

El principio de legalidad, tradicionalmente, se expresa en la frase latina NULLUM CRIMEN NULLA POENA SINE LEGE, de autoría de Anselmo VON FEUERBACH, que significa que no hay delito, ni pena sin ley. De acuerdo a este principio un determinado hecho no puede considerarse delito, ni puede imponérsele una pena, sino cuando exista

una ley que, previamente, lo haya descrito como tal y le imponga una sanción.

Como se puede apreciar la formulación del principio contiene una doble referencia, al delito y a la pena, de modo que no hay delito sin ley ni tampoco pena sin ley.

Aun cuando, correctamente, se piense que ambos principios se encuentran estrechamente vinculados es posible que operen en forma independiente, como sería el caso en que una ley describa el hecho y no indica con precisión la pena o viceversa, tal como lo demuestra el profesor CURY<sup>48</sup>.

Claro está que el principio de legalidad constituye una exigencia de seguridad jurídica, pues nos permite de antemano conocer las conductas sancionadas como delitos y sus penas. Además, constituye una garantía política, pues asegura al ciudadano que no se verá sometido ni por el Estado, ni por autoridad o persona alguna, a sanciones que no admita el colectivo social el cual ha sido representado por los legisladores en la formación de la ley penal.

La formulación del principio de legalidad permite otorgarle los siguientes alcances o aspectos:

- a) Principio de legalidad en sentido estricto;
- b) Irretroactividad de la ley penal; y
- c) Principio de tipicidad.

---

<sup>48</sup> CURY, op. cit. Pág. 165.

### **2.1.- Principio de legalidad en sentido estricto**

En su sentido estricto el principio de legalidad significa que sólo la ley puede crear delitos y establecer penas. Esto es, sólo la ley puede ser fuente directa del Derecho Penal, entendiendo por ley –para estos efectos- aquel precepto legal que se ha dictado de acuerdo a las normas constitucionales sobre la materia.

Como consecuencia de lo anterior, no pueden ser fuente inmediata y directa del Derecho Penal, ni la costumbre, ni los actos legislativos de rango inferior a la ley, como los Decretos Supremos, ni mucho menos la analogía.

La analogía es la aplicación de un principio jurídico que establece la ley para un hecho determinado, a otro hecho no regulado, pero jurídicamente semejante o similar al primero. Esto en materia penal significaría encuadrar un hecho, que no está expresamente descrito en la ley, en algún precepto relativo a otro hecho parecido, lo cual, no resulta posible sin violar el principio en estudio. Por ello conviene destacar, desde ya, que la analogía está proscrita en el Derecho Penal, salvo en Estados totalitarios, pues en ellos el Derecho Penal no se mira como una garantía, sino como una herramienta de sumisión de los súbditos, según más adelante diremos.

### **2.2.- Principio de irretroactividad de la ley penal**

En este aspecto el principio de legalidad enseña que cometido un hecho, éste no puede ser sancionado por una ley que lo incrimine con posterioridad a su comisión. En otras palabras, para que una conducta resulte punible, es necesario que la ley así lo haya establecido con anterioridad a la comisión del hecho.

Esta regla básica o fundamental del Derecho Penal conoce una sola gran excepción, que obliga a aplicar retroactivamente una ley cuando esta resulta más favorable al afectado. Principio consagrado en la Constitución Política de la República en el artículo 19 N° 3 inciso 8 y artículo 18 de Código Penal.

Si bien la ley no señala cuando se debe entender que la ley posterior es más favorable al imputado, hay casos en que ello resulta claro, por ejemplo, cuando la nueva ley deroga algún delito con lo cual el hecho deviene impune. Sin embargo, en otros casos determinar si la nueva ley es o no favorable al imputado resulta una tarea más ardua, según se estudiará con detención, más adelante, al tratar de los efectos de la ley penal en el tiempo.

### **2.3.- Principio de tipicidad**

Este postulado significa que la ley al tipificar o describir las conductas que desea sancionar como delitos, debe indicar concreta y expresamente los hechos que lo constituyen y establecer precisa y determinadamente la pena que se impondrá al sujeto para el evento que lo cometa.

Este principio fue esbozado en 1906, por Ernesto VON BELING, al elaborar la teoría del tipo y la tipicidad.

### **2.4.- Función de garantía del principio de legalidad**

El principio de legalidad cumple un rol garantizador que puede apreciarse desde dos puntos de vistas:



**2.4.1.- Función de garantía de tipo criminal, penal, jurisdiccional y de ejecución<sup>49</sup>.** Aquí encontramos:

a) La garantía criminal, exige que el delito se encuentre determinado por la ley (nullum crimen sine lege). Así, constituye una garantía para todos los ciudadanos, ya que al encontrarse establecida en la ley que conductas son punibles las personas saben que si se abstienen de ejecutarlas, nadie podrá sancionarlos.

De ahí lo trascendente de la función del legislador en esta materia, en que al tipificar las conductas debe ser lo más claro y preciso posible, a fin que los ciudadanos puedan comprenderlas y no incurrir en hechos que encuadren en ese tipo penal.

Desde este punto de vista el principio de legalidad también constituye garantía para el Estado, pues puede aplicar legítimamente una sanción a los individuos que hayan ejecutado una conducta que la ley califica de delito.

b) La garantía penal, requiere que sólo la ley pueda determinar la pena que corresponde al hecho descrito como delito (nulla poena sine lege). De modo que constituye una Garantía para los que delinquen, pues éstos sólo podrán ser castigados por el hecho que cometieron con la pena asignada con anterioridad a su perpetración, excluyendo de esta manera la posibilidad de arbitrariedad judicial.

Es por lo anterior que VON LISZT llamó al forismo nullum crimen nulla poena sine lege “La carta magna del delincuente”, porque a éste le asiste el derecho a exigir que no se le sancione, sino por el hecho que previamente la ley hubiere declarado delictuoso y solamente con la pena asignada para tal caso, también con anterioridad a su comisión.

---

<sup>49</sup> MIR PUIG, op. cit. Pág. 76.

En el mismo sentido MEZGER decía que “las puertas de la cárcel sólo las abre la ley”, ya que ella y nadie más que ella, puede decirnos que conductas humanas son constitutivas de delitos y objeto de sanción para quienes las ejecuten.

c) La garantía jurisdiccional, exige que la existencia del delito y la imposición de la pena se efectúe por medio de una sentencia judicial, recaída en un procedimiento previo legalmente establecido y tramitado.

d) Finalmente, la garantía de ejecución, impone la necesidad de que ella se encuentre legalmente establecida.

**2.4.2.- Función de garantía en relación con la norma jurídico penal.** Ésta debe cumplir con una triple exigencia, a saber, *lex praevia*, *lex scripta* y *lex stricta*<sup>50</sup>.

a) La exigencia de ley previa manifiesta la prohibición de retroactividad de las leyes penales que castigan nuevos delitos o aumentan su castigo. La ley penal debe ser aplicada retroactivamente sólo cuando es favorable al imputado por expreso mandato constitucional.

b) Por su parte, la exigencia de ley escrita deja desde ya fuera a la costumbre como fuente de delitos y penas. Además, no basta cualquier norma escrita, sino que esta debe tener el rango de ley y debe haber emanado, consecuentemente, del poder legislativo del Estado.

c) Finalmente, la garantía de *lex stricta* o *certa* impone la debida precisión en la norma jurídico penal, tanto en relación con la

---

<sup>50</sup> MAURACH REINHART. Tratado de Derecho Penal. Tomo I, Barcelona, 1962. Pág 100.

conducta que sanciona como con su pena. Demás esta decir que esta garantía excluye la analogía en materia penal.

## 2.5.- Evolución histórica del principio de legalidad

El principio en estudio tiene un origen -aún cuando de manera vaga- muy remoto.

En efecto, la Biblia, el Código de Hamurabi, el Corán, etc, procuraban describir las conductas dignas de represión, es decir, recogían el principio *nullum crimen*. Sin embargo, la exigencia que la amenaza penal, su naturaleza y cuantía, es decir, nulla poena, debía estar también determinada por la ley, no fue sino un logro de la Ilustración producto de las doctrinas liberales.

Sin perjuicio de lo expuesto precedentemente, podemos señalar que el principio en estudio comienza a adoptar su fisonomía actual con la *Magna Charta Libertatum* de Juan Sin Tierra en 1215, que en su artículo 39 prohíbe que se condene a los hombres, sino por el juicio de sus iguales y por la ley del País<sup>51</sup>; y posteriormente con la *Constitutio Criminalis Carolina* germánica del año 1532, aún cuando todavía no se adoptaba el sentido moderno del principio.

Al respecto BECCARIA, escribía en 1764 en el anonimato: [...] “sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y esta autoridad debe residir en el legislador, que representa a toda la sociedad unida por el contrato social” [...]<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> COUSIÑO MAC IVER, LUIS. Derecho Penal Chileno, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 1975. Pág. 81.

<sup>52</sup> BECCARIA, op. cit. Pág 12.

La formulación moderna del principio, cuya autoría latina en la forma que hoy lo conocemos se le atribuye a FEUERBACH, según ya dijimos, y su función de garantía, fue un triunfo de las ideas liberales reflejadas en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa de 1789, específicamente en su artículo 8°.

Con posterioridad, este principio alcanzó reconocimiento expreso en La Constitución Política de los Estados Unidos de 1787, en la Declaración de los Derechos del hombre y de los ciudadanos de 1789 y en la Convención sobre los Derechos del Hombre aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de Diciembre de 1948.

Paulatinamente se fue consagrando en la mayoría de los Códigos Penales del Mundo.

A pesar de su trascendencia, no siempre a través de la historia se le ha respetado, existiendo períodos en que, principalmente en Estados totalitarios, se ha negado el principio en estudio, pues en dicho tipo de organización estatal el Derecho Penal no cumple una función garantista, sino que constituye una herramienta de sometimiento del ciudadano al régimen.

Así, podemos citar como textos que han vulnerado el principio de legalidad, el Código Penal de la Unión Soviética de 1926, que en su artículo 16 señalaba: *“Si un hecho socialmente peligroso no estuviera expresamente previsto en el Código, el fundamento y los límites de la responsabilidad en que por el se incurriere, se determinará*

*conforme a los preceptos que establezcan delitos que mas se aproximen a aquel por su naturaleza”.*<sup>53</sup>

Por su parte, en la Alemania Nazi, en 1935, se modificó el Código Penal Alemán y se estableció que: “*Será castigado quién cometa un hecho que la ley declara punible que según el concepto fundamental de una ley penal y según el sano sentimiento popular merece castigo. Si ninguna ley penal determinada resulta aplicable directamente al hecho, éste será castigado según la ley cuyo concepto fundamental corresponda mejor a él*”.<sup>54</sup>

## **2.6.- Consagración del principio de legalidad en el ordenamiento jurídico chileno**

En nuestro sistema jurídico podemos señalar que existe pleno reconocimiento de este postulado, según el tenor de las siguientes normas:

a) Artículo 19 N°3 inciso 8° y 9° de la Constitución Política del República, los cuales disponen que: “*Ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.*”

“*Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella*”.

b) Artículo 1° del Código Penal, pues al definir lo que entiende por delito señala que éste es toda acción u omisión voluntaria “*penada por la ley*”, con lo cual reconoce que sólo la ley puede describir conductas delictivas.

---

<sup>53</sup> CUSIÑO, op. cit. I. Pág. 91.

<sup>54</sup> *Ibidem*.

c) Artículo 18 inciso 1° del Código Penal, que prescribe que: *“Ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración”*, y

d) Artículo 80 inciso 1° del Código Penal, que prohíbe ejecutar pena alguna en otra forma que la establecida por la ley.

### **3.- Leyes penales y normas**

Si se observa la redacción de las normas penales, a la inversa de lo que pudiera pensarse, en estricto rigor el delincuente no quebranta la ley penal, sino que procede en conformidad a la conducta que ella describe.

Esta particularidad fue correctamente observada por BINDING, que lo llevó a sostener y con razón, que lo que viola el delincuente no es la ley penal, sino algo que está antes y por encima de ese precepto en particular, y que se expresa como un imperativo jurídico de “no calumniar”, al cual denominó “norma”.

Las normas son emanación directa del orden jurídico general que imponen reglas que deben ser observadas por los individuos. El que infringe una norma penal, realiza una conducta antijurídica, es decir, contraria a derecho, pero para que ella sea delito es necesario que una ley penal la describa como tal y le asigne una pena.

Las normas penales tienen su origen en otras ramas del derecho, es decir, y como lo sostiene MAURACH “el derecho penal es independiente en cuanto a sus consecuencias, pero condicionadamente

dependiente en sus presupuestos”<sup>55</sup>. En efecto, el Derecho Penal tiene libertad para fijar las sanciones que una determinada conducta recibirá cuando se verifique, pero no es libre para determinar cuales serán consideradas antijurídicas de modo previo y general, pues ello le corresponde a las otras ramas del derecho. Así, el Derecho Penal sólo recogerá algunas conductas infractoras de tales las normas -las que atentan gravemente contra bienes jurídicos de especial significación (principio de la subsidiariedad)- y le asignará una pena.

Sin embargo, la aplicación de esta teoría presenta dificultades en muchos delitos en los cuales no se encuentra la norma que fue quebrantada por el delincuente y que ha sido tipificada por el Derecho Penal. Por ejemplo, el delito de traición a la patria de los artículos 106 y 107 del Código Penal, ya que en nuestro ordenamiento jurídico no existe una norma que ordene al chileno ser leal a la patria, lo mismo ocurre en los delitos contra la fe pública.

Para buscar una solución a estos inconvenientes, se ha recurrido al Derecho Natural y a las normas de cultura.

El Derecho Natural se entiende que: "está constituido por un conjunto de principios anteriores a toda ley positiva, fundamentales en la naturaleza misma del hombre y, por consiguiente, universales e inmutables. Dichos principios constituyen un verdadero Derecho, que todo hombre puede conocer con su propio discernimiento y que es obligatorio, porque se impone como exigencia ineludible de la razón".<sup>56</sup>

Los preceptos fundamentales del Derecho Natural pueden resumirse en una norma imperativa "debes dar a cada uno lo suyo" y en

---

<sup>55</sup> MAURACH-ZIPF-GÖSSEL, citado por GARRIDO MONTT, MARIO. Derecho Penal, parte general, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997. Pág 41.

<sup>56</sup> NOVOA, op. cit. I. Pág 20.

otra negativa “no debes causar injuria a nadie”. De ahí emanan los preceptos naturales de no matar, no robar, no engañar<sup>57</sup>. etc.

Por su parte Max Ernesto MAYER, en 1903, desarrolló la teoría de las normas de cultura y señaló que bajo esta definición se comprenden las normas de la religión y de la moral, las normas de las relaciones humanas, en lo regional e intelectual, en lo económico y pensamiento social, las normas de la cultura agraria, militar, técnica, académica, etc. y naturalmente también las normas del derecho.

La norma de cultura es la sustancia de la norma jurídica y mediante una hábil interpretación puede ser desentrañada de éste. En definitiva de acuerdo a MAYER, lo que el delincuente viola es este ordenamiento cultural, que serían aquellos principios o intereses que una comunidad por su evolución política y social acepta como generalmente válido.

#### **4.- Fuentes del Derecho Penal**

En esta materia se distingue entre las fuentes inmediatas o directas y las mediatas o indirectas.

##### **4.1.- Fuente inmediata o directa**

La única fuente que tiene tal calidad, en el Derecho Penal, es la ley, entendiendo por tal aquellas disposiciones de obligatoriedad general que han sido dictadas en conformidad a las normas constitucionales sobre la materia.

Desde este punto de vista en la creación de la ley interviene el Congreso Nacional y el Presidente de la República, como

---

<sup>57</sup> *Ibidem.*



colegislador. Cuando así ocurre estamos frente a la denominada ley propia. Pero, existen otras disposiciones que tienen la apariencia o se atribuyen el carácter de ley, sin serlo en realidad, las que se denominan leyes impropias. Dentro de este tipo de leyes encontramos las leyes irregulares y las que tienen su origen en la potestad reglamentaria y por ende no tienen la calidad de ley.

Son leyes irregulares aquellas que por su contenido reúnen tal característica, pero no desde un punto de vista formal, pues no han seguido en su formación los trámites señalados por la Constitución. En esta categoría encontramos los DFL y los DL.

Los DFL son manifestaciones de la potestad normativa del Poder Ejecutivo que, en virtud de una delegación de sus facultades realizadas por el Poder Legislativo, regula materias propias de una ley.

De acuerdo al texto primitivo de la Constitución Política de 1925, era sumamente discutida la validez de los DFL, pues la Carta fundamental de ese entonces no se refería a la materia.

Sin embargo, en 1970 se modificó la Constitución, por la Ley 17.284, la cual en su artículo 44 N° 15, permitió expresamente que el Poder Legislativo hiciera delegación de sus facultades, sobre determinadas materias, al Poder Ejecutivo, pero en la enumeración no se incluyó las leyes de carácter penal.

Actualmente, los DFL son plenamente procedentes, con la limitación que señala el artículo 64 del texto constitucional. La mencionada disposición no permite realizar delegación de facultades respecto de materias comprendidas en las garantías constitucionales, con lo cual no se pueden dictar DFL que creen delitos y establezcan penas, porque precisamente el art. 19 N°3 inc. 8° se encuentra ubicado dentro de ellas. Si en el hecho así ocurriese existen diversos medios de

control, tales como el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

No obstante lo anterior, es necesario tener presente que a través del tiempo se han dictado en nuestro país DFL que establecen delitos, como por ejemplo la Ordenanza de Aduanas, contenida en el DFL 213 de 1953.

El problema es que con posterioridad a la Constitución de 1980, también se han dictado DFL sobre materias penales, como por ejemplo: el hurto de energía eléctrica, que se encuentra tipificado y sancionado, actualmente, en el DFL N° 1 de 1982, que modificó el DFL. N° 4 de 1959.

La Corte Suprema en los pocos casos en que se ha pronunciado sobre la materia, los ha validado, estimándolos acorde con las disposiciones Constitucionales<sup>58</sup>.

Su argumento principal ha sido que le está vedado inmiscuirse en las facultades de otros poderes públicos y en que la costumbre constitucional ha validado su legitimidad. No se puede soslayar el hecho que, en el fondo, han existido razones prácticas para proceder de esta forma, porque declararlos inaplicables por inconstitucionales, traería como consecuencia dejar sin efecto numerosas disposiciones económicas y administrativas, con el consiguiente trastorno social.

En lo que se refiere a los DL, recordemos que ellos se dictan cuando no hay Congreso, es decir, estamos en presencia – generalmente- de un gobierno de facto, en donde no existe delegación de facultades legislativas.

---

<sup>58</sup> Sin embargo se debe tener presente el fallo de fecha 26/07/2006, dictado por la I. Corte de Apelaciones de Santiago, en la causa Rol N° 5.398-2003, que considera inconstitucional el tipo penal contenido el artículo 137 del DFL N°1 (Minería), que sanciona el hurto de energía eléctrica.

Esto fue lo que ocurrió en Chile desde 1973 hasta 1990, fecha en la que vuelve a entrar en funcionamiento el Congreso Nacional.

Durante el período comprendido entre 1973 hasta 1980, se dictaron numerosos DL, algunos de ellos referidos a materia penal.

Al respecto la Corte Suprema ha declarado la validez de los DL tanto durante la vigencia del régimen de facto como una vez retornada la normalidad constitucional, basándose en criterios históricos, políticos, sociales y por supuesto prácticos a los que ya nos hemos referido en líneas anteriores.

No obstante lo anterior, en doctrina se plantea el problema de determinar que debe ocurrir con los DL cuando se restablece el orden constitucional.

El profesor Enrique CURY, sostiene que reestablecido el orden constitucional los DL “carecen de existencia en cuanto a normas y, por consiguiente, sus mandatos y prohibiciones cesan de surtir todo efecto cuando desaparece la autoridad de facto que le otorgaba la coactividad en que se basaba su imperio”.<sup>59</sup>

Drástica parece la solución del Profesor CURY, sobretodo cuando una situación de hecho se ha prolongado por mucho tiempo. Es por ello que el mismo autor sostiene que en tal situación, lo mas aconsejable es realizar “un examen conjunto de los DL, descartando, sin mas, todos aquellos cuyo desconocimiento no provoque problemas, y formalizando los restantes mediante un procedimiento jurídicamente establecido”<sup>60</sup>, es decir, transformándolos en leyes. Agrega que,

---

<sup>59</sup> CURY, op. cit. Pág. 171.

<sup>60</sup> *Ibidem*.

mientras ello no se realice, aquellos decretos leyes que han creado delitos y establecido penas, “no deben recibir aplicación”.<sup>61</sup>

Sergio POLITOFF<sup>62</sup> sostiene que esa revisión de conjunto parece impracticable y ociosa, máxime si se tiene en cuenta que la propia Constitución Política de 1980, fue promulgada a través de un DL. Agrega, que en obediencia a la situación de necesidad y como fruto del consenso, la fórmula que de hecho se ha empleado es la de mantener esas regulaciones<sup>63</sup>, procurando a través de reformas y, eventualmente, de una interpretación que refleje los valores que inspiran a un Estado democrático de derecho, que ellas pierdan su connotación original producto de un régimen de fuerza.

Respecto de la segunda categoría de ley impropia, se comprenden en general las normas que emanan de la denominada potestad reglamentaria del poder ejecutivo y de otras autoridades administrativas. Dentro de este tipo de normas encontramos los reglamentos, ordenanzas, instrucciones, decretos, etc. Su valor en el campo penal como fuente, por regla general es prácticamente inexistente, pero si pueden tener un valor mediato tratándose de la leyes penales en blanco.

#### **4.1.1.- Leyes penales en blanco**

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

---

<sup>61</sup> Ibídem. Pág. 172.

<sup>62</sup> POLITOFF, SERGIO; MATUS, JEAN PIERRE; RAMIREZ, MARIA CECILIA. Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General, 2ª Edición Actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004. Pág. 96.

<sup>63</sup> Ibídem.

El profesor CURY las define señalando que: “es aquella que determina la sanción aplicable y la acción u omisión a la que bajo determinados presupuestos se impondrá, pero abandona la precisión de estos últimos a una norma distinta”<sup>64</sup>.

La ley penal ordinaria supone primero la descripción de una hipótesis de hecho, y en segundo término, el establecimiento de una consecuencia jurídica para el evento que tal hipótesis se produzca (El que mate a otro <presupuesto de hecho>, sufrirá tal o cual pena <consecuencia jurídica>)<sup>65</sup>.

Sin embargo, excepcionalmente existen leyes penales que no cumplen con tal exigencia, indicando solamente la sanción, dejando la determinación precisa de la conducta punible a otra ley o las autoridades administrativas.

Una de las disposiciones más representativa de este grupo es el artículo 318 del Código Penal que establece: *"El que pusiere en peligro la salud pública por infracción de las leyes higiénicas o de salubridad, debidamente publicadas por la autoridad, en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio, será penado con presidio menor en su grado mínimo o multa de seis a veinte sueldos vitales"*.

El artículo en comento señala con precisión la pena, pero la descripción de la conducta será determinada, en cada caso, por otras normas de carácter administrativo.

Esta clase de leyes penales fueron denominadas por BINDING como leyes penales en blanco y para graficarlas las asimiló a “un cuerpo errante en busca de alma”<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> CURY, op. cit. Pág. 174.

<sup>65</sup> ETCHEBERRY, op. cit. Pág. 83.

<sup>66</sup> BINDING, citado por POLITOFF, SERGIO; MATUS, JEAN PIERRE; RAMIREZ, MARIA CECILIA, op. cit. Pág. 96.

MEZGER, amplió el concepto a aquellos casos en que el complemento de la norma se encuentra en otra ley, lo que dio origen a la siguiente clasificación:

**Leyes penales en blanco propias**, en que el complemento se halla contenido en un acto legislativo de rango inferior a la ley, por ejemplo: Decreto Supremo, Reglamento, Instrucciones, Ordenanzas, emanadas de la autoridad administrativa.

**Leyes penales en blanco impropias**, que son aquellas cuyo complemento se haya contenido en otra ley de igual (o superior) jerarquía<sup>67</sup>.

El fundamento de las leyes penales en blanco, obedece a que existen numerosas materias que resultaría inconveniente fijar en el texto legal, pues están sujetas a cambios o requieren habitualmente de precisiones técnicas que sólo pueden ofrecerse por instancias que poseen la información pertinente.

#### **4.1.2.- Leyes penales en blanco y el principio de legalidad**

El problema fundamental que se suscita respecto de las leyes penales en blanco es acerca de su constitucionalidad, es decir, determinar si es conciliable con el texto del artículo 19 N° 3 inciso 9° de la Constitución de la República.

La mayoría de la doctrina sostiene que el problema se encuentra limitado a las leyes penales en blanco propias, porque tratándose de las impropias su complemento se encuentra en otra ley,

---

<sup>67</sup> Desde otro punto de vista, se hace referencia a las leyes penales en blanco al revés para referirse al caso en que la conducta la describe completamente la ley, pero la sanción se contiene en una norma de rango inferior.

de manera que no se advierte vulneración al principio de reserva. En cambio, en las leyes en blanco propias como su complemento está entregado a un acto de inferior jerarquía que la ley, entonces es discutible su constitucionalidad.

Para resolver este problema se debe tener presente lo dispuesto en el Artículo 19 N° 3 inciso 9° de la Constitución Política de la República, que señala que “*ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella*”.

Así, con una primera lectura de esta disposición, pareciera indicar que se encuentra proscrito que una ley penal sea complementada por una norma de jerarquía inferior.

Al respecto Enrique CURY sostiene que con esta disposición pareciera que se quería negar la posibilidad de dictar leyes penales en blanco. Sin embargo, agrega que “éste es uno de aquellos casos en que la voluntad del autor de la ley no coincide con la de esta última, pues la disposición constitucional no excluye la posibilidad de sancionar una ley en blanco, sino tan sólo la limita, subrayando más bien el principio de tipicidad”<sup>68</sup>.

En todo caso, de acuerdo a este mismo autor, bajo este precepto se debe ser muy cuidadoso para no incurrir en una inconstitucionalidad. Por ello y en primer lugar se sostiene que el núcleo de la conducta debe estar fijado por la ley, o como dice CURY “la ley penal en blanco tiene que describir inmediatamente la acción u omisión que bajo ciertos presupuestos puede llegar a ser sancionado con una pena, abandonando a la disposición complementaria sólo la precisión de las condiciones en que ello ocurrirá”.<sup>69</sup>

---

<sup>68</sup> CURY, op. cit. Pág. 178.

<sup>69</sup> Ibídem. Pág. 179.

Un ejemplo en que se cumple este predicado es el artículo 22 de la ley de bosques, que castiga la destrucción de bosques, mieses, montes, cierros y plantíos, infringiendo los reglamentos del roce a fuego. Este tipo penal describe la acción, que es destruir por medio de fuego y señala el objeto material de la conducta, dejando entregado al reglamento las demás exigencias relativas al roce a fuego.

El Tribunal Constitucional tuvo oportunidad de pronunciarse sobre este tema, durante la tramitación de la Ley 18.403, que hasta hace algunos años, tipificaba y sancionaba el tráfico ilegal de estupefacientes, ya que después fue sustituida por la ley 19.366 y actualmente rige sobre la materia la ley 20.000, cuyos artículos se remiten a preceptos reglamentarios para determinar las sustancias sujetas a control. El tribunal sostuvo que estas normas estaban dictadas de acuerdo a la norma constitucional, porque el núcleo de la conducta que se sancionaba estaba expresa y perfectamente definido en el artículo 1° de la Ley y la circunstancia que el artículo 25 del proyecto dejara entregado al reglamento la misión de pormenorizar las sustancias o drogas a que se refiere la norma rectora, en nada se contraponen con la norma Constitucional.

Infringiría el principio de legalidad si los elementos esenciales de la conducta antijurídica quedaran entregados a la norma complementaria de rango inferior. Como efectivamente ocurrió con la ley 15.192 de 8 de mayo de 1963, la cual sancionaba a [...] *“los que infringieren las disposiciones establecidas por el Banco Central de Chile en relación con las operaciones de cambios internacionales”*. Esas disposiciones eran sólo conocidas por personas que se encontraban vinculadas con tales operaciones. Esta particular ley fue derogada por el artículo 89 de la Ley Orgánica Constitucional del Banco Central.



En segundo lugar, se indica que la norma complementaria debe recibir una publicidad semejante a la de la ley, es decir, deben cumplir con las exigencias indicadas en los artículos 6°, 7° y 8° del Código Civil, pues esta norma de rango inferior pasa a formar parte integrante de la ley penal<sup>70</sup>.

En tercer lugar, el órgano que dicta el precepto complementario debe tener una potestad extendida a todo el territorio de la República.

En cuarto lugar, deben respetarse las reglas generales sobre vigencia temporal de la ley penal.

Finalmente, la sanción debe estar señalada en la ley pues -como lo dijimos- el principio de legalidad abarca ambos extremos, *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*.

#### **4.2.- Fuentes mediatas del Derecho Penal**

Puede ocurrir que a veces actos legislativos de rango inferior a la ley, en sentido estricto, puedan ser en algunos casos fuente mediata o indirecta del Derecho Penal, lo que también puede suceder con la costumbre en casos excepcionales.

Respecto de los actos legislativos de rango inferior a la ley, su importancia como fuente mediata se pudo constatar al analizar las leyes penales en blanco, materia a la cual nos remitimos, por lo que nos corresponde sólo examinar la costumbre.

---

<sup>70</sup> POLITOFF, SERGIO; MATUS, JEAN PIERRE; RAMIREZ, MARIA CECILIA, op. cit. Pág. 97.

#### 4.2.1.- La costumbre

De conformidad al artículo 2° del Código Civil, la costumbre constituye derecho sólo cuando la ley se remite a ella.

En materia comercial es donde la costumbre recibe una aplicación más amplia, ya que puede constituir derecho a falta de ley, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 4° del Código de Comercio.

Sin perjuicio de lo anterior, nuestro Código Penal no hace referencia a la costumbre y aun más, por el principio de legalidad, la costumbre jamás podrá ser fuente inmediata del Derecho Penal.

En todo caso, excepcionalmente la costumbre puede transformarse en fuente mediata del Derecho Penal, cuando la ley penal se remite a otras ramas del derecho en las cuales se le reconoce la categoría de fuente. Ello ocurre, por ejemplo, con el artículo 197 del Código Penal, el cual tipifica el delito de falsificación de instrumento privado mercantil, ya que la norma en su inciso 2° al referirse al objeto material del delito, señala: [...] *“u otra clase de documentos mercantiles”* [...] Entonces, es posible que nuevos instrumentos creados por la costumbre mercantil, pudieran ser objeto material de este delito.

En otros casos, la costumbre puede contribuir a la determinación del sentido y alcance de algunos conceptos utilizados por el legislador en la descripción de un delito, lo que ocurre por ejemplo con el artículo 373 del Código Penal el que utiliza las expresiones: [...] *“hechos de grave escándalo o trascendencia”* [...] –elementos normativos culturales- expresiones que se interpretarán según la costumbre.

Uno de los casos más importante en que la ley se remite explícitamente a la costumbre, también para efectos penales, lo

constituye el artículo 54 de la Ley N°19.253 de 28 de septiembre de 1993 (publicada en el Diario Oficial del 5 Octubre de 1993) que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena. El mencionado artículo dispone que: [...] *“en lo penal (la costumbre) se considerará cuando ello pudiere servir como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad”*.

#### **4.3.- Referencias a otras fuentes del derecho**

Bajo esta denominación se estudia la posibilidad que otras materias puedan constituir, en casos excepcionales, fuentes de esta rama del ordenamiento jurídico. Tales como, la jurisprudencia, doctrina y tratados internacionales.

##### **4.3.1.- La jurisprudencia**

Se sostiene que -como consecuencia del principio de legalidad- ningún tribunal de la República puede crear delitos, ni establecer penas. Esa función le corresponde de manera exclusiva al poder legislativo, a través de la ley.

Lo anterior no se debe confundir con la tarea de interpretar la ley, que sí corresponde a los tribunales de justicia, labor en la cual se determinará el alcance y sentido de las expresiones que contienen los distintos tipos penales.

Cuando esta interpretación es constante y uniforme, puede significar que ella se transforme en una fuente indirecta del Derecho Penal<sup>71</sup>. No comparte esta opinión CURY<sup>72</sup>, para quien la jurisprudencia jamás tendrá el carácter de fuente directa o indirecta.

#### **4.3.2.- La doctrina**

No obstante que muchas transformaciones del ordenamiento jurídico penal y fallos jurisprudenciales han sido motivados por la opinión de especialistas, ellas no tienen el carácter de fuente del Derecho Penal, sino que sólo un complemento.<sup>73</sup>

#### **4.3.3.- Los tratados internacionales**

A diferencia de otros países, nuestra Constitución no contempla una disposición que dé primacía a los preceptos vinculantes de los tratados internacionales por sobre la legislación interna.

Tanto la Corte Suprema como el Tribunal Constitucional han sostenido la primacía de la carta fundamental sobre las disposiciones de los tratados internacionales. Sin embargo, la opinión dominante es reconocer superior jerarquía a los tratados sobre la ley común, de manera que si una ley penal, sea en lo sustantivo o adjetivo, estuviera en contradicción con lo prescrito en un tratado vinculante para Chile, tendría que aplicarse lo dispuesto en éste último.

Lo anterior no es aplicable si Chile ha establecido el carácter puramente supletorio de las disposiciones del tratado, como sucede con el Código de Derecho Internacional Privado, aprobado por

---

<sup>71</sup> POLITOFF, SERGIO; MATUS, JEAN PIERRE; RAMIREZ, MARIA CECILIA., op. cit. Pág. 104.

<sup>72</sup> CURY, Op. cit. Pág. 174

<sup>73</sup> *Ibidem*.

la Sexta Conferencia Internacional Americana, celebrada en la Habana, Cuba, el 20 de febrero de 1928 (conocido como Código de Bustamante), que fue ratificado por Chile con la reserva que en caso de conflicto, entre las disposiciones de dicho tratado y la legislación interna, primaría esta última.

Es importante tener en cuenta lo prescrito en el artículo 5° inciso 2° de la Constitución de la República, agregado por la reforma de 1989, que incluye una especial mención a los tratados en materia de derechos humanos, prescribiendo que [...] *“Es deber de los órganos de Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución así como por los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”*.

Con tal disposición queda en claro que los tratados internacionales sobre materias de derechos humanos, tienen en nuestro País, rango constitucional que los diferencia de otros tratados internacionales. Y también deben ser utilizados directamente en la interpretación de la ley penal.

### **CAPÍTULO III**

#### **APLICACIÓN DE LA LEY PENAL**

En esta materia se distinguen tres aspectos:

- a) En cuanto a las personas;
- b) En cuanto al tiempo; y
- c) En cuanto al territorio.

#### **1.- Aplicación de la ley penal en cuanto a las personas**

En principio y por regla general el Derecho Penal chileno se aplica a todas las personas por igual, sin importar sexo condición social, raza, nacionalidad, etc. La regla es, entonces, la igualdad frente a la ley penal.

Esta es una característica del Derecho Penal liberal post Revolución Francesa, que ha sido recogida por diversos instrumentos Internacionales, dentro de los cuales podemos mencionar la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* de 30 de abril de 1948, así como *La Declaración Universal de los Derechos Humanos* de las Naciones Unidas de 10 de diciembre del mismo año.

Nuestra Carta Fundamental también hace recepción del principio, así en su artículo 19 N° 2 consagra el principio de la igualdad ante la ley penal. Del mismo modo se pronuncia el artículo 5° Código Penal y el artículo 14 del Código Civil, aunque esta última norma lo hace de manera general.

Sin embargo, tanto en el derecho interno como en el derecho internacional se reconocen “excepciones” que dicen relación

con personas que, por las funciones que desempeñan o los cargos que detentan, se someten a un régimen especial, sin que ellas constituyan privilegios de carácter personal. En virtud de ellas resultan en definitiva sustraídos de la persecución penal ya sea enteramente (inviolabilidad absoluta) o con respecto algunos hechos (inviolabilidad relativa).

La *inviolabilidad* es definida por COUSIÑO como aquella “prerrogativa en virtud de la cual los que gozan de ella quedan exentos de toda responsabilidad penal y no pueden ser perseguidos judicialmente en ningún momento, a lo menos en el país de comisión del hecho”<sup>74</sup> diferenciándola de la inmunidad y los privilegios procesales.

La inviolabilidad puede tener un origen político –interno- como ocurre en nuestro derecho con los diputados y senadores, o bien internacional, cual sería el caso de los agentes diplomáticos, entre otros.

Según dijimos anteriormente existen “excepciones” al principio de igualdad frente a la ley penal, algunas de ellas del derecho internacional y otras del derecho interno. A continuación entramos en su análisis.

### **1.1.- Excepciones de Derecho Internacional**

Aquí se pueden distinguir las siguientes situaciones:

- a) Visita de los Jefes de Estado extranjeros.
- b) Diplomáticos de Estados extranjeros
- c) Funcionarios Consulares.

---

<sup>74</sup> COUSIÑO, op. cit. Pág. 136.

d) Funcionarios pertenecientes a organismos internacionales.

#### **1.1.1.- Visita de los jefes de Estado extranjeros**

De conformidad a lo preceptuado por el artículo 297 del Código de Bustamante, rector en la materia, la ley penal chilena no resulta aplicable a los Jefes de Estado extranjeros que se encuentran de visita en el territorio nacional (inviolabilidad absoluta).

La regla anterior viene de la costumbre internacional y es mayoritariamente aceptada por la doctrina, señalándose que constituye un reconocimiento a la soberanía del Estado que el primer mandatario representa, pues es mirado como la encarnación de su soberanía y, en consecuencia, no es lógico que quede sometido a la soberanía de otro Estado.

En todo caso la doctrina suele limitar, por la razón anotada, la inmunidad del Jefe de Estado extranjero sólo a la visita oficial, mas no a las visitas de carácter privado que éste pueda efectuar. Creemos que el criterio señalado es errado, pues el mencionado artículo 297 del Código de Bustamante, no distingue entre visita oficial o privada, razón por la cual debe entenderse que la norma comprende ambos casos. Además, por el hecho de tener la visita el carácter de privada no implica que el Jefe de Estado pierda por esa circunstancia su calidad, que es en definitiva lo que determina el especial tratamiento de que es objeto.

La inviolabilidad de los Jefes de Estado extranjeros asume la forma de inmunidad de jurisdicción, lo que significa que la persona que goza de tal prerrogativa queda al margen del imperio tanto de la ley



como del los jueces del lugar en que se cometió el hecho. Así, por lo demás, se desprende del artículo 5° del Código Orgánico de Tribunales.

Comentario aparte merece la situación del “Soberano”. Conocido es el aforismo *princeps legibus solutus est*, por medio del cual se marginaba al Rey del imperio de la ley. El derecho anglosajón -hasta el día de hoy- proclama *the King cannot do wrong*. Lo anterior viene de Estados de tradición monárquica que poco a poco han ido atenuando el principio hasta prácticamente hacerlo desaparecer, ello producto del derrumbe de las grandes monarquías, lo que ha llevado a la mutación del principio a su formula actual: *princeps legibus subijcio est*.

### **1.1.2.- Diplomáticos de Estados extranjeros**

Similar tratamiento reciben los agentes diplomáticos de Estados extranjeros acreditados en Chile. El artículo 298 del Código de Bustamante ordena que la ley penal chilena no resulta aplicable a los representantes diplomáticos de Estados extranjeros, ni a las personas de la familia que vivan en su compañía, ni a los empleados extranjeros de dichos agentes (inviolabilidad absoluta).

Esta disposición se encuentra prácticamente reproducida en la Convención de Viena, sobre Relaciones Diplomáticas, promulgada por Decreto 666, publicado en el Diario Oficial de 4 de marzo de 1968.

Por otra parte, el artículo 120 del Código Penal Chileno castiga al que viola [...] “*la inmunidad personal o el domicilio del representante de una potencia extranjera*” [...]

### **1.1.3.- Funcionarios consulares**

El funcionario consular disfruta de una inviolabilidad personal relativa respecto a infracciones comunes y de inmunidad de jurisdicción en relación con actos ejecutados en el ejercicio de sus funciones. Todo ello acuerdo a lo dispuesto en el art. 43 N°1 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, promulgada por Decreto 709, publicada en el Diario Oficial de 5 de marzo de 1968.

### **1.1.4.- Funcionarios pertenecientes a organismos internacionales**

Existen convenciones multilaterales que otorgan a un grupo importante de funcionarios pertenecientes a organizaciones internacionales, un régimen de inviolabilidad semejante al de los representantes diplomáticos de Estados extranjeros. Así ocurre por ejemplo con funcionarios de la ONU, FAO, OEA, UNESCO, FMI, OIT, CEPAL, etc.

## **1.2.- Excepciones de Derecho Interno**

Al respecto existen dos casos a analizar:

- a) Inviolabilidad de los parlamentarios.
- b) La inmunidad de los miembros de la Corte Suprema.

### **1.2.1.- La inviolabilidad de los parlamentarios**

De conformidad a lo prescrito en el artículo 61 de la Constitución Política de la República *“Los Diputados y Senadores sólo*

*son inviolables por las opiniones que manifiesten y los votos que emitan en el desempeño de sus cargos, en sesiones de sala o de comisión”.*

Se trata de un caso de inviolabilidad relativa. Para el resto de los casos se le reconocen a los parlamentarios ciertos privilegios de carácter procesal (desafuero) los que una vez superados los dejan en igual posición que el ciudadano común frente al Derecho Penal.

En lo que a la inviolabilidad se refiere, se señala que la disposición transcrita desea “preservar la independencia de votos y opiniones del representante, poniéndolo a salvo de cualquier amenaza que pudiera coartarlo”.<sup>75</sup> Esta prerrogativa sólo comprende los delitos cometidos por medio de opiniones manifestadas o votos emitidos en el desempeño de sus cargos, dentro de los cuales podríamos señalar los siguientes: injuria, calumnia, desacato, amenazas, etc.

Claro aparece, entonces, el carácter de *garantía* de la función pública que adopta la inviolabilidad.

Según POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ<sup>76</sup> aquí estaríamos en presencia de una causa de *exclusión personal de la pena* y no de la antijuridicidad del hecho, de manera tal que de cometerse un acto ilícito se mantendría la punibilidad de los demás partícipes a quienes no beneficia la prerrogativa.

Comentario aparte merece la interpretación que se le ha intentado dar a la expresión [...] “en el desempeño de sus cargos”, pues se ha tratado de ampliar al máximo la expresión, de manera de comprender situaciones extremas que claramente parecen no estar cubiertas por la inviolabilidad. Sin embargo, nuestra jurisprudencia se ha pronunciado por una interpretación restrictiva de la expresión,

---

<sup>75</sup> CURY, op. cit. Pág. 238.

<sup>76</sup> POLITOFF, SERGIO; MATUS, JEAN PIERRE; RAMIREZ, MARIA CECILIA, op. cit. Pág. 136.

limitándola al caso en que el parlamentario actúa en el ejercicio de las funciones encomendadas por la Constitución y las leyes.

### **1.2.2.- Inmunidad de los miembros de la Corte Suprema**

En esta materia resulta indispensable, previamente, tener en cuenta el tenor de las disposiciones constitucionales y legales que inciden en ella.

En efecto, el inciso 1° del artículo 79 de la Constitución Política de la República establece que *“Los jueces son personalmente responsables por los delitos de cohecho, falta de observancia en materia sustancial de las leyes que reglan el procedimiento, denegación y torcida administración de justicia y, en general, de toda prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones”*.

Agrega el inciso 2°, refiriéndose de manera expresa a los miembros de la Corte Suprema, que: [...] *“la ley determinará los casos y el modo de hacer efectiva esta responsabilidad”*.

Por su parte, el artículo 324 del Código Orgánico de Tribunales agrega en su inciso 2° que: *“Esta disposición no es aplicable a los miembros de la Corte Suprema en lo relativo a la falta de observancia de las leyes que reglan el procedimiento, ni en cuanto a la denegación ni a la torcida administración de justicia”*.

A partir de estas disposiciones la Excelentísima Corte Suprema ha realizado una particular interpretación en el sentido que ellos gozan de una inviolabilidad relativa en lo que a dichos delitos se refiere, dejando sólo subsistente la responsabilidad penal por el delito de cohecho.

Además, invocan una presunta inexistencia de tribunal competente para perseguir la responsabilidad penal de sus miembros en los delitos a que se refiere la Constitución y el Código Orgánico de Tribunales.

El mencionado alcance implica, como muy bien lo expresa CURY<sup>77</sup>, una “ficción de infalibilidad” a favor de los miembros del máximo tribunal en virtud de la cual es legalmente imposible la existencia de los delitos antes indicados, salvo el cohecho. Esto trae como consecuencia, de acuerdo a POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ<sup>78</sup>, establecer una verdadera presunción de derecho que las resoluciones de la Corte Suprema son conformes a la ley.

En general, la doctrina no comparte la interpretación esgrimida por la Corte Suprema, porque el artículo 324 inciso 2° del Código Orgánico de Tribunales, no puede hacer inaplicable lo que establece el artículo 79 de la Constitución; que en su inciso 2° entrega a la ley una facultad para reglamentar los casos y modo de hacer efectiva la responsabilidad de los miembros de la Corte Suprema, por los hechos a que se refiere el inciso 1°, pero en caso alguno autoriza a la ley para eximirlos de ella. De modo que parece claro que la Voluntad de la Constitución es de sujetarlos a una responsabilidad que a la ley sólo le cabe regular.

Por otra parte, como lo señala el profesor ETCHEBERRY<sup>79</sup>, no es efectivo que no exista tribunal competente para perseguir la responsabilidad de los miembros de la Corte Suprema, ya dicha competencia se encuentra legalmente determinada en los artículos 51, 64 y 218 del Código Orgánico de Tribunales, pues no se trata de

---

<sup>77</sup> CURY, op. cit. Pág. 238.

<sup>78</sup> POLITOFF, SERGIO; MATUS, JEAN PIERRE; RAMIREZ, MARIA CECILIA., op. cit. Pág. 136.

<sup>79</sup> ETCHEBERRY, op. cit. Pág. 155.

perseguir penalmente a la Corte Suprema, sino a algunos de sus miembros individualmente considerados.

## **2.- Aplicación de la ley penal en cuanto al tiempo**

Las leyes rigen desde la fecha indicada en su texto, y si nada dice al respecto, desde su publicación en el diario oficial; extendiendo su vigencia hasta que, expresa o tácitamente, son derogadas total o parcialmente.

Señalaba JIMÉNEZ DE ASÚA: "El ordenamiento jurídico no permanece inmutable en el devenir del tiempo, y mientras unas leyes se extinguen, otras nuevas surgen para servir a las transformaciones de las exigencias de la Sociedad"<sup>80</sup>.

Las leyes penales no resultan ajenas a los criterios anteriormente señalados, pero si presentan ciertos rasgos o características que le son únicas y que desarrollaremos enseguida.

El principio general que rige la materia relativa a la aplicación de la ley en el tiempo es el de la irretroactividad, contenido en el artículo 9° del Código Civil, el cual dispone que: "*la ley puede sólo disponer para lo futuro y no tendrá jamás efecto retroactivo*". Esta disposición constituye un consejo del legislador para las otras ramas del derecho, pues siendo sólo un mandato legal otra ley puede disponer lo contrario.

En materia penal la irretroactividad es obligatoria e insoslayable, so pena de inconstitucionalidad de la norma que lo quebrante, porque el mencionado principio tiene consagración constitucional en el artículo 19 N° 3 inciso 8° de la Constitución Política

---

<sup>80</sup> JIMENEZ DE ASUA, LUIS. Tratado de Derecho Penal. , Buenos Aires, 1962-1971, Tomo II Pág 610.

de la República. al disponer que: “*Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado*”. Esta disposición se reproduce en el artículo 18 del Código Penal.

El principio de irretroactividad constituye un pilar fundamental del Derecho Penal moderno, que a su vez emana del principio de legalidad. Este postulado tiene una importancia política excepcional, pues constituye un límite infranqueable al legislador para penar o agravar la sanción de ciertos hechos a posteriori de su ocurrencia so pretexto de su riesgo o nocividad.

Por lo expuesto anteriormente hoy se le considera un derecho humano fundamental, siendo recogido en numerosos instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas y Pacto de San José de Costa Rica.

PACHECO, comentarista del Código Penal Español, decía: “la penalidad no puede aplicarse sin la previa conminación, y sin el desprecio o quebrantamiento de esa previa conminación<sup>81</sup>”.

El principio básico en esta materia es, entonces, que la ley penal dispone solo para el futuro y no puede jamás tener efecto retroactivo<sup>82</sup>, principio de la irretroactividad de la ley penal, al que MAGGIORE se refiriera como la estrella polar de los caminos del Derecho<sup>83</sup>.

---

<sup>81</sup> PACHECO, JOAQUIN FRANCISCO. El Código Penal Concordado y Comentado, 6ª Edición corregida y aumentada, Madrid, 1888, Pág 84.

<sup>82</sup> CURY, op cit. Pág. 227.

<sup>83</sup> MAGGIORE, GIUSEPPE. Derecho Penal, Editorial Tamis, Bogota, 1954, Tomo I. Pág. 168.

El principio de la irretroactividad de la ley penal se traduce, en definitiva, en que los hechos acaecidos durante la vigencia de una determinada ley penal deben ser sancionados exclusivamente de acuerdo a ella, a menos que la nueva ley resulte más favorable para el imputado. De manera que, si la ley derogada resulta más favorable que la nueva ley, entonces aquella mantendrá su vigencia únicamente para juzgar los hechos acaecidos durante dicho período, situación que se denomina técnicamente ultra actividad de la ley penal.

Tradicionalmente la irretroactividad de la ley penal se ha entendido a la luz de dos criterios o teorías, el criterio de la irretroactividad absoluta, según el cual la ley penal siempre va a regir en forma exclusiva los hechos acaecidos durante su vigencia y el criterio de la irretroactividad relativa, que enseña que si bien la regla es la de irretroactividad de la ley, se acepta la aplicación de una ley posterior, cuando ésta le da un tratamiento más benigno al imputado y en tales casos, a ella debe ajustarse la sanción. Siendo este último criterio el que se recoge en nuestra Constitución Política de la República y legislación penal, según se dijo.

Para que una ley penal pueda aplicarse a hechos acaecidos antes de su entrada en vigencia e incluso promulgación, es decir, para que pueda ser aplicada retroactivamente, es necesario que: primero, después de cometido el hecho se promulgue una nueva ley, luego se requiere que la nueva ley sea mas favorable para el imputado y, por último, el hecho debió haberse cometido bajo el imperio de la antigua ley<sup>84</sup>.

Analicemos los requisitos indicados para que la ley penal pueda tener efecto retroactivo.

---

<sup>84</sup> ETCHEBERRY, op. cit. Pág. 143 y sgtes.



### **2.1.- Que con posterioridad al hecho se promulgue una nueva ley**

Esta nueva ley puede ser una ley penal propiamente tal o bien de otro carácter, pero debe integrar de algún modo la norma jurídica a que se refiere la situación sub iudice. Por ejemplo: se dicta una ley de carácter civil que rebaja el límite de la mayoría de edad, situación que incidirá necesariamente en aquel tipo penal que dentro de sus elementos lo contemple.

### **2.2.- Que la nueva ley sea más favorable para el imputado**

Es ésta la razón o circunstancia por la cual se admite la aplicación retroactiva de la ley penal .

De conformidad a lo señalado por el artículo 18 inciso 2° del Código Penal dos son los casos en que la ley penal nueva resulta más favorable o benigna. Tales son:

#### **2.2.1.- Cuando la nueva ley exime el hecho de toda pena**

En esta situación no existe duda que resulta beneficiosa aquella nueva ley que exime de toda pena al hecho imputado.

Pues bien, el hecho puede resultar eximido de pena por los siguientes motivos:

a) La nueva ley despenaliza el hecho, por ejemplo: delito de vagancia, mendicidad, rapto, adulterio, amancebamiento, sodomía de varones mayores de 18 años, en privado y de mutuo consentimiento.

Esos hechos actualmente no tienen el carácter de delito, como sucedía antes de la dictación de las respectivas leyes que derogaron las disposiciones que tipificaban dichas conductas.

b) La nueva ley incorpora una nueva causal de exención de responsabilidad penal, distintas a las del artículo 10 del Código Penal, conforme a la cual la conducta debe ser impune.

c) La nueva ley consagra una nueva excusa legal absolutoria en virtud de la cual la conducta de que se trate resulta impune no obstante ser un comportamiento típico, antijurídico y culpable.

d) La nueva ley consagra una condición objetiva de punibilidad que antes no existía, es decir, el legislador ha condicionado la imposición de la pena de una conducta típica, antijurídica y culpable, al cumplimiento de una circunstancia ajena al tipo penal y, que por la misma razón, no dependen de la voluntad del sujeto activo. De manera tal que de no concurrir determinan la impunidad de la conducta, no obstante reunir todos los requisitos generales del delito. Por ejemplo: el artículo 393 del Código Penal sanciona "*Al que con conocimiento de causa prestare auxilio a otro para que se suicide*" [...] [...] "*si se efectúa la muerte*".

e) La nueva ley acorta los plazos de prescripción de la acción penal, de manera tal que por aplicación de esta nueva ley deba absolverse al imputado por cuanto la acción debe considerarse prescrita.

En todos estos casos no se presentan mayores problemas en su aplicación, por cuanto el carácter favorable de la nueva disposición está fuera de toda duda desde el momento en que por aplicación de la nueva ley la conducta sub judice resultará impune.

### **2.2.2.- Cuando la nueva ley le aplica una pena menos rigurosa**

A diferencia de lo que ocurría en el caso anterior, en esta hipótesis la benignidad de ella puede resultar algo más difícil de precisar en ciertos casos, según veremos, toda vez que no siempre aparece claro lo favorable de la nueva ley.

Desde luego, que encontraremos situaciones en que no habrá problema para concluir rápida, correctamente y en abstracto lo favorable de la nueva ley penal, como por ejemplo sucedería si en virtud de sus disposiciones se rebajara el marco penal aplicable al hecho juzgado.

Pero existen situaciones en las cuales, prima facie y en abstracto, no resulta fácil determinar si la nueva ley es o no más favorable al imputado, por ejemplo, puede ser que la nueva ley aumente la pena a aplicar, pero acorte el plazo de prescripción de la acción penal y ello determina que el delito no puede ser perseguido; o bien, la antigua ley sancionaba la conducta con una pequeña pena privativa de libertad y ahora la sanciona con una cuantiosa multa o con una pena restrictiva de libertad extremadamente prolongada.

En todas estas situaciones en que no aparece clara la benignidad de la nueva ley, no existe una fórmula general y abstracta para dilucidarlo sino que la decisión le corresponderá al juez, el cual deberá resolver sobre la base de los efectos reales que la aplicación de una u otra ley tengan para el afectado.

En la práctica para resolver el problema el juez tendrá que hacer dos borradores de sentencia, aplicando en cada uno de ellas la nueva y la antigua ley, optando por la aplicación de la ley que en el caso concreto determine un tratamiento más favorable al imputado.

En este punto, cuando la aplicación de la nueva ley no parece ser tan favorable al imputado, se ha planteado la discusión acerca de si éste tiene opinión válida, es decir, si el juez debe o no consultar al imputado antes de resolver el punto. Algunos sostienen que no se debe recabar su opinión<sup>85</sup>, pues se señala que el artículo 18 del Código Penal no lo prevé ni autoriza. Mientras que otros sostienen que si bien no tendrá un papel resolutorio en el debate de técnica jurídica, es difícil pensar que aquello que le resulta beneficioso o perjudicial, se decida sin oírlo, pues en último término sólo a él atañe. Agregan a su posición lo dispuesto por el artículo 338 del Código Procesal Penal que pareciera reconocer el derecho del imputado a ser oído<sup>86</sup>.

A este respecto, el Código Penal Español, contiene una disposición que obliga a escuchar al imputado en caso de duda, lo que parece razonable y de justicia.

Lo que no puede hacer el juez es tomar retazos de la ley antigua y retazos de la ley nueva que más favorezcan al imputado, es decir, mezclar las dos leyes, creando una tercera ley, *lex tertia*. Ello porque el juez no está facultado para construir la *lex tertia*, ley que nunca ha estado en vigor<sup>87</sup>.

### **2.3.- Que los hechos se hayan cometido bajo el imperio de la antigua ley**

Según lo disponen los incisos 2º y 3º del artículo 18 del Código Penal, dos son los momentos en que el Tribunal puede aplicar

---

<sup>85</sup> En este sentido se pronuncia CURY, op. cit. Pág 229; COUSIÑO, op. cit. Pág. 129

<sup>86</sup> POLITOF, SERGIO; MATUS, JEAN PIERRE y RAMIREZ, MARIA CECILIA, op. cit. Pág. 131.

<sup>87</sup> En todo caso el punto puede ser discutible, en España se han presentado y algunos estiman que se trataría de una interpretación integrativa de la ley penal, así lo considera Bustos en BUSTOS RAMIREZ, JUAN. Manual de Derecho Penal, parte general. 3ª Edición. Editorial Ariel. Barcelona. 1989. Pág. 88.

una ley con efecto retroactivo: primero, después de cometido el delito, pero antes que se dicte sentencia de término y, segundo, después de ejecutoriada la sentencia.

Esto no siempre fue así, pues el artículo 18 original del Código de 1874 sólo constaba de los dos primeros incisos, permitiendo, en consecuencia, la aplicación retroactiva de la nueva ley, sólo antes de dictarse sentencia de término.

Es importante señalar que el miembro de la Comisión Redactora, Sr. Fabres, en la sesión número 127, propuso que el beneficio de la aplicación de las leyes más benignas se hiciera extensiva aun a los reos ya condenados y que cumplían su condena. Sin embargo, su iniciativa no prosperó, pues se consideró que no era conveniente consignar en la ley un ataque directo que destruyera la autoridad de cosa juzgada contenida en la sentencia, por cuanto ello podría servir para que se dictaran leyes con el sólo objeto de salvar a determinadas personas ya juzgadas y por sólo intereses políticos o personales. Además, se dejó establecido que si se llegara a verificar el caso propuesto de seguro se obtendría por medio del indulto al mismo resultado, sin dejar establecido en la ley un antecedente de funesta aplicación.

No obstante el parecer de la comisión redactora, por medio de la Ley N° 17.727 del 27 de septiembre de 1972 se le agregaron al artículo 18 sus 2 últimos actuales incisos, haciendo extensivo el “beneficio” para los condenados por sentencia firme y ejecutoriada.

En el mensaje de dicha ley modificatoria se deja establecida que “La finalidad que se persigue está inspirada en la equidad”. No parece ecuánime que un condenado rematado (es decir,

cuando no es posible interponer recurso alguno, excepto el de revisión) pendiente el término de su condena deba cumplirla si una nueva ley exime el hecho de toda pena o le asigna una menos rigurosa que la que está sufriendo.

Se debe recordar, por lo demás, que hoy día la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna, es un mandato constitucional consagrado en el artículo 19 N° 3 inciso 8° de la Constitución Política de la República.

### **2.3.1.- La nueva ley se promulga después de cometido el delito, pero antes que se dicte sentencia de término**

De conformidad a lo preceptuado por el inciso 2° del artículo 18 del Código Penal, el juez “debe” arreglar a la nueva ley –más favorable- el juzgamiento de los hechos incriminados, siendo esta una obligación y no una facultad del juez.

La ley ordena aplicar la nueva ley con efecto retroactivo desde que ésta ha sido promulgada. Su aplicación no se subordina a la publicación de la ley ni a su entrada en vigencia, así lo ha resuelto últimamente la jurisprudencia. Ella debe aplicarse desde que se dicta el decreto promulgatorio del Presidente de la República o la declaración sustitutiva del Tribunal Constitucional<sup>88</sup>.

---

<sup>88</sup> POLITOF, SERGIO; MATUS, JEAN PIERRE y RAMIREZ, MARIA CECILIA, op. cit. Pág. 130.

Finalmente, la norma en esta hipótesis, alude al concepto de “Sentencia de Término”, entendida ésta como aquella definitiva y ejecutoriada respecto de la cual no se encuentra pendiente ni es posible interponer recurso alguno, excepto el de revisión<sup>89</sup>.

### **2.3.2.- La nueva ley se promulga después de ejecutoriada la sentencia**

El artículo 18 inciso 3° del Código Penal ordena modificar de oficio o a petición de parte aquella sentencia ejecutoriada –se haya cumplido o no- que se ha dictado en base a una ley que, posteriormente, ha sido modificada por otra que en definitiva otorga un tratamiento más favorable al imputado, porque exime al hecho de toda pena o lo sanciona con otra menos rigurosa.

Clara excepción al principio de la cosa juzgada que por su vaguedad es calificada por la doctrina como excesiva ya que impone al sentenciador la obligación de obrar de oficio sin establecer límite temporal alguno, lo que -de acuerdo a la redacción de la norma- implica que los Tribunales se encontrarían en la obligación de revisar y modificar, si procediere, indefinidamente la totalidad de los fallos que hubieren dictado aplicando el texto legal antiguo, cada vez que se promulgue una nueva ley que, de una u otra manera, pudiere resultar más beneficiosa para el imputado.

Naturalmente que lo anterior no resulta lógico, carece de sentido obligar al juez a revisar y modificar un fallo que ya no produce efectos por haber sido, por ejemplo, cumplida la condena. Por eso la doctrina nacional sostiene que “será preciso interpretar la modificación legal en el sentido de limitarla al menos a aquellos casos en que la

---

<sup>89</sup> ETCHEBERRY, op. cit. Pág. 145.

sentencia ejecutoriada esté produciendo algún efecto [...] <sup>90</sup>, excluyendo, en cambio, aquellos otros casos en los que no tendría significación práctica alguna. Como por ejemplo: cuando el condenado ha fallecido antes de la promulgación de la nueva ley <sup>91</sup>.

No obstante lo que se ha venido señalando, el mismo artículo 18 del Código Penal en su inciso 3° parte final, establece una contra excepción al principio de la irretroactividad de la Ley penal, disponiendo que la aplicación retroactiva de ley más favorable en ningún caso modificara las consecuencias de la sentencia dictada bajo el imperio de la antigua ley en lo relativo a las indemnizaciones pagadas o cumplidas <sup>92</sup> y a las inhabilidades.

Se ha entendido que el concepto de indemnización que utiliza la ley se refiere tanto a la indemnizaciones propiamente tales como a las restituciones que la sentencia hubiese podido ordenar. Del mismo modo, se considera que no se refiere a las multas que la sentencia pudo haber ordenado pagar, pues éstas tienen el carácter de pena y no tienden al reestablecimiento de una situación civil determinada ni tienden a resarcir el daño ocasionado <sup>93</sup>. Por ello algunos autores sostienen que las multas caen bajo la retroactividad de la nueva ley y consecuentemente con ello si fueron pagadas debiesen ser restituidas total o parcialmente, según correspondiere <sup>94</sup>.

Igualmente la mayor parte de la doctrina se encuentra de acuerdo en que las costas personales y procesales debiesen ser

---

<sup>90</sup> ETCHEBERRY, op. cit. Pág 146.

<sup>91</sup> En este mismo sentido CURY, op. cit. Pág. 230.

<sup>92</sup> A este respecto puede verse artículo del Prof. Artemio Llanos, en la Revista de Derecho Universidad de Concepción, N° 162 julio a diciembre de 1974. Pág 119.

<sup>93</sup> CURY, op. cit. Pág 231. En este mismo sentido ETCHEBERRY, op. cit. Pág. 147.

<sup>94</sup> ETCHEBERRY, op. cit. Pág 147.



consideradas dentro del concepto de indemnización, así pareciere desprenderse de los artículos 24 y 47 del Código Penal<sup>95</sup>.

Idéntica regla que la anterior dispone la ley en lo que dice relación con las inhabilidades impuestas en la sentencia definitiva<sup>96</sup>.

Se estima con el término “inhabilidades” se está haciendo alusión a ciertas consecuencias civiles o administrativas que se siguen de algunas condenas, por ejemplo para el ingreso a la Administración Pública o Fuerzas Armadas<sup>97</sup>.

#### **2.4.- Leyes intermedias**

Hasta ahora el análisis que hemos venido efectuando ha tomado como supuesto la sucesión de dos leyes penales en el tiempo, pero bien puede suceder que en el problema intervengan, sucesivamente, tres o más leyes referidas a la misma materia, situación que nos lleva a analizar las denominadas leyes intermedias.

CURY define las leyes intermedias diciendo que: “son aquellas que se han promulgado después de ejecutado el hecho y han cesado de regir antes de que se pronuncie sentencia de término”.<sup>98</sup>

ETCHEBERRY lo explica señalando que “cuando un hecho delictivo se ha cometido bajo la vigencia de una ley determinada; con posterioridad, pero antes de la sentencia de término, se promulga una nueva ley mas benigna, y finalmente, al momento de dictarse sentencia,

---

<sup>95</sup> En este mismo sentido ETCHEBERRY, op. cit. Pág. 147; y CURY. op. cit. Pág 231.

<sup>96</sup> Tal disposición es considerada por algunos como inconstitucional. En este sentido POLITOF, SERGIO; MATUS, JEAN PIERRE y RAMIREZ, MARIA CECILIA, op. cit. Pág. 130.

<sup>97</sup> Sobre el tema puede consultarse a ETCHEBERRY, op. cit. Pág 147.

<sup>98</sup> CURY, op. cit. Pág. 231.

se ha derogado también la segunda ley, y rige una tercera, que restablece la penalidad primitiva o impone una más severa aún”.<sup>99</sup>

Como ya se puede apreciar el problema aquí es determinar si esa ley –la intermedia- debe ser aplicada al hecho sub iudice en el evento que resulte más benigna o favorable al imputado, a pesar que carece de vigencia tanto al momento de la perpetración del delito como al momento de dictarse el fallo.

La opinión dominante se inclina por la aplicación de la ley intermedia para el evento en que resulte más favorable, fundándose en que el artículo 18 del Código Punitivo, sólo exige para la aplicación retroactiva que ésta haya sido promulgada con posterioridad a la comisión del delito, sin exigir que mantenga su vigencia al momento de pronunciarse sentencia de término. Se agrega, que no puede perjudicarse al imputado por la lentitud en la tramitación de su proceso judicial, ya que con una mayor celeridad, probablemente la sentencia en su caso se habría pronunciado bajo la vigencia de la ley más favorable<sup>100</sup>.

## **2.5.- Leyes transitorias (temporales y excepcionales)**

Otro problema de interesante análisis es el que se presenta cuando la ley fija su propia duración. Cuando así ocurre se habla de ley transitoria, la cual puede presentarse como una regulación legal que fija un período de tiempo preciso para su vigencia, por ejemplo, desde el 1° de enero de 2006 al 31 de agosto del mismo año, hablándose en este caso de ley temporal. O bien, la ley señala que su período de vigencia se sujeta a la subsistencia de determinadas

---

<sup>99</sup> ETCHEBERRY, op. cit. Pág 147.

<sup>100</sup> En este sentido CURY, op. cit. Pág 232; ETCHEBERRY, op. cit. Pág 148; y COUSIÑO, op. cit. Pág 124.

circunstancias que –precisamente- motivan su promulgación, por ejemplo, durante el período de epidemia. En este último caso se habla de ley excepcional o contingente<sup>101</sup>.

En ambos casos, terminado el período de vigencia de la ley, recobra su imperio la legislación común, bajo la cual el hecho incriminado puede ser impune; o bien, siendo punible tiene una sanción, más benigna que la señalada en la ley transitoria.

Un ejemplo de esta clase de leyes lo encontramos en la ley 7.401 de 31 de Diciembre de 1942, llamada de “Seguridad Exterior del Estado”, dictada durante la Segunda Guerra Mundial, para reprimir principalmente el espionaje y el sabotaje, y que con arreglo a su artículo 10 debía regir “Hasta que termine la participación de países americanos en la actual guerra mundial”.

El problema que presentan las leyes transitorias es de determinar si les resulta aplicable el artículo 18 del Código Penal.

El punto ha sido discutido, pero la mayor parte de la doctrina estima que la ley transitoria debe ser aplicada a los hechos cometidos durante su vigencia, no obstante dictarse sentencia de término cuando dicha ley ya no rige y ha recobrado imperio la ley anterior. En apoyo de su posición esta parte de la doctrina señala que de no ser así la prohibición penal aparecería como ineficaz en cuanto conociéndose con anterioridad su próximo término, podría ser violada con la seguridad de no sufrir la sanción penal.

A lo anterior se agrega que el artículo 18 inciso 2° del Código Penal exige para la aplicación retroactiva de la ley más favorable, que esta haya sido promulgada, lo que no sucede cuando deja de regir la ley transitoria porque en realidad sólo recobra la

---

<sup>101</sup> POLITOF, SERGIO; MATUS, JEAN PIERRE y RAMIREZ, MARIA CECILIA, op, cit, Pág. 133.

legislación común. En otros términos no se cumpliría con el requisito de promulgación de una nueva ley.

### **2.6.- Momento de comisión del delito (o tempus delicti)**

Como ya se puede haber advertido, la aplicación de la ley penal en el tiempo hace indispensable precisar el momento en que se cometió el delito, pues esta circunstancia determinará la aplicación de una u otra ley cuando esta ha variado.

Sin embargo, la ley no regula de manera expresa los distintos casos que se pueden presentar, los cuales exponemos, a continuación, de manera sintética:

**2.6.1.- En cuanto a los delitos formales o de mera actividad.** Son aquellos que se consuman con la sola actuación del sujeto activo, sin que sea necesario que se produzca una modificación en el mundo externo; el tiempo del delito tiene lugar en el momento de ejecución de la acción prohibida- si se trata de un delito de acción- o aquel en que el sujeto activo debía ejecutar la acción debida -si es un delito de omisión propia.

**2.6.2.- En cuanto a los delitos permanentes,** es decir, aquellos en que el delito crea un estado antijurídico que se hace subsistir en el tiempo por el sujeto activo, de tal manera que el delito se sigue cometiendo ininterrumpidamente; el tempus delicti se extiende hasta la terminación del hecho. De manera que habrá que determinar si la nueva ley entró en vigor antes o después de terminado el estado antijurídico.

**2.6.3.- En cuanto a los delitos continuados**, es decir, aquella reunión de pluralidad de actos individuales que se consideran una sola acción por la homogeneidad en sus propósitos, forma de comisión y bien jurídico afectado; el delito se comete desde el primer acto hasta el termino de la serie.

**2.6.4.- En los delitos habituales**, entendiendo por tales aquellos en que la conducta se vuelve delictiva por la repetición de ella, pues el hecho aislado no es típico; el delito se comete desde el primer acto hasta el termino de la serie, o como dice ETCHEBERRY desde que se puede decir que hay habitualidad<sup>102</sup>, que es lo que en definitiva tipifica la conducta.

**2.6.5.- En lo que dice relación con los delitos de resultado externo**, es decir, aquellos que para su consumación requieren que se produzca un resultado en el mundo externo distinta de la actuación del sujeto activo, no existe ley que regule esta materia. Ha sido la doctrina la que ha intentado proporcionar una respuesta a través de diversos criterios o teorías:

**Teoría de la acción**, según la cual hay que tomar en cuenta el tiempo en que se llevó a cabo la acción o la omisión;

**Teoría del resultado**, que atiende al momento en que se verificó el efecto exterior de la conducta;

**Teoría mixta**, que sostiene que el delito se cometió tanto en el momento en que se llevó a cabo la acción, como cuando se verificó el resultado.

---

<sup>102</sup> ETCHEBERRY, op. cit. Pág. 70.

Para algunos autores la expresión “cometer” que utilizan tanto el artículo 18 como el artículo 95 del Código Penal, debe entenderse como equivalente a consumir. De lo anterior concluyen que si la acción se encuentra separada- cronológicamente- de la consumación, el tiempo del delito será aquel en que tuvo lugar la realización total del hecho punible por el delincuente<sup>103</sup> (teoría del resultado).

Sin embargo, la opinión dominante considera que hay que atender al momento de la acción o de la omisión, en su caso, aun cuando sea otro el tiempo del resultado. Para dicho planteamiento se esgrimen razones dogmáticas, en especial el hecho de que las descripciones típicas, así como la teoría del iter crimen, de la participación criminal y las causales eximentes de responsabilidad penal, contempladas en el artículo 10 del Código Penal, se cimientan en la “ejecución de hechos” y no en la producción de resultados.

### **3.- Aplicación de la ley penal en cuanto al territorio**

La ley penal de un Estado, por regla general, sólo es eficaz y resulta aplicable dentro de su territorio. El principio de la territorialidad es, entonces, la regla general en esta materia.

Este principio se contiene en el artículo 5° del Código Penal, el cual en su primera parte dispone: “*La ley penal chilena es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros*”. De modo que la ley penal chilena resultará aplicable a todo aquel que cometa delito dentro del territorio de la República, sin importar la nacionalidad del sujeto activo o la víctima, o de los derechos o bienes afectados.

---

<sup>103</sup> NOVOA, op. cit. Pág. 140.

De lo anterior se desprende lo importante que resulta el concepto de territorio para determinar la aplicación de la ley penal patria.

Eduardo NOVOA señala que por territorio se debe entender: “Todo espacio de tierra, mar o aire, sujeto a la soberanía chilena”<sup>104</sup>, agregando el Profesor Enrique CURY al concepto anterior “aquellos lugares que en virtud de una pura ficción jurídica más o menos internacionalmente aceptada, se consideran también pertenecientes a él.”<sup>105</sup>

El concepto anterior distingue entre un territorio, que se ha denominado, natural o real y, otro, denominado ficto.

### **3.1.- Territorio natural**

Se entiende por tal, aquel espacio de tierra, mar o aire sujeto a la soberanía chilena.

El territorio natural se encuentra conformado por:

#### **3.1.1.- El casco terrestre continental e insular sobre el cual Chile ejerce soberanía**

Se comprende tanto el suelo, como el subsuelo, los ríos, lagos y mares interiores, ubicados dentro de las fronteras de la República.

---

<sup>104</sup> Ibídem. Pág. 167.

<sup>105</sup> CURY, op. cit. Pág. 209.

### **3.1.2.- Lugares ocupados por agencias diplomáticas extranjeras**

Se discute si estos lugares deben ser considerados como territorio extranjero, o bien, como territorio nacional. La opinión dominante estima que los lugares ocupados por agencias diplomáticas extranjeras forman parte del territorio natural, pues lo contrario significaría una renuncia a determinadas partes del territorio nacional y consecuentemente a la soberanía.

Por lo anterior, se busca explicar instituciones como asilo y la inviolabilidad, no en la extraterritorialidad de la ley penal extranjera, sino que por la vía de considerarla como una extensión de la inmunidad personal de los agentes diplomáticos correspondientes, por razones de cortesía internacional, sin que ello implique una ficción de extraterritorialidad de la ley penal del Estado representado.

### **3.1.3.- El mar territorial o adyacente**

También forma parte del territorio natural el mar territorial o adyacente.

El artículo 5° del Código Penal, en su segunda parte dispone expresamente que: *“los delitos cometidos en el mar territorial o adyacente quedan sometidos a las prescripciones de este código”*.

En todo caso, son las normas civiles las que nos permiten determinar lo que se debe entender por mar adyacente. En efecto, el artículo 593 del Código Civil distingue entre:



### **Mar adyacente propiamente tal**

Que es aquella franja de mar que se extiende hasta la distancia de 12 millas marinas medidas desde las respectivas líneas de base. Comúnmente se le denomina, también, “mar territorial”, el cual es de dominio nacional; y

### **La Zona contigua**

Que es aquella franja de mar que se extiende hasta la distancia de 24 millas marinas, medidas desde las respectivas líneas de base. Sobre esta porción de mar el Estado ejerce jurisdicción para objetos concernientes a la prevención y sanción de las infracciones de sus leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios.

El artículo 5° del Código Penal se refiere al mar adyacente propiamente tal o mar territorial, así por lo demás lo cree también la doctrina mayoritaria. De manera que en la zona contigua la ley penal chilena no impera de modo general y absoluto, sino que sólo se aplicará cuando se trate de hechos que revistan el carácter de delito relativo a materias aduaneras, fiscales, de inmigración o sanitarias.

### **3.1.4.- Espacio aéreo**

El Estado de Chile tiene la soberanía exclusiva del espacio aéreo sobre su territorio, así lo prescribe el artículo 1° del Código Aeronáutico.

El espacio aéreo chileno se encuentra determinado por el territorio terrestre y marítimo del Estado y desde allí se proyecta hacia el espacio, hasta el límite superior de la atmósfera.

En la práctica la reclamación de soberanía sobre el espacio aéreo tiene importancia hasta la altura en que las aeronaves pueden volar<sup>106</sup>.

### **3.2.- Territorio ficticio**

Según, ya dijimos, el territorio ficto se compone de lugares que en virtud de una pura ficción jurídica más o menos internacionalmente aceptada, se consideran también pertenecientes a él. De modo que este territorio está integrado por lugares que se encuentran fuera de los límites geográficos de Chile, no obstante lo cual la ley chilena tendrá aplicación para conocer de los delitos cometidos en ellos<sup>107</sup>.

Dentro de los lugares que componen el territorio ficto encontramos los siguientes:

#### **3.2. 1.- Naves**

Para decidir si la ley penal chilena se aplica o no a los hechos ocurridos abordo de una nave, es menester, primero, distinguir si se trata de un nave privada o pública.

Conviene señalar que el artículo 6 N° 4 del Código Orgánico de Tribunales distingue entre naves mercantes y naves de guerra. Sin embargo, tanto la doctrina como los instrumentos internacionales más modernos, hacen la distinción entre naves privadas y naves públicas.

---

<sup>106</sup> ETCHEBERRY, op. cit. Pág. 120.

<sup>107</sup> CURY, op. cit. Pag 211

### **Naves privadas**

Quedan comprendidas dentro este concepto, las naves mercantes y los navíos exploradores o en misiones científicas.

El principio en esta materia es que las naves siguen la bandera del buque, lo que se conoce como principio de la bandera o del pabellón.

En efecto, el artículo 6 N° 4 del Código Orgánico de Tribunales sujeta a la jurisdicción de tribunales chilenos los delitos cometidos por chilenos o extranjeros a bordo de un buque chileno en alta mar. Si el buque se encuentra en aguas territoriales extranjeras o surto en algún puerto extranjero, entonces la ley penal chilena ya no resulta aplicable, salvo que se infringiere la legislación nacional y esa infracción pudiera quedar sin sanción (artículo 3 D.L. 2.222)<sup>108</sup>.

Por su parte, el Tratado relativo a la Alta mar, suscrito en Ginebra, el 28 de abril de 1958, dispone en su artículo 6° que un buque en alta mar está sometido a la jurisdicción del Estado bajo cuyo pabellón navega. Su fundamento radica en el hecho de que de otra manera, los delitos que se cometieran en esas “islas flotantes”<sup>109</sup> estarían necesariamente impunes.

En consecuencia, se rigen por la ley chilena, todos los delitos cometidos a bordo de un buque chileno que navegue en alta mar, cualquiera sea la nacionalidad de la persona que lo cometa o cuando se verifique la excepción del artículo 3 del D.L. 2.222

---

<sup>108</sup> POLITOF, SERGIO; MATUS, JEAN PIERRE y RAMIREZ, MARIA CECILIA, op. cit. Pág. 117.

<sup>109</sup> ETCHEBERRY, Alfredo, citado al pie por POLITOFF, MATUS y RAMIREZ, op. cit. Pág. 117.

### **Naves públicas**

En este concepto quedan comprendidas los buques de guerra, los hospitales, los barcos del Estado en misión científica, diplomática o cultural y las embarcaciones cisternas del Estado.

Respecto de las naves públicas, rige la ley del Estado al cual pertenecen las naves -cualquiera sea el lugar en que esta se encuentre- (artículo 6 N° 4 del Código Orgánico de Tribunales). De modo que los hechos ocurridos a bordo de un buque chileno de guerra surto en aguas de otra potencia, quedan sometidos a la jurisdicción de los tribunales chilenos.

### **3.2.2.- Aeronaves**

Si se trata de aeronaves privadas chilenas, ellas quedan sometidas a la ficción de la ley de la bandera cuando sobrevuelan alta mar y también cuando sobrevuelan la denominada “tierra de nadie”. (Artículo 5 inciso 1° Código Aeronáutico).

En cuanto a las aeronaves privadas que sobrevuelan el espacio aéreo de otro Estado, el ejercicio de la jurisdicción penal de dicho Estado es sólo una facultad, no encontrándose obligado a juzgar los hechos cometidos a bordo cuando sobrevolaba su territorio. En virtud de ello la doctrina es de opinión de mantener en estos casos la ley de la bandera, salvo cuando el delito lesiona los intereses del país que sobrevuela o afecta su tranquilidad pública.

A este respecto el artículo 5° en sus incisos 2° y 3° del Código Aeronáutico dispone que las aeronaves chilenas están sometidas a las leyes penales chilenas, aunque se encuentren en vuelo en espacio aéreo sujeto a la soberanía de un Estado extranjero,

respecto de los delitos cometidos a bordo de ellas que no hubiesen sido juzgados en otro país.

En lo que dice relación con las aeronaves militares, de acuerdo con un Protocolo de la Convención relativa al espacio aéreo, celebrada en París, en octubre de 1919. Ningún aeromóvil militar de uno de los Estados contratantes podrá volar por encima de otro de dichos Estados ni aterrizar en él, sin autorización especial. En tal situación el aparato militar gozará, en principio, a falta de estipulaciones especiales, de los privilegios concedidos, según el uso, a las naves de guerra extranjeras.

Lo anterior significa que la ley chilena no sería aplicable a hechos perpetrados en la aeronave militar extranjera a la que se dio permiso para volar sobre el espacio aéreo chileno.

### **3.2.3.- Territorio ocupado por Fuerzas Armadas chilenas**

Por ficción se considera territorio nacional, de manera que en el rige la ley penal chilena.

El artículo 3 N° 1 del Código de Justicia Militar dispone que en el territorio extranjero ocupado fuerzas armadas chilenas, rige la ley nacional para los delitos militares y comunes, debiendo aplicarse a estos últimos las leyes penales correspondientes, aunque la competencia pertenezca a los tribunales militares.

### **3.3. Locus delicti o lugar de comisión del delito**

Tratándose de la territorialidad o extraterritorialidad en la aplicación de la ley penal, el lugar de comisión del delito resulta de vital importancia para determinar la ley penal aplicable.

En ocasiones este aspecto puede tener algún grado de complejidad, por ejemplo: “cuando A dispara a través de la frontera sobre B, el cual cae muerto en el país vecino”<sup>110</sup> o si una persona le envía a otra unos chocolates envenenados, que son consumidos por su destinataria en otro país, falleciendo ¿dónde se han cometido los delitos?

Nuestra ley patria no resuelve el problema, pues nada dice al respecto y ha sido la doctrina la que ha elaborado diversos criterios de solución.

Tres teorías intentan solucionar el problema, a continuación las exponemos brevemente:

#### **3.3.1.- Teoría del resultado**

Plantea que debe estarse al lugar donde se consumó el delito.

---

<sup>110</sup> CURY, op. cit. Pág. 212.

### 3.3.2.- Teoría de la actividad

Sostiene que debe estarse al lugar en que el sujeto activo dio comienzo a la ejecución de la conducta.

### 3.3.3.- Teoría de la ubicuidad

Según esta teoría puede conocer del hecho tanto el país en que se dio principio de ejecución a la conducta como aquel en que se produjo el resultado.

La doctrina discute cuál sería la solución en la legislación chilena, por cuanto y como se dijo, no existe una regulación expresa.

NOVOA<sup>111</sup> sostiene que rige el principio de la ubicuidad, criterio que es compartido por POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ<sup>112</sup>, el cual además cita a su favor una Sentencia de la Corte Suprema del año 1964, que afirma que “procede considerar cometido el delito en el lugar donde se dio comienzo a su ejecución (estafa) y, por consiguiente, no sólo puede ser perseguido en el país en que se produjo su total acabamiento o consumación, sino también en aquel en que se realizaron actos iniciales de ejecución”. Comparte esta opinión el Profesor Enrique CURY<sup>113</sup>.

En contra se manifiesta ETCHEBERRY<sup>114</sup>, quien aplica extensivamente el artículo 157 del Código Orgánico de Tribunales, bogando por la aplicación de la teoría de la actividad. La norma citada reza: *“El delito se considerará cometido en el lugar donde se dio comienzo a su ejecución”*.

---

<sup>111</sup> NOVOA, op. cit. Pág 167 y siguientes.

<sup>112</sup> POLITOFF, SERGIO; MATUS, JEAN PIERRE y RAMIREZ, MARIA CECILIA, op. cit. Pág. 118.

<sup>113</sup> CURY, op. cit. Pág. 213.

<sup>114</sup> ETCHEBERRY, op. cit. T. II. Pág. 72.

En lo que dice relación con aquellos países signatarios del Código de Bustamante, se aplica el artículo 302 que dispone que: *“Cuando los actos de que se componga un delito, se realicen en Estados contratantes diversos, cada Estado puede castigar el acto realizado en su país, si constituye por sí solo un hecho punible.*

*De lo contrario, se dará preferencia al derecho de la soberanía local en que el delito se haya consumado”.*

### **3.4.- Excepciones a la territorialidad de la ley penal**

La regla general es la territorialidad de la aplicación de la ley penal. Sin embargo, esta regla presenta excepciones que se traducen en la aplicación de la ley chilena a hechos cometidos en el extranjero, por chilenos e incluso extranjeros, en atención a criterios especiales. Estos principios o criterios son los de personalidad, real, de defensa o de protección y el de la universalidad.

#### **3.4.1.- Principio de la personalidad o nacionalidad**

Este principio enseña que la ley penal de un Estado debe aplicarse a sus nacionales, cualquiera sea el lugar en que el delito se haya cometido, es decir, la ley penal sigue al nacional donde quiera que éste se encuentre.

Su fundamento se encuentra en la negativa de ciertos países de entregar a sus nacionales a otro país donde el delito se cometió, lo que le genera la obligación de juzgarlo por el hecho.

En esta materia se distingue la personalidad activa y la pasiva.



La activa, implica una prohibición absoluta, mientras que la pasiva, exige para someter al ciudadano a su ley nacional, que la víctima o el bien jurídico transgredido sea también de la misma nacionalidad.

La doctrina critica la aplicación de este principio y no le encuentra mayor fundamento jurídico internacional, pues contradice la idea de colaboración jurídica entre los Estados.

Se indican como manifestaciones del principio de personalidad los siguientes casos:

a) El artículo 1° de la Ley N° 5.478, de 14 de Septiembre de 1934, prescribe que *“El chileno que, dentro del país o en el exterior, prestare servicios de orden militar a un estado extranjero que se encuentre comprometido en una guerra respecto de la cual Chile, se hubiese declarado neutral, sufrirá las penas de”* [...] Esta ley estuvo motivada por la guerra del Chaco, entre Bolivia y Paraguay, pero nunca fue derogada y está todavía vigente)

b) El artículo 4° letra g) de la Ley 12.927, de 6 de agosto de 1958, sobre Seguridad del Estado, castiga a [...] *“los chilenos que, encontrándose fuera del país, divulgaren en el exterior noticias o informaciones tendenciosas o falsas destinadas a destruir el régimen republicano y democrático de gobierno, o a perturbar el orden constitucional, la seguridad del país, el régimen económico o monetario, la normalidad de los precios, la estabilidad de los valores y efectos públicos y el abastecimiento de las poblaciones”*.

c) El artículo 6 N° 6 del Código Orgánico de Tribunales señala que la ley penal chilena es aplicable respecto de los crímenes y simples delitos cometidos en el exterior [...] *“por chilenos contra chilenos si el culpable regresa a Chile sin haber sido juzgado por la*

*autoridad del país en que delinquiró*". Aquí existe una combinación de la personalidad activa, con la pasiva.

La expresión chilenos, contra chilenos, aunque revela que ha de tratarse de ataques contra particulares, no significa que el bien jurídico lesionado deba tener un carácter personal (vida, integridad corporal, honor etc.) pues la ley no ha previsto una limitación al respecto<sup>115</sup>.

Según ETCHEBERRY<sup>116</sup>, el principio de la personalidad encuentra sólo amplia aplicación cuando rige lo dispuesto en el artículo 345 del Código de Bustamante, que prescribe que ningún Estado está obligado a entregar a sus nacionales cuando su extradición le sea solicitada por otro Estado, pero aquel que deniegue la extradición está obligado a juzgarlo.

### **3.4.2.- Principio real, de defensa o de protección**

Según este principio la ley aplicable se determina por la nacionalidad del bien jurídico vulnerado, sin que tenga trascendencia el lugar en que se cometió el hecho dañoso, ni la nacionalidad de la persona que lo ejecutó.

El fundamento de este principio radica en que la conducta ejecutada compromete intereses o valores del Estado considerados como primordiales. Por ejemplo: la falsificación de moneda de un país, que se comete en el territorio de otro Estado, evidentemente que compromete los intereses de aquel al cual pertenece la moneda.

---

<sup>115</sup> NOVOA, op. cit. Pág. 169

<sup>116</sup> ETCHEBERRY, op. cit. Pág. 126.

Este principio es el que provee de la mayor cantidad de excepciones al principio de la territorialidad, a saber:

a) El artículo 6 N° 1 del Código Orgánico de Tribunales somete al conocimiento de los tribunales chilenos los delitos perpetrado en el extranjero cuando es cometido por un agente diplomático o consular de la República, en el ejercicio de sus funciones.

b) El artículo 6 N° 2 del Código Orgánico de Tribunales somete al conocimiento de los tribunales chilenos los delitos perpetrado en el extranjero cuando se trate de malversación de caudales públicos, fraudes y exacciones ilegales, la infidelidad en la custodia de documentos, la violación de secretos, el cohecho, cometidos por funcionarios públicos chilenos o por extranjeros al servicio de la República.

c) El artículo 6 N° 5 del Código Orgánico de Tribunales somete al conocimiento de los tribunales chilenos los delitos perpetrado en el extranjero cuando se trate de la falsificación del sello del Estado, de moneda nacional, de documentos de crédito del Estado, de las Municipalidades o de establecimientos públicos, cometida por chilenos, o por extranjeros que fueren habidos en el territorio de la República.

d) El artículo 3 N° 2 del Código de Justicia Militar somete a la jurisdicción de los tribunales militares chilenos los hechos ocurridos en el exterior cuando se trate de delitos cometidos por militares en el ejercicio de sus funciones o en comisiones del servicio.

e) El artículo 3 N° 3 del Código de Justicia Militar somete a la jurisdicción de los tribunales militares chilenos los hechos ocurridos en el exterior cuando se trate de delitos contra la soberanía del Estado y su seguridad exterior o interior contemplados en este Código.

### 3.4.3.- Principio de la universalidad

Este principio parte de la base que existe una Comunidad Jurídica Internacional, a la que le interesa proteger ciertos bienes jurídicos que consideran de gran relevancia para todos. En virtud de ello se estima que el Estado en cuyo territorio se encuentre el delincuente tiene el derecho y la obligación de conocer el delito y de juzgarlo, cualquiera sea la nacionalidad del delincuente, la víctima o los bienes afectados, así como el lugar en que se cometió el delito.

Este principio, tiene un doble fundamento. Por un lado, se dice que el objeto del derecho penal es proteger, mas que la soberanía del Estado, los derechos humanos, circunstancia que hace nacer, por si sola, el derecho de cada Estado para juzgar al delincuente que se encuentra en su jurisdicción, siempre que no hubiese sido juzgado en otra parte<sup>117</sup>. Por otro lado, se dice que con la aplicación de este principio se evita que los delincuentes busquen refugio en otros países.

El postulado de la universalidad se encuentra reconocido en las siguientes disposiciones de nuestro derecho interno:

a) Artículo 6 N° 7 del Código Orgánico de Tribunales, el cual hace de competencia de nuestros tribunales los hechos constitutivos del delito de piratería, aunque ellos se hayan ejecutado fuera del territorio chileno.

b) Artículo 6 N° 8 del Código Orgánico de Tribunales, el cual ordena igual tratamiento respecto de los crímenes y simples delitos comprendidos en tratados internacionales celebrados con otros países.

---

<sup>117</sup> ETCHEBERRY, op. cit. Pág. 127.

Es en virtud de esta disposición legal que en Chile reciben aplicación las Convenciones Internacionales que nuestro país ha suscrito sobre trata de blancas, genocidio, etc.

En este mismo sentido apuntan los artículos 307 y 308 del Código de Bustamante, que prescriben que: *“también estarán sujetos a las leyes penales del Estado extranjero en que puedan ser aprehendidos y juzgados los que cometan fuera del territorio un delito, como la trata de blancas, que ese Estado contratante se haya obligado a reprimir por un acuerdo internacional”* [...]

En esta materia es importante tener en cuenta la Convención sobre Prevención y Sanción del delito de Genocidio, aprobada en la Tercera Asamblea general de las Naciones Unidas, en París, el 3 de junio de 1953; pues ella dispone que si, por cualquier razón, los que aparezcan responsables de alguno de tales delitos se hallaren en nuestro territorio, los tribunales chilenos tendrían jurisdicción para perseguirlos y castigarlos conforme a la ley chilena.

En este mismo sentido, la Convención de las Naciones Unidas contra la tortura y otros tratamientos crueles, inhumanos o degradantes, suscrito en Nueva York, el 10 de diciembre de 1984, también ratificado por Chile, establecen la obligación de todos los Estados de perseguir tales crímenes como opción subsidiaria al rechazo de una solicitud de extradición.

#### **4.- La extradición**

La extradición es una institución de colaboración jurídica internacional, en virtud de la cual a un Estado extranjero, que acredita

títulos para perseguir criminalmente a un individuo o para hacer efectiva una condena, se le coloca en la oportunidad de hacerlo.

#### **4.1.- Concepto, clasificación y fundamento**

“Es una institución jurídica en virtud de la cual un Estado entrega a otro Estado una persona que se encuentra en el territorio del primero y que es reclamada por el segundo para su juzgamiento en materia penal o para el cumplimiento de una sentencia de éste carácter ya dictada”<sup>118</sup>.

Si esta institución se mira desde el punto de vista del Estado que la solicita –Estado requirente- se le llama extradición activa. Si se considera desde el punto de vista del Estado al que se le pide la entrega –Estado requerido- se le denomina extradición pasiva.

Según el concepto transcrito, la extradición puede perseguir dos objetivos distintos: primero, puede perseguir la entrega de un sujeto con el objeto de juzgarlo penalmente; o bien, obtener la entrega de un individuo para aplicarle una sentencia de carácter penal, que ya se encuentra firme.

En lo que dice relación con los fundamentos de la extradición, el punto ha sido discutido y aún es controvertido, sin embargo la doctrina concuerda en los siguientes:

a) La extradición debe tener su origen en una norma jurídica, es decir, un tratado, sea éste bilateral o multilateral, en el cual los países que lo suscriben la reglamenten.

b) Para el caso que no exista tratado entre los Estados involucrados, se sostiene que de todas formas debe ser concedida en

---

<sup>118</sup> ETCHEBERRY, op. cit. Pág. 134.

virtud del principio de cooperación internacional y reciprocidad que debe existir entre los Estados.

c) También puede suceder que el delito que motiva la extradición, se refiera a un hecho que afecta intereses comunes a todas las naciones, o bien que su autor constituya un peligro para el ordenamiento jurídico de todos los Estados. En estos casos aun cuando no haya convenciones especiales entre los Estados, es decir, normas jurídicas que lo obliguen en esta materia, la extradición debe ser concedida, pues es una medida de conveniencia política para el Estado donde se encuentra el delincuente.

Resulta interesante tener presente que la Ley N° 20.000, de 2 de febrero de 2005, que sustituye a la Ley N° 19.366 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas; establece en su artículo 48 que: *“Los delitos de esta ley serán susceptibles de extradición, tanto activa como pasiva, aun en ausencia de reciprocidad o de tratado sobre la materia”*.

#### **4.2.- Fuentes de la extradición**

En nuestro derecho la extradición puede encontrar como fuente directa diversos cuerpos legales, entre ellos los siguientes:

##### **4.2.1.- Tratados internacionales**

a) Código de Derecho Internacional Privado, suscrito en la Habana el 20 de febrero de 1928, llamado comúnmente Código de Bustamante, ratificado por Chile el 14 de junio de 1933. Este cuerpo legal ha sido suscrito por casi todos los países Americanos, excepto Estados Unidos.

b) Convención sobre Extradición de Montevideo, suscrita durante la verificación de la 7ª Conferencia Internacional Americana y ratificada por Chile el 2 de julio de 1935.

c) Tratados bilaterales sobre extradición, como por ejemplo con España; Gran Bretaña, Uruguay, Paraguay, Ecuador, Bélgica, Estados Unidos, etc.

#### **4.2.2.- Código de Procedimiento Penal y Código Procesal Penal**

A la materia se refieren los artículos 635 y siguientes del Código de Procedimiento Penal y 431 y siguientes del Código Procesal Penal.

#### **4.2.3.- Código Orgánico de Tribunales**

Que nos permite determinar el organismo encargado de conocer de la extradición y de resolverla, que en Chile corresponde, según lo prescribe el artículo 52 N° 3, a un ministro de la Corte Suprema en el caso de la extradición pasiva y las Cortes de Apelaciones en el caso de la activa, ya que así lo ordena el artículo 63 N° 1 letra d).

Respecto de los países con los cuales no existe Tratado de Extradición, en numerosas oportunidades el criterio de los Tribunales ha sido el de aplicar también las disposiciones del Código de Bustamante y la Convención de Montevideo, por cuanto se ha estimado que sus normas constituyen principios de Derecho Internacional. También se ha recurrido al principio de reciprocidad.



### **4.3.- Requisitos de fondo de la extradición**

La extradición por sus características propias, presenta aspectos sustantivos, adjetivos y de derecho internacional.

Atendido al objeto de nuestro estudio sólo nos referiremos a los requisitos de fondo o sustantivos de la extradición, estos son:

- a) Existencia de determinadas relaciones entre los Estados.
- b) Requisitos referidos a la calidad del hecho.
- c) Requisitos relativos a la calidad del delincuente.
- d) Requisitos referentes a la punibilidad del hecho incriminado.

#### **4.3.1.- Existencia de relaciones entre los Estados**

Lo normal es que en materia de extradición existan Tratados bilaterales o multilaterales que regulen el tema. Sin embargo, la circunstancia de no existir un Tratado, no obsta para que esta igualmente se conceda, pues puede ser otorgada en virtud de principios de cortesía internacional, o bien en virtud del principio de reciprocidad, es decir, como una especie de promesa de que el requirente la otorgue a su vez, si más adelante le es solicitada.

La ley 20.000, ya citada, no exige tratado, ni reciprocidad para conceder la extradición por los delitos que ella tipifica.

#### **4.3.2.- Requisitos relativos a la calidad del hecho**

En esta materia se exigen los siguientes requisitos:

##### **Principio de la identidad de la norma o de la doble incriminación**

En virtud de este principio, para que proceda la extradición es menester que el hecho de su materia, sea delictivo tanto en la legislación del país requirente, como en la del país requerido.

La doble incriminación debe ser apreciada en abstracto, el país requerido no debe entrar a examinar posibles causales de justificación o de exculpación. En otras palabras, en el fondo sólo se debe examinar a nivel de tipicidad objetiva.

Esta materia se regula por el artículos 647 N° 2 del Código de Procedimiento Penal o, en su caso, por el artículo 431 del Código Procesal Penal, y el artículo 353 del Código de Derecho Internacional Privado.

##### **Principio de la mínima gravedad**

La extradición sólo es admisible cuando se trata de delitos de cierta gravedad y no en caso de infracciones de poca importancia.

En teoría existen dos sistemas:

a) Que los respectivos tratados enumeren los delitos por los cuales se concederá la extradición.

b) Que se señale la penalidad mínima que debe tener asignada el delito para ésta proceda.

Este último sistema es el más moderno y es el que sigue tanto el Código de Bustamante, como el tratado de Montevideo, los cuales exigen que el delito debe tener asignada una pena mínima de un año de privación de libertad.

La jurisprudencia ha entendido que se cumple este requisito si dentro de una pena variable, el máximo de la misma sobrepasa el año, aun cuando el mínimo esté por debajo de éste.

Consecuencia de este principio es que la extradición no resulte procedente por infracciones que sean constitutivas de faltas.

El examen de la penalidad aplicable debe hacerse en abstracto cuando se solicita la extradición para juzgar al delincuente. Mientras que si se solicita para hacerlo cumplir una pena ya impuesta, entonces se debe atender a la pena que se le aplicó concretamente en la sentencia respectiva.

### **Principio de la exclusión de delitos políticos**

La extradición sólo procede por delitos comunes nunca por delitos de carácter político. (Artículo 355 del Código de Bustamante y artículo 23 del Tratado de Montevideo).

Usualmente los tratados de extradición contemplan una cláusula en la cual se excluyen expresamente los delitos políticos. Se sostiene que aún cuando no estuviera señalado expresamente la regla debe ser la misma, pues la no extradición de los delitos políticos es un principio obligatorio de jus cogens.

Discutido resulta determinar qué se entiende por delito político, existiendo fundamentalmente dos criterios:

a) Criterio subjetivo, según el cual delito político es todo aquel que obedece al propósito de alterar, modificar o sustituir la institucionalidad política de un Estado<sup>119</sup>;

b) Criterio objetivo, según el cual delito político es aquel que lesiona fundamentalmente la Organización institucional del Estado o los derechos políticos de los ciudadanos.

Este último criterio es el que tiene mayor aceptación en la doctrina moderna.

Para los efectos de determinar si procede o no la extradición, se distingue entre: delitos políticos puros, delitos políticos complejos o relativos y los delitos conexos a delitos políticos.

### **Delitos políticos puros o propiamente tales**

Son aquellos que sólo atentan contra la organización política del Estado o contra los derechos políticos de los ciudadanos. Por ejemplo: la rebelión, en que el bien jurídico protegido es la normalidad constitucional del Estado.

Respecto de estos delitos la no extradición es absoluta.

### **Delitos políticos complejos o relativos**

Son aquellos que lesionan a la vez el orden político y el derecho común. Por ejemplo: el asesinato del jefe de Estado, cometido por móviles políticos.

Respecto de éste clase de delito político la regla general dice que no procede la extradición, a menos que se trate de un

---

<sup>119</sup> CURY, op. cit. Pág. 221.

atentado contra la vida de un jefe de Estado cometido por motivaciones políticas, pues no obstante ser el magnicidio un delito político complejo, el artículo 357 del Código de Bustamante, hace la excepción a la regla.

Esta excepción se encuentra consagrada en la mayoría de los tratados y la disposición que lo contempla se denomina "cláusula Belga del atentado". Lo cual tiene su origen en la Convención de Extradición Franco-Belga de 1856, celebrada como consecuencia de un atentado cometido en contra de Napoleón III.

### **Delitos conexos a delitos políticos**

Son hechos punibles comunes, pero que se cometen en el curso o en momentos de una insurrección, para favorecer a ésta. Por ejemplo: el robo de armas para promover una rebelión o para mantener una ya iniciada.

Según el artículo 355 del Código de Bustamante, por regla general esta categoría de delito político no resulta extraditable, pues en principio mantiene el móvil político. Sin embargo, actualmente se tiende a aceptar su procedencia "cuando el hecho punible común de que se trata, constituye una expresión grave de vandalismo o inhumanidad"<sup>120</sup>, o bien cuando consiste en atentados contra la vida o la integridad corporal, a menos que se trate de hechos ocurridos en lucha abierta. Así por ejemplo, nuestra jurisprudencia ha considerado que la extorsión y el robo con violencia son delitos comunes y no políticos ni conexos con ellos, aunque tuvieran una finalidad política<sup>121</sup>.

---

<sup>120</sup> CURY, op. cit. Pág. 222.

<sup>121</sup> POLITOFF, MATUS Y RAMIREZ, op. cit. Pág. 149 y CURY, op. cit. Pág. 222.

Según el artículo 356 del Código de Bustamante, al Estado requerido le corresponderá hacer la calificación acerca de si los hechos constituyen delito común o político.

La exclusión de los delitos políticos de la extradición se funda en el hecho que ellos, al menos en su forma pura, se rigen por propósitos altruistas y motivaciones ideológicas que chocan contra las valoraciones del orden establecido en el Estado.<sup>122</sup>

#### **4.3.3.- Requisitos relativos a la calidad del delincuente**

Existen algunos Estados –cuando son requeridos- que resisten la entrega de sus nacionales para los efectos propios de la extradición. La negativa se fundamenta, principalmente, en el temor de que su nacional no sea tratado con la imparcialidad, llegándose a sostener, incluso, que la entrega de uno de sus ciudadanos es contraria a la dignidad nacional. Fundamento de carácter puramente sentimental y por ende sin valor jurídico.

En nuestro ordenamiento Jurídico, en principio, no existen mayores requisitos sobre este punto.

El Tratado de Montevideo sobre extradición establece, en su artículo 20, que la nacionalidad del reo no altera el principio territorial, en otros términos procede la extradición aun cuando se trate de un nacional del Estado requerido.

Por su parte el Código de Bustamante, en su artículo 345, establece una regla optativa que prescribe que los Estados partes no están obligados a entregar a sus nacionales, pero, en dicho caso, deben juzgarlo.

---

<sup>122</sup> CURY, op. cit. Pág. 221. En el mismo sentido POLITOFF, MATUS Y RAMIREZ, op. cit. Pág. 148.

Se ha planteado la discusión en nuestra doctrina acerca de si el artículo 345, recién citado, puede recibir aplicación o no en nuestro País. Es decir, si pueden nuestros tribunales juzgar a un ciudadano Chileno que ha delinquido en el extranjero y respecto del cual nuestro Estado ha denegado su extradición.

Al respecto hay dos opiniones antagónicas. Por una parte Eduardo NOVOA<sup>123</sup> sostiene que el artículo 345 carecería de aplicación en nuestro país. La razón sería que en tales casos los tribunales chilenos no tendrían competencia para juzgar delitos cometidos en el extranjero por un nacional, debido a que la única excepción en este sentido está en el artículo 6° del Código Orgánico de Tribunales, al que ya nos hemos referido anteriormente. De manera que, si la conducta no está contemplada en esta disposición no podría ser juzgado.

En contrario se manifiestan ETCHEBERRY<sup>124</sup> y CURY<sup>125</sup>, quienes sostienen que la facultad de juzgar los delitos está dada por el artículo 345 del Código de Bustamante y, además, por el artículo 341 del mismo cuerpo legal. Esta última disposición confiere competencia a los tribunales de cada Estado contratante para conocer de todos los delitos y faltas a los cuales debe aplicarse la ley penal del respectivo Estado.

#### **4.3.4.- Requisitos relativos a la punibilidad del hecho**

Para que la extradición sea procedente se requiere que concurren los siguientes requisitos:

---

<sup>123</sup> NOVOA, op. cit. T. I. Pág. 128.

<sup>124</sup> ETCHEBERRY, op. cit. Pág. 138.

<sup>125</sup> CURY, op. cit. Pág. 223.

a) De conformidad al artículo 359 del Código de Bustamante es necesario que ni la acción penal ni la pena se encuentren prescritas. Esto de acuerdo a la legislación del Estado requirente y requerido.

Por su parte el artículo 19 del Tratado de Montevideo, establece que este aspecto debe mirarse desde el punto de vista del país requirente, pues será el quien va a perseguir y sancionar, en definitiva, al individuo.

En el evento que se trate de delitos “imprescriptibles”, como el genocidio, obviamente no se aplica este requisito.

b) La extradición procede no obstante la amnistía pronunciada en el país requerido con posterioridad a la comisión del delito. Así lo dispone el artículo 360 Código de Bustamante.

c) No procede la extradición cuando el sujeto ya ha cumplido una condena por el mismo delito en el Estado requerido. Esto constituye manifestación del principio Non bis in idem.

d) Igual que en el caso anterior, es improcedente la extradición si el sujeto fue absuelto en el Estado requerido, por el mismo delito por el cual se solicita la extradición. (Artículo 358 del Código de Bustamante).

e) El artículo 358 del Código de Bustamante establece que no se concederá la extradición, cuando el sujeto se encuentra sometido a un juicio todavía pendiente en el Estado requerido, siempre que se trate del mismo delito que ha motivado la petición extradición.

f) Finalmente, el artículo 378 del Código de Derecho Internacional Privado señala que concedida la extradición, la entrega



queda condicionada a que no se imponga o ejecute la pena de muerte por el delito por el cual se otorgó.

#### **4.4.- Efectos de la extradición**

La extradición, según la doctrina, produce dos efectos principales, ellos son:

##### **4.4.1.- Aplicación del principio de la especialidad**

En virtud de este principio el país requirente sólo puede juzgar al extraditado por él o los delitos que motivaron la extradición, o en su caso, imponerle la pena establecida en la sentencia condenatoria que fundó la solicitud de extradición.

Por esta razón es que el Estado requirente debe indicar en su solicitud de extradición -con toda precisión- los hechos atribuidos o imputados al reo, o determinar la condena pendiente en su contra. De manera entonces, que le está prohibido al país requirente someter al extraditado a procesos por delitos cometidos anteriormente o hacerle cumplir condenas diferentes de aquella que se esgrimió como fundamento para solicitar la entrega. Salvo, evidentemente, que se solicite una nueva extradición en razón de esos otros delitos o condenas y que el Estado requerido la acoja.

La regla antes indicada tiene una excepción, que consiste en que el Estado requirente puede proceder libremente contra el sujeto extraditado. Ello tiene lugar cuando absuelto por el Estado requirente respecto del delito que fundamentó la extradición o cumplida la pena que se le impuso en el juicio respectivo, permanece en forma voluntaria en el territorio del Estado requirente. Esto sucede porque se entiende

que en tal caso está renunciando de manera tácita a la protección que le otorgaba el requerido. Para aplicar la excepción se necesita que la permanencia debe prolongarse por tres meses, a lo menos. (Artículo 377 inciso final del Código de Bustamante).

#### **4.4.2.- Efecto de cosa juzgada**

La sentencia que deniega la extradición produce el efecto de cosa juzgada, de modo que ella no puede volver a solicitarse por el mismo delito. (Artículo 381 del Código de Bustamante).

## **CAPÍTULO IV**

### **INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL**

#### **1.- Generalidades**

Para que exista tipicidad es necesario que la conducta ejecutada por el sujeto se encuadre exactamente en un tipo penal. Por esa razón, fijar el sentido y alcance del contenido de la descripción legal, que es una regla abstracta, resulta indispensable para aplicar la ley a un caso concreto.

Por su parte, es imposible pretender que el legislador, por muy cuidadoso que sea, pueda traspasar su pensamiento en cada palabra utilizada; motivo por el cual, por regla general, le corresponde al juez interpretar y aplicar el derecho al caso concreto (excepcionalmente la interpretación la hace la propia ley, lo que se denomina interpretación auténtica).

Así, basta citar sólo un tipo penal para constatar que tendremos que enfrentar enormes problemas de interpretación, como por ejemplo, el artículo 432 del Código Penal, que define tanto las figuras de hurto como las de robo. En dicho artículo, el verbo rector es “apropiarse” concepto que a través del tiempo ha dado lugar a numerosas discusiones doctrinarias y jurisprudenciales acerca de cuál es el alcance de su contenido.

Se discute si el proceso de interpretación es siempre necesario, esto es, si el análisis mental destinado a obtener el significado de una ley es aplicable tanto a las leyes claras como a las oscuras. Sobre el punto, Eduardo NOVOA<sup>126</sup> señala que cuando las

---

<sup>126</sup> NOVOA, op. cit. Pág. 134.

normas sean suficientemente claras basta simplemente aplicarlas. Sin embargo, la doctrina mayoritaria es de opinión contraria. Así, Alfredo ETCHEBERRY señala que “La ley sólo puede cobrar vida, o sea, aplicarse a la realidad social, a través de un juicio formulado por un individuo (juez), quien aplica una voluntad abstracta (la ley) a un caso concreto. Como la ley se expresa en forma de juicio, el juez necesita indispensablemente, en todos los casos sin excepción, interpretar la ley”<sup>127</sup>. En el mismo sentido opinan Mario GARRIDO MONTT<sup>128</sup> y Enrique CURY URZÚA<sup>129</sup>.

Ésta última parece ser la doctrina correcta, toda vez que para determinar si un precepto legal es claro, es necesaria su interpretación. Si a través de la interpretación de una norma se llega a la conclusión que el precepto es claro, entonces debe aplicarse, en caso contrario, si la disposición es oscura o dudosa, debe determinarse su real sentido a través de las herramientas que el proceso de interpretación otorga.

## 2.- Concepto

Se puede definir la interpretación como “la operación mental cuyo objeto es la captación íntegra, exacta y fiel de un juicio, a través de la proposición que lo enuncia”<sup>130</sup>.

Otra definición nos señala que “Interpretar es un proceso espiritual mediante el cual un espíritu pensante responde al mensaje de otro espíritu, que le habla a través de formas representativas”.<sup>131</sup>

---

<sup>127</sup> ETCHEBERRY, op. cit. Pág. 97.

<sup>128</sup> GARRIDO MONTT, op. cit. Pág. 91.

<sup>129</sup> CURY, op. cit. Pág. 185.

<sup>130</sup> MOLINARIO, Alfredo, citado por ETCHEBERRY, op. cit. Pág. 97.

<sup>131</sup> BETTI, Emilio, citado por CURY, op. cit. Pág. 183.

### **3.- Clasificación**

La interpretación puede ser clasificada sobre la base de dos criterios distintos:

a) Según la fuente interpretativa, en la que encontramos la interpretación auténtica, interpretación doctrinaria e interpretación judicial.

b) Según el resultado interpretativo, pudiendo ser una interpretación declarativa, restrictiva o extensiva.

#### **3.1.- Interpretación según la fuente interpretativa**

Se puede clasificar en:

##### **3.1.1.- Interpretación auténtica**

Es la que efectúa el legislador a través de un pasaje de la misma ley interpretada o de otra ley distinta.

Esta interpretación es la única que tiene una aplicación obligatoria, de carácter general, ello de conformidad a lo prescrito en el artículo 3° del Código Civil que señala que “*Sólo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio*”.

En cuanto a si la ley interpretativa debe indicar que tiene ese carácter, CURY señala que “una disposición puede ser considerada interpretativa, aunque formalmente no se atribuya ese carácter, cuando sea patente que su única finalidad radica en esclarecer y fijar el sentido de otra norma. Al contrario, la ley no es interpretativa, aunque se titule como tal, si resulta que en realidad altera, extiende o hasta contradice

el alcance de aquélla a la que supuestamente tenía el propósito de interpretar”.<sup>132</sup>

Un problema doctrinario se ha generado en torno al efecto retroactivo de la ley interpretativa, consagrado en el artículo 9° inciso 2° del Código Civil que establece que “*Sin embargo, las leyes que se limitan a declarar el sentido de otras leyes, se entenderán incorporadas en éstas; pero no afectarán en manera alguna los efectos de las sentencias judiciales ejecutoriadas en el tiempo intermedio*”. Según ETCHEBERRY<sup>133</sup>, esta ficción legal no operaría en materia penal por violarse el principio de legalidad, salvo que se cumplan los presupuestos del artículo 18 del Código Penal, esto es, que la nueva ley favorezca al afectado, situación en la cual sería el único caso en que pudiera admitirse la retroactividad de la ley interpretativa. En un sentido opuesto opina CURY<sup>134</sup>, para quien la disposición en comento tiene plena aplicación, esto es, la retroactividad de la ley interpretativa, por la sencilla razón de que ésta sólo fija uno de los varios sentidos que tiene una norma legal. Si la ley interpretativa pretende hacer más favorable o más gravosa a la ley interpretada, entonces no se está frente a una verdadera ley interpretativa.

Por su parte, la existencia de una ley interpretativa no significa que se excluye la posibilidad de una interpretación judicial o doctrinal, porque aquella puede, a su vez, ser objeto de interpretación.

Como ejemplos de interpretación auténtica contemplados en el Código Penal podemos señalar el artículo 12 n°1° que define la alevosía, el artículo 132 que define las armas, entre otros.

---

<sup>132</sup> CURY, op. cit. Pág. 192.

<sup>133</sup> ETCHEBERRY, op. cit. Pág. 102.

<sup>134</sup> CURY, op. cit. Pág. 193.

### 3.1.2.- Interpretación doctrinaria

Es la que hacen los juristas y estudiosos de la ley. Los autores tienen plena libertad para interpretar las normas, razón por la cual los resultados del proceso interpretativo carecen de fuerza vinculante. Sin embargo, pese a lo antes dicho, tiene una gran trascendencia, sobre todo por lo dispuesto en el artículo 342 letra d) del Código Procesal Penal que establece que la sentencia definitiva contendrá *“Las razones legales o doctrinales que sirvieran para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y sus circunstancias y para fundar el fallo”*.

Ahora bien, cuando la interpretación doctrinaria se efectúa respecto del texto vigente de la ley, se está en presencia de un análisis de lege lata; por el contrario, si el análisis interpretativo tiene por objeto reformar el texto legal vigente, la interpretación es de lege ferenda.

### 3.1.3.- Interpretación judicial

Es aquella que efectúan los jueces en sus fallos al solucionar un asunto puesto en su conocimiento. Esta interpretación, según CURY, no sólo se encuentra en “la parte dispositiva de los fallos, sino también, de manera más explícita, en las consideraciones de los mismos”<sup>135</sup>. Agrega el citado autor que en caso de contradicción entre ambas partes, la interpretación se encuentra “asilada” en la parte resolutive de la sentencia, siendo los considerandos contradictorios meras opiniones doctrinales<sup>136</sup>.

---

<sup>135</sup> Ibídem. Pág. 193.

<sup>136</sup> Ibídem. Pág. 193.

La interpretación judicial tiene efecto relativo, es decir, sólo obliga a las partes que han intervenido en el respectivo proceso, ello de acuerdo a lo prescrito en el artículo 3° inciso 2° del Código Civil que señala que “Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren”.

### **3.2.- Interpretación según el resultado**

La interpretación se puede clasificar de acuerdo al resultado que ella genere, fruto de la relación existente entre el tenor literal de la ley y su sentido. De este modo existe:

#### **3.2.1.- Interpretación declarativa**

Es aquella en que el sentido de la ley coincide con el tenor literal de la misma.

#### **3.2.2.- Interpretación restrictiva**

Es aquella cuyo genuino sentido es más restringido que lo que hace suponer el tenor literal.

#### **3.2.3.- Interpretación extensiva**

Es aquella cuyo sentido o alcance es más amplio que el que se desprende de su texto.

Lo ideal es que el sentido de una norma coincida con su tenor literal. Sin embargo, por diversos motivos, como una mala técnica del lenguaje utilizado por el legislador, se debe necesariamente hacer



uso de la interpretaciones extensiva o restrictiva, las que de acuerdo a ETCHEBERRY<sup>137</sup> son aplicables en el campo penal. Eso sí, es necesario dejar en claro que esta clasificación no tiene relación con una interpretación de tipo más favorable o desfavorable al afectado, ello porque el artículo 23 del Código Civil lo prohíbe al prescribir que “*Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación*”.

#### **4.- Reglas generales de interpretación**

Si bien es cierto, no existen en materia penal reglas de interpretación, como las contenidas en el artículo 19 a 24 del Código Civil, éstas sí son aplicables en materia penal por ser consideradas de aplicación general.

Sobre la materia don Andrés Bello, en nota al artículo 20 del Código Civil, escribió que “en las leyes penales se adopta siempre la interpretación restrictiva, si falta la razón de la ley, no se aplica la pena, aunque el caso esté comprendido en la letra de la disposición”<sup>138</sup>, de manera que el tenor literal es concebido como una garantía y excluye una interpretación extensiva fundada en el espíritu de la ley.

Podemos decir que existen dos tipos de interpretación que se complementan. Una interpretación de tipo gramatical, que trata de buscar el sentido de la ley a través de sus palabras, y una interpretación de tipo teleológico, cuya misión es lograr fijar el sentido de la ley a través de su finalidad.

---

<sup>137</sup> ETCHEBERRY, op. cit. Pág. 110.

<sup>138</sup> POLITOFF, op. cit. Pág. 127.

#### 4.1.- Interpretación gramatical

La interpretación gramatical se encuentra contemplada, en su esencia, en el artículo 19 inciso 1° del Código Civil que señala que *“Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu”*. En este caso, si a través del análisis interpretativo, se logra concluir que la ley es clara, no debe hacerse otra cosa que aplicarla al caso concreto.

Ahora bien, para determinar si el sentido de la ley es claro, el propio Código Civil nos da algunas reglas:

a) El artículo 20, primera parte, señala que *“Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras”*. Se acostumbra a recurrir en este punto a las definiciones ofrecidas por la Real Academia Española. Sin embargo, la doctrina penal hace presente que algunas expresiones, sacadas pura y simplemente del diccionario, conducen a conclusiones objetables, razón por la cual se sostiene que el sentido natural y obvio de las palabras debe entenderse como aquel que se les concede en el uso común de las mismas. POLITOFF<sup>139</sup>, en su obra, cita varios ejemplos en los cuales la jurisprudencia ha incurrido en errores por hacer uso de manera rígida al Diccionario de la Real Academia.

b) La segunda parte del artículo 20 establece una excepción al indicar que *“Cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal”*. Esta disposición no hace otra cosa que reafirmar la obligatoriedad de la interpretación auténtica consagrada en el artículo 3° inciso 1° del Código Civil.

---

<sup>139</sup> Ibídem. Pág. 128.

c) Tratándose de palabras técnicas de una ciencia o arte, el artículo 21 señala que aquellas [...] “*se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso*”.

d) El artículo 22 señala que [...] “*el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía*”. Las herramientas anteriores nos sirven para determinar básicamente el sentido semántico de las palabras, pero para establecer su sentido jurídico debe interpretarse la disposición en relación con el contexto de la ley. Por ello, GARRIDO MONTT señala que “cuando se habla de interpretación jurídica, no interesa tanto el significado gramatical de las palabras empleadas por el precepto, sino su alcance normativo, que es diverso a los aspectos meramente idiomáticos”<sup>140</sup>.

#### **4.2.- Interpretación teleológica**

En los casos en que la ley no sea clara, es decir, situaciones en las cuales a través de las herramientas que otorga el elemento gramatical no se logra determinar el sentido de la norma, el propio artículo 19 del Código Civil, en su inciso 2°, autoriza el uso de la interpretación teleológica al señalar que “*Pero bien se puede, para interpretar una expresión obscura la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento*”.

Si bien es cierto ha existido sobre el punto una polémica en orden a preferir una interpretación que atienda a la voluntad del

---

<sup>140</sup> GARRIDO MONTT, op. cit. Pág. 99.

legislador histórico (teoría subjetiva), o bien, a la voluntad de la ley (teoría objetiva); lo cierto es que parece ser que el legislador chileno recogió los dos criterios en el artículo 19, siendo ésta la solución más apropiada según el alemán Hans-Heinrich JESCHECK<sup>141</sup>.

De este modo la finalidad de la ley (telos) que el intérprete debe buscar (sólo cuando la expresión es oscura), se encuentra por dos vías: la objetiva, es decir, tratando de desentrañar la intención o espíritu de la ley en ella misma y la subjetiva, o sea, acudiendo a la historia fidedigna de su establecimiento.

Se pueden considerar herramientas de orden teleológico las siguientes:

a) La ley misma, lo que se expresa en la significación del bien jurídico tutelado como elemento esencial para la comprensión del contenido de las distintas figuras legales.

Los tipos penales no pueden ser determinados con prescindencia del bien jurídico que tutelan, siendo la regla primordial el hecho de que “de las distintas posibilidades de interpretación de un elemento del tipo legal sólo pueden tomarse en cuenta aquéllas de las que resulta la protección del bien jurídico específico que la ley quiere amparar”<sup>142</sup>.

“Para el intérprete rige la regla que los tipos legales no pueden ser determinados con prescindencia del bien jurídico para cuya tutela han sido formulados por la ley”<sup>143</sup>.

---

<sup>141</sup> JESCHECK, op. cit. Pág. 211.

<sup>142</sup> POLITOFF, op. cit. Pág. 132.

<sup>143</sup> *Ibidem*. Pág. 134.

A vía de ejemplo<sup>144</sup>, el artículo 382 del Código Penal, tipifica y sanciona el delito de bigamia. Imaginemos que dos personas contraen matrimonio de acuerdo a la ley, en que por no contar con el consentimiento de los familiares, deciden mantenerlo en secreto, pero al pasar el tiempo y lograr la venia de las familias optan por contraer nuevamente matrimonio porque les interesa que el grupo social ahora sí sepa que se han casado. Esa conducta encuadraría formalmente en el tipo penal en cuestión, pero el bien jurídico tutelado, que es el matrimonio monogámico, no ha sido afectado. El intérprete debe concluir que el hecho no es materialmente antijurídico en el sentido de esa determinada descripción legal.

No se debe olvidar que la conducta sólo puede ser un injusto punible si lesiona bienes jurídicos.

b) La historia fidedigna de la ley. Bajo esta herramienta hermenéutica se deberán analizar los trabajos preparatorios de la ley, las circunstancias socio-políticas por las cuales se dictó, las discusiones y observaciones formuladas por los legisladores, etc.

c) Recurso analógico. Este consiste en “dar a una disposición aquel sentido, entre los distintos que fluyen de su tenor, que también tienen otras disposiciones legales, distintas pero semejantes a la que es objeto de análisis”<sup>145</sup>.

El recurso analógico se encontraría consagrado en el artículo 22 inciso 2° del código Civil, al señalar que “*Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto*”. Se debe dejar en claro que el recurso analógico es un medio válido de interpretación que

---

<sup>144</sup> Ejemplo tomado de POLITOFF, op. cit. Pág. 132.

<sup>145</sup> GARRIDO, op. cit. Pág. 101.

no debe ser confundido con la analogía, pues ésta opera como medio de integración del Derecho.

#### **4.3.- Otros criterios de interpretación**

En materia penal encontramos criterios especiales de interpretación, entre los cuales se pueden mencionar los siguientes:

##### **4.3.1.- La proporcionalidad y la subsidiariedad**

El criterio de proporcionalidad implica la necesaria relación entre medio y fin. La pena debe ser adecuada a la gravedad de la conducta delictiva.

Por su parte, la subsidiariedad se refiere a que si como resultado del proceso interpretativo surgen distintas interpretaciones, debe preferirse a la menos dañosa; y además, a que si hay forma de resolver al problema a través de la vía civil o administrativa, debe preferirse estos mecanismos.

##### **4.3.2.- El principio pro reo**

En virtud de este principio se ha pretendido establecer que los tipos penales deben siempre interpretarse restrictivamente en favor del imputado, lo que sería contrario al artículo 23 del Código Civil que establece que "*Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación*".

A pesar de que este principio es de carácter procesal, y por ende, no debiese influir en las normas relativas a la interpretación de la ley, en la práctica ha sido acogido por los tribunales de justicia en sus fallos, apoyándose para ello en diversas disposiciones, entre las

cuales se encuentra el mandato constitucional de aplicación de la ley más benigna consagrado en artículo 19 N°3 inciso 8° y en el artículo 18 del Código Penal.

#### **4.3.3.- Principio non bis in ídem**

Este principio significa que cuando un hecho fue tomado en cuenta para fundar una incriminación, no puede volver a considerarse para agravarla. (No se puede castigar a un sujeto dos veces por el mismo hecho). El reconocimiento positivo de este principio se encuentra en el artículo 63 del Código Penal.

#### **4.3.4.- Máximas de interpretación**

POLITOFF<sup>146</sup> agrega otros tres principios en materia interpretativa. Así:

a) Impossibilium nulla obligatio: Nadie está obligado a hacer lo que es imposible.

b) Infelicitas fati excusat: El destino desgraciado excusa. Esto puede servir para indicar que al sujeto activo ha sido castigado a través de la llamada “pena natural”.

c) In poenis strictissima est interpretatio: Al imponer penas se impone una interpretación muy estricta.

---

<sup>146</sup> POLITOFF, op. cit. Págs. 135-136.

## 5.- El problema de la analogía

Trataremos el tema de la analogía, separadamente, por su particular relación con la interpretación extensiva.

Hay que dejar en claro que no se deben confundir ambos términos. A través de la interpretación extensiva llegamos a la conclusión de que el resultado, la situación en concreto, está comprendido en la norma interpretada, el cual no apreciamos a primera vista por la oscuridad en la redacción de la ley. En la analogía en cambio, el caso en concreto no está comprendido en la norma. Por su parte, la interpretación extensiva, como su nombre lo indica, es un tipo de interpretación; en cambio la analogía, es una forma de llenar lagunas legales, es integración de normas y no interpretación de las mismas. GARRIDO MONTT señala que “la analogía crea judicialmente una norma jurídica inexistente, al aplicar una ley que claramente no regla el caso al que se pretende aplicar, en virtud de que es análogo al reglado por esa ley”<sup>147</sup>.

Podemos definir la analogía como “la aplicación de la norma que establece la ley para un hecho determinado, a otro hecho que la ley no contempló, pero que guarda semejanza con el primero”<sup>148</sup>.

El problema que surge con la analogía es si ésta procede o no en materia penal. A primera vista, en virtud del principio de legalidad deberíamos concluir que no tiene cabida en esta rama jurídica. Sin embargo, es necesario aclarar que la prohibición de la analogía puede tener el carácter de relativa, es decir, su no procedencia respecto de la creación de figuras penales y agravación de las penas; o bien, por otro lado, puede ser absoluta, en el sentido que se prohíbe su

---

<sup>147</sup> GARRIDO MONTT, op. cit. Pág. 101.

<sup>148</sup> NOVOA, op. cit. Pág. 146.



aplicación en todo el orden jurídico penal. Sobre el respecto se pueden indicar las siguientes opiniones:

a) Hay autores que sostienen que la analogía puede tener cabida en materia penal, en los casos que se trate de una analogía in bonam partem, es decir, de una integración que beneficie al autor. Al respecto CURY señala que esta conclusión se deduce “de los textos legales imperantes, pues tanto los incisos octavo y noveno del N° 3° del artículo 19 de la Constitución Política de la República de 1980 como el 18 del Código Penal disponen solamente que lo que no puede hacerse si no lo autoriza una ley expresa es establecer penas o castigar. Por consiguiente, nada obsta a la construcción analógica de eximentes, cuya consecuencia será excluir el castigo. Y si eso es posible, a fortiori debe serlo también la elaboración analógica de atenuantes”<sup>149</sup>. GARRIDO MONTT no se pronuncia sobre la admisibilidad de la analogía in bonam partem, pero señala que “la analogía está prohibida en materia penal cuando va en perjuicio del imputado (in malam partem)”<sup>150</sup>, por lo que se concluye que está a favor de la analogía en beneficio del imputado. En la misma postura se encuentra JESCHECK, para quien la analogía en el Derecho Penal está prohibida “cuando se hace en perjuicio del reo”.<sup>151</sup>

b) Por otro lado, un sector de la doctrina señala que tanto la analogía in bonam partem como la in malam partem se encuentran prohibidas en materia penal.

En efecto, ETCHEBERRY<sup>152</sup> indica que el Derecho Penal se pronuncia sobre todos los actos del hombre, en el sentido de establecer

---

<sup>149</sup> CURY, op. cit. Pág. 202.

<sup>150</sup> GARRIDO MONTT, op. cit. Pág. 101.

<sup>151</sup> JESCHECK, op. cit. Pág. 213.

<sup>152</sup> ETCHEBERRY, op. cit. Pág. 114.

si éstos deben ser castigados o no. No hay, por así decirlo, lagunas legales en materia penal, siendo innecesario el uso de la analogía en esta rama jurídica. Agrega este autor que “el juez que por analogía absuelva un individuo o le conceda atenuantes que la ley no ha establecido, no violará el principio constitucional, pero sí violará la ley”<sup>153</sup>. JIMÉNEZ DE ASÚA reafirma esta tesis señalando que “los casos ausentes no lo están tan solo porqueno se hayan previsto como delitos, sino porque se supone que la ley no quiere castigarlos”.<sup>154</sup>

### **6.- Concurso aparente de leyes penales**

El concurso aparente de leyes penales, pese a su nombre, es un problema de interpretación penal. Su nombre se debe a que el injusto contenido en el tipo aparece también como parte de uno o varios que se encuentran en una relación particular, ya sea de especialidad o de consunción.

ETCHEBERRY define el concurso como “una situación en la cual son a primera vista aplicables varias disposiciones penales, pero que en realidad se rigen por una sola de ellas, quedando las otras totalmente desplazadas”<sup>155</sup>.

El concurso aparente de leyes penales se resuelve sobre la base de principios. Los dos más aceptados por parte de la doctrina son los siguientes:

---

<sup>153</sup> *Ibíd.*

<sup>154</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La Ley y el Delito*, 6° Ed., Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1973, Pág. 127.

<sup>155</sup> ETCHEBERRY, op. cit. T.2. Pág. 122.

### **6.1.- Principio de la especialidad**

Hay relación de especialidad entre dos normas cuando una de ellas describe el mismo hecho que la otra, pero en forma más particularizada. En este caso la norma especial prefiere a la general. Ejemplo: La figura de parricidio prefiere a la de homicidio.

Este principio se encuentra consagrado en normas civiles como los artículos 4, 13 y 20 del Código Civil.

### **6.2.- Principio de la consunción**

Este principio se basa en que la ley, al establecer una figura penal, toma en consideración la gravedad o desvalor de otras conductas también punibles que le acompañan generalmente como medio de comisión, o como etapa de desarrollo del delito, o bien como una consecuencia del mismo. En tales situaciones debe aplicarse la ley que contempla la infracción principal, siendo las accesorias absorbidas o consumidas por aquélla. Este principio se aplica en casos como:

a) Etapas de ejecución de un delito, en que las etapas más desarrolladas absorben a las menos desarrolladas. Así, lo consumado absorbe a la frustración y a la tentativa, y la frustración absorbe a la tentativa.

b) En la participación criminal, la autoría absorbe a la complicidad y ésta al encubrimiento.

c) Las formas más graves del delito consumen a las menos graves si se atenta contra el mismo titular de un bien jurídico.

d) El delito de lesión o daño consume al de peligro que le haya precedido.

El detalle de esta materia y el estudio de otros principios que la regulan será analizado posteriormente según el orden del programa del curso.

### **Bibliografía**

- 1.- BECCARIA, Cesare, De los Delitos y de la Pena, Edición Latinoamericana, Santa Fe de Bogotá, Colombia. 1992.
- 2.- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, Manual de Derecho Penal, parte general, 3° Edición, Editorial Ariel S.A., Barcelona, España. 1989.
- 3.- COUSIÑO MAC IVER, LUIS. Derecho Penal Chileno, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 1975.
- 4.- CURY URZÚA, Enrique, Derecho Penal, parte general, 7° Edición, Ediciones Universidad Católica de Chile. 2005.
- 5.- ETCHEBERRY, Alfredo, Derecho Penal, parte general, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile. 1998.
- 6.- GARRIDO MONTT, Mario, Derecho Penal, parte general, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile. 1997.
- 7.- JESCHECK, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Parte General, traducción de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Editorial Bosch, Barcelona, España. 1981.
- 8.- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, La Ley y el Delito, 6° Edición, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1973.
- 9.- JIMENEZ DE ASUA, LUIS. Tratado de Derecho Penal. , Buenos Aires, 1962-1971, Tomo II
- 10.- MAGGIORE, GIUSEPPE. Derecho Penal, Editorial Tamis, Bogota, 1954, Tomo I.
- 11.- MAURACH REINHART. Tratado de Derecho Penal. Tomo I, Barcelona, 1962.

- 12.- MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal, parte general, 4º Edición, Editorial Tecfoto S.L.: Barcelona, España. 1996.
- 13.- NOVOA MONREAL, Eduardo, Curso Derecho Penal Chileno, Editorial Jurídica de Chile, 1960.
- 14.- PACHECO, JOAQUIN FRANCISCO. El Código Penal Concordado y Comentado, 6ª Edición corregida y aumentada, Madrid, 1888.
- 15.- POLITOFF, SERGIO; MATUS, JEAN PIERRE; RAMIREZ, MARIA CECILIA. Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General, 2ª Edición Actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.
- 16.- POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, Derecho Penal, Tomo I, Editorial Jurídica Conosur. 1997.
- 17.- ROXIN, ARZT, TIEDEMANN, Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal, traducción de Luis Arroyo Zapatero y Juan Luis Gómez Colomer, Editorial Ariel S.A., Barcelona, España. 1989.
- 18.- SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino, 4º Edición, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, Argentina. 1978.
- 19.- WELZEL, Hans, Derecho Penal Alemán, traducido por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, 4º Edición, Editorial Jurídica de Chile. 1997.
- 20.- LLANOS, ARTEMIO, en Revista de Derecho Universidad de Concepción, N° 162, julio-diciembre 1974.

Indice	Pág.
Introducción	3
<b>Capítulo I</b> <b>Fundamentos Generales de Derecho Penal</b> Prof.: Juana Sanhueza Romero Prof.: Rodrigo González-Fuente Rubilar	
1.- Generalidades	4
2.- Función del Derecho Penal	5
2.1.- Función represiva	6
2.2.- Función preventiva	7
3.- Bien - bien jurídico - bien jurídico vital	8
4.- Denominación de la asignatura	10
5.- Definición de Derecho Penal	12
6.- Clasificación del Derecho Penal	13
6.1.- Derecho Penal adjetivo o formal	13
6.2.- Derecho Penal sustantivo o material:	13
6.2.1.- Derecho Penal objetivo o ius poenale	13
6.2.1.- Derecho Penal subjetivo o ius puniendi	13
7.- Límites al ius puniendi	14
7.1.- Límite Formal	14
7.1.1.- Principio de legalidad	14

7.2.- Límites Materiales:	15
7.2.1.-Principio de la intervención penal como medio de protección	16
7.2.2.- Principio de la subsidiariedad o última ratio	16
7.2.3.- Principio de protección de bienes jurídicos	17
7.2.4.- Principio de la Culpabilidad	17
7.2.5.- Principio de la Proporcionalidad	18
7.2.6.- Principio de la Humanidad	18
7.2.7.- Principio de la Resocialización	19
8.- Características del Derecho Penal	20
8.1.- Derecho público, cumple una función pública	21
8.2.- Regulador externo de las conductas humanas	22
8.3.- El Derecho Penal es valorativo	23
8.4.- El Derecho Penal es finalista	23
8.5.- El Derecho Penal es normativo	24
8.6.- Derecho sancionatorio	25
8.7.- Derecho Personalísimo	26
8.8.- Derecho Penal de actos y no de autor	27
9.- Elementos del Derecho Penal	28
9.1.- Delito	28
9.2.- Delincuente	29
9.3.- Penas y medidas de seguridad y corrección	30



9.3.1.- Concepto de pena	31
9.3.2.- Fines de la pena	32
Teorías absolutas	32
Teorías relativas	33
Prevenición general	33
Prevenición especial	35
Teorías unitarias	36
9.4.- La relación entre los fines de prevenición general y especial en las distintas etapas o momentos de la pena	37
9.4.1.- La amenaza	37
9.4.2.- La aplicación	38
9.4.3.- La ejecución	38
10.- Principios de política criminal	39
11.- Las ciencias penales	40
11.1.- La ciencia del Derecho Penal o dogmática jurídico-penal	40
11.2.- La criminología	41
11.3.- Las técnicas de asistencia a la justicia penal	42
12.- Relación del Derecho Penal con otras ramas del ordenamiento jurídico	42
12.1.- Relación del Derecho Penal con el Derecho Constitucional	43

12.2.- Relación del Derecho Penal con el Derecho Civil	44
12.3.- Relación del Derecho Penal con el Derecho Procesal	45
12.4.- Relación del Derecho Penal con el Derecho Administrativo	45
12.5.- Relación del Derecho Penal con el Derecho Internacional	46
13.- Desarrollo histórico del Derecho Penal	47
13.1.- Periodo de la venganza privada	47
13.1.1.- Ley del talión	48
13.1.2.- El abandono noxal	48
13.1.3.- Las composiciones penales	48
13.1.4.- Reglamentación de la venganza	48
13.2.- Periodo teleológico-político o de la venganza divina y pública	49
13.3.- Periodo humanitario	50
13.4.- Periodo científico contemporáneo	53
13.4.1.- Escuela clásica	53
13.4.2.- Escuela positiva	54
César Lombroso	55
Enrique Ferri	55
Rafael Garófalo	56

13.4.3.- La terza scuola	58
14.- Antecedentes históricos del Código Penal chileno	59
15.- Estructura del Código Penal chileno	60

**Capítulo II**  
**Fuentes del derecho Penal y en Particular del Principio de**  
**Legalidad o Reserva**

Prof.: Juana Sanhueza Romero  
Prof.: Rubén Cruces Pereira

1.- Generalidades	62
2.- Principio de legalidad o reserva	62
2.1.- Principio de legalidad en sentido estricto	64
2.2.- Principio de irretroactividad de la ley penal	64
2.3.- Principio de tipicidad	65
2.4.- Función de garantía del principio de legalidad	65
2.4.1.- Función de garantía de tipo criminal, penal, jurisdiccional y de ejecución	66
2.4.2.- Función de garantía en relación con la norma jurídico penal	67
2.5.- Evolución histórica del principio de legalidad	68
2.6.- Consagración del principio de legalidad en el ordenamiento jurídico chileno	70
3.- Leyes penales y normas	71
4- Fuentes del Derecho Penal	73

4.1.- Fuente inmediata o directa	73
4.1.1.- Leyes penales en blanco	77
Leyes penales en blanco propias	79
Leyes penales en blanco impropias	79
4.1.2.- Leyes penales en blanco y el principio de legalidad	79
4.2.- Fuentes mediatas del Derecho Penal	82
4.2.1.- La costumbre	83
4.3.- Referencias a otras fuentes del Derecho	84
4.3.1.- La jurisprudencia	84
4.3.2.- La doctrina	85
4.3.3.- Los tratados internacionales	85

**Capítulo III**  
**Aplicación de la Ley Penal**  
Prof.: Juana Sanhueza Romero  
Prof.: Rubén Cruces Pereira

1.- Aplicación de la ley penal en cuanto a las personas	87
1.1.- Excepciones de Derecho Internacional	88
1.1.1.- Visita de los jefes de Estado extranjeros	89
1.1.2.- Diplomáticos de Estados extranjeros	90
1.1.3.- Funcionarios consulares	91

1.1.4.- Funcionarios pertenecientes a organismo internacionales	91
1.2.- Excepciones de Derecho Interno	91
1.2.1.- La inviolabilidad de los parlamentarios	91
1.2.2.- Inmunidad miembros de la Corte Suprema	93
2.- Aplicación de la ley penal en cuanto al tiempo	95
2.1.- Que con posterioridad al hecho se promulgue una nueva ley	98
2.2.- Que la nueva ley sea más favorable para el imputado	98
2.2.1.- Cuando la nueva ley exime el hecho de toda pena	98
2.2.2.- Cuando la nueva ley le aplica una pena menos rigurosa	100
2.3.- Que los hechos se hayan cometido bajo el imperio de la antigua ley	101
2.3.1.- La nueva ley se promulga después de cometido el delito, pero antes que se dicte sentencia de término	103
2.3.2.- La nueva ley se promulga después de ejecutoriada la sentencia	104
2.4.- Leyes intermedias	106

2.5.- Leyes transitorias	107
2.6.- Momento de comisión del delito	109
2.6.1.- En cuanto a los delitos formales o de mera actividad	109
2.6.2.- En cuanto a los delitos permanentes	109
2.6.3.- En cuanto a los delitos continuados	110
2.6.4.- En los delitos habituales	110
2.6.5.- En lo que dice relación con los delitos de resultado externo	110
Teoría de la acción	110
Teoría del resultado	110
Teoría mixta	110
3.- Aplicación de la ley penal en cuanto al territorio	111
3.1.- Territorio natural	112
3.1.1.- El casco terrestre continental e insular sobre el cual Chile ejerce soberanía	112
3.1.2.- Los lugares ocupados por agencias diplomáticas extranjeras	113
3.1.3.- El mar territorial o adyacente	113
Mar adyacente propiamente tal	114
La zona contigua	114
3.1.4.- Espacio aéreo	114

3.2.- Territorio ficticio	115
3.2.1.- Naves	115
Naves privadas	116
Naves públicas	117
3.2.2.- Aeronaves	117
3.2.3.- Territorio ocupado por Fuerzas Armadas chilenas	118
3.3.- Locus delicti o lugar de comisión del delito	119
3.3.1.- Teoría del resultado	119
3.3.2.- Teoría de la actividad	120
3.3.3.- Teoría de la ubicuidad	120
3.4.- Excepciones a la territorialidad de la ley penal	121
3.4.1.- Principio de la personalidad o nacionalidad	121
3.4.2.- Principio real o de defensa o protección	123
3.4.3.- Principio de la universalidad	125
4.- La Extradición	126
4.1.- Concepto, clasificación y fundamento	127
4.2.- Fuentes de la extradición	128
4.2.1.- Tratados internacionales	128
4.2.1.- Código de Procedimiento Penal y Código Procesal Penal	129
4.2.3.- Código Orgánico de Tribunales	129

4.3.- Requisitos de fondo de la extradición	130
4.3.1.- Existencia de relaciones entre los Estados	130
4.3.2.- Requisitos relativos a la calidad del hecho	131
Principio de la identidad de la norma o de la doble incriminación	131
Principio de la mínima gravedad	131
Principio de la exclusión de delitos políticos	132
Delitos políticos puros	133
Delitos políticos complejos	133
Delitos conexos a los delitos políticos	134
4.3.3.- Requisitos relativos a la calidad del delincuente	135
4.3.4.- Requisitos relativos a la punibilidad del hecho	136
4.4.- Efectos de la extradición	138
4.4.1.- Aplicación del principio de la especialidad	138
4.4.2.- Efecto de cosa juzgada	139



**Capítulo IV**  
**Interpretación de la Ley Penal**  
Prof.: Juana Sanhueza Romero  
Prof.: Rodrigo González-Fuente Rubilar

1.- Generalidades	140
2.- Concepto	141
3.- Clasificación	142
3.1.- Interpretación según la fuente interpretativa	142
3.1.1.- Interpretación auténtica	142
3.1.2.- Interpretación doctrinaria	144
3.1.3.- Interpretación judicial	144
3.2.- Interpretación según el resultado	145
3.2.1.- Interpretación declarativa	145
3.2.2.- Interpretación restrictiva	145
3.2.3.- Interpretación extensiva	145
4.- Reglas generales de interpretación	146
4.1.- Interpretación gramatical	147
4.2.- Interpretación teleológica	148
4.3.- Otros criterios de interpretación	151
4.3.1.- La proporcionalidad y la subsidiariedad	151
4.3.2.- El principio pro reo	151
4.3.3.- Principio non bis in ídem	152
4.3.4.- Máximas de interpretación	152

5.- El problema de la analogía	153
6.- Concurso aparente de leyes penales	155
6.1.- Principio de la especialidad	156
6.2.- Principio de la consunción	156
Bibliografía	158