



Algunas reflexiones sobre la legislación penal chilena concluida la
primera década del siglo XXI

Juan Domingo Acosta¹
Rodrigo Aldoney²

¹ Abogado, socio de Acosta y Cía.

² Abogado Asociado de Puga y Ortiz

I.- Introducción.

A contar de la segunda mitad del siglo XIX y al igual que los demás países de Iberoamérica, Chile inició a un intenso proceso de codificación mediante la elaboración y puesta en vigencia de cuerpos legislativos omnicomprensivos destinados a regular las diversas ramas del derecho público y privado (Código Civil, Código Penal, Código de Comercio, etcétera). Desde el punto de vista de la política legislativa, la opción por la codificación implica desarrollar un importante esfuerzo para dar racionalidad y coherencia interna y externa a un sistema de regulación, al tiempo que propicia el empleo de una técnica adecuada. Por otro lado, la reunión sistemática de todas o de gran parte de las normas que regulan una determinada área del derecho genera mejores condiciones para garantizar la seguridad jurídica y dar certeza y uniformidad en las decisiones judiciales, propósitos que forman parte relevante del ideario político que inspiró a ese proceso.

En Chile la redacción de un anteproyecto de Código Penal estuvo a cargo de una Comisión Redactora³, que inició su trabajo en marzo de 1870 y lo terminó en octubre de 1873, enviándose ese mismo mes el proyecto de ley al Senado. Tras un año de discusión en el Congreso, el proyecto fue aprobado, dictándose el decreto promulgador en noviembre de 1874 y comenzó a regir el 1 de marzo de 1875. A pesar de que el decreto de constitución de la Comisión Redactora indicó que como modelo de trabajo debía servir el Código Penal belga de 1867, en la primera sesión preparatoria se propuso tomar como tal al Código Penal español de 1848 en su versión reformada de 1850⁴, propuesta que fue aceptada en la sesión siguiente. Mientras tanto, en 1870 España se había dado un nuevo Código Penal, que de conformidad a las actas de la Comisión Redactora no era desconocido por sus miembros, aunque ninguna de sus disposiciones pasó a nuestro Código. Por otra parte, las obras de Joaquín Francisco Pacheco, cuyas ideas informaron en forma decisiva al Código Penal español de 1848, tuvieron una importante influencia en los miembros de la Comisión Redactora, quienes además tuvieron en cuenta en forma secundaria el Código Penal belga (1867), el Código Penal austriaco y los primeros proyectos italianos⁵.

Desde un punto de vista político el Código Penal chileno responde a la ideología del Estado liberal de Derecho, aunque su humanitarismo es relativo, pues contiene penas crueles (muerte, penas perpetuas, etcétera)⁶. Doctrinariamente, es tributario de la denominada Escuela Clásica o Liberal y en él *“predominan dos orientaciones penales: por un lado. Con carácter prioritario, la orientación ecléctica de Pellegrino Rossi -que domina en su modelo español- quien aplicó el eclecticismo filosófico de Cousin al Derecho Penal mediante un sistema ecléctico en el que la justicia prevalecía*

³ Los miembros de la Comisión fueron: Alejandro Reyes (presidente); Eulogio Altamirano; José Clemente Fábres; José Antonio Gandarillas; Manuel Rengifo; Diego Armstrong y José Vicente Ábalos, que dos años después fue remplazado por Adolfo Ibañez.

⁴ La propuesta la hizo el presidente de la Comisión, Alejandro Reyes.

⁵ Así lo sostiene Jimenez de Asúa: Tratado de Derecho penal”. Tomo I, Editorial Losada, 4ª edición. Buenos Aires, 1957, página 446.

⁶ Rivacoba y Rivacoba, Manuel: Evolución histórica del Derecho Penal chileno, Editorial Edeval, Valparaíso, 1991, páginas 63 y 64.

sobre la utilidad, fundamentando el derecho de penar en el orden moral. La ideología de Rossi será recogida en la obra de Francisco Pacheco, que como es bien sabido informaría de manera decisiva el Código Penal español de 1848. Y por otro lado, aunque de manera secundaria, a través del Código belga llegarán las ideas utilitarias y preventivistas de Jeremías Bentham que informaron el Código francés, modelo de aquél”⁷.

Sin embargo, en estos casi 137 años de vigencia del Código Penal se han dictado numerosas leyes que lo han modificado sin afectar en lo fundamental su fisonomía original, a lo menos en la parte general, pues tratándose de los delitos en particular las reformas sí han incorporado cambios. Entre las modificaciones recientes, pueden mencionarse a modo ejemplar las introducidas a los delitos cometidos por funcionarios en el desempeño de sus cargos (1999, 2002, 2006 y 2009); las modificaciones a los delitos en contra de la libertad y la indemnidad sexual (1999, 2002, 2003, 2004, 2007, 2010, 2011 y 2012); las modificaciones a los delitos en contra del patrimonio (2001, 2002, 2004, 2006, 2008 y 2010); la derogación de la pena de muerte y el establecimiento del presidio perpetuo calificado (2001); las modificaciones en los delitos de falsedades vertidas en los procesos y perjurio (2005); la introducción del delito de obstrucción a la investigación (2005 y 2008); las modificaciones en el delito de parricidio y de lesiones en contexto de violencia intrafamiliar (2005 y 2010); la ampliación del estado de necesidad justificante e introducción del estado de necesidad exculpante (2010); la incorporación del delito de tráfico ilícito de migrantes y de trata de personas (2011).

Por otra parte, durante el siglo XX y lo que va corrido del siglo XXI ha surgido en forma paralela al Código Penal una profusa legislación contenida en leyes especiales o extravagantes (leyes que vagan fuera –extra- del Código), dando lugar a un verdadero proceso de “descodificación”, tanto formal como material⁸. Según destaca Hernández⁹, algunas de esas leyes tienen carácter integral, como es el caso del Código de Justicia Militar, el Código Tributario, la ley N° 20.084, sobre Responsabilidad Penal de los Adolescentes o las leyes N° 17.336 y 19.039 sobre propiedad intelectual e industrial respectivamente. Otras son complementarias de la Parte General del Código Penal, como ocurre con la ley N° 18.216, recientemente modificada por la ley N° 20.603, que establece penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad ; el Decreto Ley N° 321 de 1925, sobre libertad condicional; el Decreto Ley N° 645 de 1925 sobre Registro Nacional de Condenas; el decreto Ley N° 409, de 1932, sobre eliminación de antecedentes penales y la ley N° 18.050, que fija normas para conceder indultos particulares. Otro ejemplo significativo es el de la ley N° 20.393 que incorpora la responsabilidad penal de las personas jurídicas en ciertos casos. No obstante, la mayor parte de la legislación extravagante se refiere a aspectos de la parte especial

⁷ Iñesta Pastor, Emilia: “El Código Penal Chileno de 1874”, en “Revista Chilena de Historia del Derecho”, N° 19, Santiago, 2003-2004, páginas 308 y 309

⁸ Sobre el concepto de descodificación, de leyes novelas y extravagantes, puede consultarse. Guzmán Brito, Alejandro: “Codificación, Descodificación y Recodificación del Código Civil chileno”, en “Revista de Derecho y Jurisprudencia”, tomo XC, N° 2, 1993, página 39 y siguientes.

⁹ Hernández Basualto, Héctor: “El Derecho Penal chileno en el cambio de siglo: ensayo de balance y perspectivas”; en revista “Persona y Sociedad”, Volumen XVIII No2 / 2004, Universidad Alberto Hurtado, página 214 y siguientes.

(delitos en concreto). *“Algunas de ellas se hacen cargo de cuestiones emergentes que simplemente eran desconocidas o valoradas de otra manera en la época de la codificación; otras se refieren a cuestiones ya abordadas previamente por el Código pero que, sin mediar muchas veces derogación formal, son de este modo sustraídas de su campo de aplicación.”*¹⁰ Son ejemplos del primer grupo de casos la ley N° 18.302, sobre seguridad nuclear; la ley N° 20.000 que reprime el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas; la ley N° 19.233 sobre delito informático; la ley N° 18.290, ley de tránsito (conducción en estado de ebriedad y conducción bajo la influencia del alcohol o sustancias sicotrópicas) y la ley N° 20.357 que tipifica los crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes y delitos de guerra. En el segundo grupo de casos se inscriben la Ley General de Ferrocarriles; el artículo 160 de la Ley General de Bancos; los delitos de la Ley de Quiebras; el Decreto Ley N° 2.859 de 1979, Ley Orgánica de Gendarmería de Chile (homicidio, lesiones y amenazas a Gendarmes); y el Decreto Ley N° 2.460 de 1979, Ley Orgánica de Investigaciones de Chile (homicidio, lesiones y amenazas a funcionarios policiales), por nombrar algunos ejemplos.

Finalmente, debe tenerse presente que desde 1928 hasta nuestros días han habido varias iniciativas con impulso gubernamental destinadas a realizar una recodificación amplia de nuestra legislación penal, esfuerzos que no lograron transformarse en ley por diversos motivos¹¹. En primer término, debe mencionarse el proyecto de la comisión Ortiz-von Bohlen¹², que recibió el encargo gubernamental en 1928 y alcanzó a redactar la parte general, hasta que en julio de 1929 el Gobierno puso término a su labor por contar con otro proyecto, denominado Erazo-Fontecilla¹³. Este último fue enviado al Congreso para su aprobación pero naufragó debido a la escasa legitimidad de los parlamentarios durante el gobierno de Ibañez del Campo (Congreso Termal) y al hecho de que el foco de interés estaba puesto en los graves problemas de la crisis económica. En 1938 el gobierno del Presidente Arturo Alessandri encomendó la redacción de un nuevo proyecto de Código Penal al profesor de Derecho Penal don Gustavo Labatut y al ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, don Pedro Silva. El proyecto Labatut-Silva fue entregado al Ministro de Justicia en 1938, pero no se le dio curso y fue archivado junto con el advenimiento del gobierno del Frente Popular. En 1945, bajo el gobierno de don Juan Antonio Ríos, se creó una comisión formada principalmente por ministros de los Tribunales Superiores y profesores universitarios, la que fue presidida por el Ministro de Justicia, don Enrique Arriagada Saldías, con el objeto de estudiar reformas urgentes al Código Penal sin afectar la estructura y armonía de éste. Se trató de un trabajo parcial (se redujo únicamente al Libro I del Código). El proyecto se presentó al Congreso en 1946, en donde recibió como trato la indiferencia casi absoluta de los congresales. Durante la segunda mitad del siglo XX los gobiernos no hicieron nuevos intentos para renovar la preparación de nuevos proyectos de Código Penal. No obstante, hacia 1963 el Instituto de Ciencias Penales,

¹⁰ Hernández Basualto, Héctor: “El Derecho Penal chileno...”, página 214.

¹¹ Sobre el particular puede consultarse, ampliamente, Matus Acuña, Jean Pierre: “La doctrina penal de la (fallida) recodificación chilena del Siglo XX y principios del XXI”, en Política Criminal Volumen 5, N° 9 (Julio 2010), Artículo. 4, páginas 143-206

¹² Se refiere al penalista don Pedro Ortiz Muñoz.

¹³ Se alude a don Eduardo Erazo P. y a don Rafael Fontecilla R., en ese entonces ministros de las Cortes de Apelaciones Santiago y de Valdivia, respectivamente.

por iniciativa de su Presidente don Eduardo Novoa Monreal y contando con el patrocinio del Gobierno, se abocó a la labor de propiciar el estudio de un proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica, que sirviera como modelo estructural básico para la legislación penal iberoamericana. Los trabajos se llevaron adelante hasta el año 1979, pero quedaron inconclusos y no tuvieron mayor influencia en la legislación nacional por diversas causas, entre las que cabe señalar la instauración de la Dictadura Militar en Chile entre 1973 y 1989.

En agosto de 1999 y durante el gobierno de don Eduardo Frei R.T., el Ministerio de Justicia convocó a un grupo de penalistas nacionales con el objeto de constituir un “Foro Penal” concebido inicialmente como una instancia de diálogo destinada a intercambiar y consensuar las bases para una eventual reforma a la ley penal sustantiva. El Foro se reunió una sola vez y luego retomó sus actividades en 2001, siempre como un centro de reflexión y de encuentro, hasta que a mediados de 2003, el entonces Ministro de Justicia del gobierno de don Ricardo Lagos dispuso que el “Foro Penal” funcionara como comisión, con el encargo de redactar un anteproyecto de nuevo Código Penal¹⁴. La Comisión sesionó primero bajo la presidencia del profesor don Alfredo Etcheberry y luego del profesor don Enrique Cury, hasta que en diciembre de 2005 se entregó el texto final al Presidente de la República, que comprendía tanto la parte general como la especial. Durante el gobierno siguiente no hubo mayor interés en dar curso al anteproyecto, el que careció de apoyo político, sin que hasta la fecha se haya presentado al Congreso Nacional como proyecto de ley.

II.- Principios que legitiman el ejercicio del poder punitivo estatal en democracia.

Existe cierto acuerdo en cuanto a que la función fundamental del Derecho Penal es proteger los intereses que se consideran esenciales en la sociedad (bienes jurídicos fundamentales) y que son necesarios para mantener la paz social. Para lograr ese objetivo el Derecho Penal se vale –por regla generalísima¹⁵ del instrumento más severo con que cuenta el ordenamiento jurídico en lo que a afectación de derechos personales se refiere: la pena, que se asocia a la realización de ciertas conductas (activas u omisivas) que la ley describe de manera expresa y anticipada al hecho. Por consiguiente, el poder punitivo del Estado es la más drástica forma de intervención institucional para el control social, de modo que en una sociedad democrática el ejercicio de dicho poder no puede entenderse sólo como un acto de la voluntad soberana y arbitraria del Estado, que no está sujeto a condiciones o requisitos de legitimación formal y material.

Así, el Derecho Penal puede imponer sanciones a condición de que lo haga asegurando el cumplimiento de ciertos principios de legitimación que permitan el respeto de las garantías fundamentales de las personas a quienes se dirige la norma punitiva. El Estado sólo puede ejercer

¹⁴ El nombramiento y encargo se hicieron mediante Decreto del Ministerio de Justicia N° 443 de 12 de junio de 2003, que creó la “Comisión de estudio para la elaboración de un anteproyecto de Código Penal o Comisión Foro Penal”.

¹⁵ Nuestro sistema es vicarial o de doble vía, de modo que admite como forma de reacción secundaria las medidas de seguridad y de resocialización.

legítimamente su poder sancionatorio en el ámbito penal si procede en el marco de los distintos niveles de racionalidad¹⁶. Los principios que informan un modelo de racionalidad legislativa y respetuoso de los derechos humanos son:¹⁷

1.- Principio de tipicidad. Es una derivación o alcance del principio de legalidad¹⁸, consagrado en la Constitución Política de la República. En su virtud, la construcción de los tipos penales por la ley debe hacerse procurando dar a éstos la mayor claridad y precisión, de modo que cumpla su función de garantía. Para ello el legislador se vale del lenguaje escrito, que es imperfecto en sus contornos, como ocurre con todas las convenciones sociales, lo que implica un especial esfuerzo a la hora de construir un tipo penal, de manera que sea fácilmente comprensible por todos. Se oponen al principio de tipicidad las construcciones ambiguas o confusas y las extremadamente amplias.

2.- Principio de mínima intervención o de última ratio; carácter fragmentario y secundario del derecho Penal. Todos estos conceptos apuntan a una misma idea: dado que el Derecho Penal constituye la herramienta de control social más severa, su intervención sólo está legitimada si se trata de sancionar las conductas más graves que afectan a intereses jurídicos, cuando las restantes ramas del ordenamiento jurídico son incapaces de garantizar, frente a esos ataques, la paz social (carácter secundario o subsidiario del Derecho Penal). La pena es un recurso de *última ratio* y no debe emplearse frente a cualquier hecho ilícito que ocurra en la comunidad, pues sólo se sancionan penalmente fragmentos de ilicitud (carácter fragmentario del Derecho Penal)¹⁹. Mediante este principio se trata de racionalizar el uso de la pena y de las medidas de seguridad y resocialización, impidiendo que los ciudadanos sean víctimas de abusos del Estado al pretender penalizar hechos socialmente insignificantes o que constituyan delitos de bagatela.

3.- Principio de lesividad. Consiste en que *“ningún derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico entendido como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo”*²⁰. Consiguientemente: *“los hechos que se sancionen tienen que estar en relación a un bien jurídico protegido y no a simples concepciones o sentimientos morales, políticos o culturales”*²¹, siempre que la conducta importe una efectiva lesión o un peligro para el bien jurídico. El principio se encuentra íntimamente

¹⁶ Para Atienza los niveles de racionalidad son: (i) racionalidad lingüística: el mensaje transmitido debe ser claro para que el receptor lo comprenda; (ii) racionalidad sistemática o jurídico formal: debe haber armonía entre el sistema legislativo en general y la nueva ley que se quiere incorporar; (iii) racionalidad pragmática: la ley debe ser aceptada por sus destinatarios, adecuando su conducta a los preceptos legales; (iv) racionalidad teleológica: los fines perseguidos deben ser socialmente apetecidos; y, (v) racionalidad ética: los fines perseguidos deben estar éticamente justificados (Atienza Rodríguez, Manuel: “Contribución a una teoría de la legislación”, Editorial Civitas, Madrid, 1997 página 28).

¹⁷ Se han escogido algunos principios o garantías sobre cuya existencia existe amplio acuerdo.

¹⁸ En su formulación clásica, el principio de legalidad se enuncia como: “nullum crimen, nulla poena, sine lege scripta, stricta y proevia (no hay delito, no hay pena sin una ley escrita, estricta y previa).

¹⁹ Sobre el particular puede consultarse: Cury Urzúa, Enrique: “Derecho Penal. Parte General”. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago, 2005, páginas 86 a 89.

²⁰ Zaffaroni, Eugenio: “Derecho Penal, Parte General”. Editorial Ediar. Buenos Aires, 2003. página 128.

²¹ Bustos Ramírez, Juan: “Reforma Penal: Criterios”, en Cuadernos Judiciales, N° 6 (Instituto de Estudios Judiciales); Santiago, 2002, página 29.

vinculado al de *última ratio* y, en conjunto, reservan la intervención penal sólo a aquellos hechos que tengan relevancia social y que importen una afectación real a los intereses fundamentales para mantener la paz social.

En doctrina se suelen atribuir a la pena efectos simbólicos, afirmación cuyos contornos no están suficientemente delimitados y que en opinión de la mayoría tiene un alcance muy restringido, sin llegar a sustituir los fines de protección de bienes jurídicos de la pena²². Contribuye a la relativización de la función simbólica de la pena una insuperable y antigua controversia sobre los propios fines de la pena.²³ Lo que no parece aceptable, a la luz del principio que analizamos, es el establecimiento de tipos penales con un sentido puramente simbólico, en que no se ampara ningún bien jurídico identificable, como es el caso, entre otros, del delito de incesto (artículo del 375 Código Penal)²⁴, el maltrato animal (artículo 291 bis del Código Penal)²⁵, los tipos penales de incitación al odio (artículo 31 de la ley N° 19.733 sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo)²⁶ y el llamado delito negacionista, que no existe en Chile, pese a que desafortunadamente en el último tiempo han surgido voces que pretenden instalarlo, atribuyendo al Derecho Penal una función de guardián de la memoria histórica o de la verdad oficial que ciertamente no le compete²⁷.

4.- Principio de punibilidad de conductas. Se traduce en que el Derecho Penal sólo puede imponer penas por actos u omisiones concretas que hayan sido descritas por la ley, con prescindencia de la peligrosidad, temibilidad o personalidad, en general, del autor. En cambio, cuando los tipos penales se construyen en base a las características personales del sujeto, se habla de un Derecho Penal de autor. En un Derecho Penal de actos la personalidad del delincuente no debe ser tomada

²² Así, Diez Ripollés señala: *“Es frecuente en la literatura jurídico-penal contraponer a los efectos instrumentales los efectos simbólicos de la pena. De este modo, los efectos instrumentales, vinculados al fin o la función de protección de bienes jurídicos, tendrían capacidad para modificar la realidad social por la vía de prevenir la realización de comportamientos indeseados. Los efectos simbólicos, por su parte, estarían conectados al fin o la función de transmitir a la sociedad ciertos mensajes o contenidos valorativos, y su capacidad de influencia quedaría confinada a las mentes o las conciencias, en las que producirían emociones o, cuando más, representaciones mentales”*. (Diez Ripollés José Luis: “El Derecho Penal Simbólico y los efectos de la Pena”, en: Boletín Mexicano de Derecho Comparado. 2002. Número 103. Enero-Abril, disponible al julio de 2012 en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/103/art/art3.htm>.

²³ La única afirmación inequívoca que ofrece nuestra legislación se relaciona con la función que cumple la pena una vez impuesta, ya que el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios le asigna en su artículo 1 una función preventiva-especial consistente en la reinserción social.

²⁴ *“Artículo 375. El que, conociendo las relaciones que lo ligan, cometiere incesto con un ascendiente o descendiente por consanguinidad o con un hermano consanguíneo, será castigado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio.”*

²⁵ *“Art. 291 bis.- El que cometiere actos de maltrato o crueldad con animales será castigado con la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de dos a treinta unidades tributarias mensuales, o sólo con esta última.”*

²⁶ *“Artículo 31.- El que por cualquier medio de comunicación social, realizare publicaciones o transmisiones destinadas a promover odio u hostilidad respecto de personas o colectividades en razón de su raza, sexo, religión o nacionalidad, será penado con multa de veinticinco a cien unidades tributarias mensuales. En caso de reincidencia, se podrá elevar la multa hasta doscientas unidades tributarias mensuales.”*

²⁷ Se trata del proyecto que “Sanciona con cárcel a quienes nieguen, justifiquen o minimicen los delitos de lesa humanidad cometidos en Chile”, presentado por diez diputados el 21 de noviembre de 2011, Boletín N° 8049-17. Desde la perspectiva político-criminal, el proyecto refleja la más alta irracionalidad con que puede actuarse y no puede justificarse –como lo pretende– en la existencia del delito de negación del holocausto (§ 130 (3) del Código Penal alemán) ni en la “Ley Gayssot” francesa (artículo 24 bis), pues se trata de instituciones fuertemente criticadas por la comunidad penal.

en cuenta a la hora de decidir qué se debe sancionar ni considerársele para agravar la responsabilidad, como lamentablemente ocurre con la agravante de reincidencia. En cambio, nada obsta a que la personalidad del sujeto pueda incidir en una menor pena, como es el caso de la atenuante fundada en la irreprochable conducta anterior del delincuente.

5.- Principio de exterioridad. El Derecho Penal sólo interviene cuando el sujeto exterioriza su conducta (acciones u omisiones), de modo que ni los pensamientos, ni los estados de ánimo ni todo cuanto pertenece al fuero interno del sujeto puede justificar una pena o agravarla: *“Cogitationes poenam nemo patitur”* (nadie puede ser penado por sus pensamientos)²⁸. Si bien es difícil concebir delitos de esta clase en estado puro, es posible infringir el principio cuando se intenta penar la simple manifestación o divulgación de ideas o pensamientos, sean políticos, religiosos, artísticos u otros), cuando no existe un bien jurídico claramente lesionado o puesto en riesgo por ese hecho. Por tal motivo, es legítimo sancionar penalmente la palabra injuriosa (afectación del honor), pero no la simple expresión de una idea.

6.- Principio de culpabilidad. Implica que sólo puede imponerse una pena penal a quien realizó una conducta que le sea imputable subjetivamente a título de dolo o culpa (negligencia), siempre que cuente con la capacidad, en general, de determinarse conforme a derecho y que en el caso concreto haya tenido la posibilidad de actuar de un modo distinto y mejor. De este principio se derivan a lo menos dos consecuencias: La primera es la exclusión total de toda forma de responsabilidad penal objetiva, como es la que existe en los delitos calificados por el resultado²⁹ y en las presunciones legales de derecho de responsabilidad penal. En segundo término, la culpabilidad determina el límite máximo de la pena, en el sentido de que ésta no debe exceder del grado de culpabilidad del condenado; en cambio, la pena puede ser menor si los fines de prevención se satisfacen con una sanción menor. Naturalmente, es imposible medir con algún grado de precisión la culpabilidad de una persona y el ordenamiento jurídico proporciona algunos instrumentos destinados a determinar judicialmente la pena concreta que debe imponerse.

El principio de culpabilidad lo es por el acto (acción u omisión), de modo que se viola el principio de culpabilidad en los casos en que la legislación no respeta el carácter personalísimo del Derecho Penal y extiende la pena a terceros. Del mismo modo, los delitos de estado y en general todos aquellos tipos o agravantes fundadas en la peligrosidad del sujeto (Derecho Penal de autor) son contrarios al principio de culpabilidad.

²⁸ *“Conforme a este principio, ningún daño, por grave que sea, puede estimarse penalmente relevante sino como efecto de una acción. En consecuencia, los delitos, como presupuesto de la pena, no pueden consistir en actitudes o estados de ánimo interiores, y ni siquiera genéricamente en hechos, sino que deben concretarse en acciones humanas -materiales, físicas o externas, es decir, empíricamente observables-describibles exactamente, en cuanto tales, por la ley penal.”* (Ferrajoli, Luigi: “Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal”. Editorial Trotta, Madrid, 1995, página 480).

²⁹ *“Son tipos de delitos calificados por el resultado aquellos en que la pena conminada por la comisión dolosa de una conducta se exaspera si, a causa de ella, se producen resultados más graves, aunque no hayan sido previstos y queridos por el agente e, incluso, cuando ni siquiera fueron previsibles”* (Cury Urzúa, Enrique: Óp. Cít., página 347).

7.- Carácter personalísimo del Derecho Penal. Es una consecuencia directa del principio de culpabilidad y consiste en que la pena sólo se impone a quién ha realizado personalmente una conducta típica y antijurídica, de manera que la pena y sus efectos³⁰ no deben alcanzar a terceros inocentes. Las penas no se deben transmitir por sucesión por causa de muerte, no admiten cumplimiento mediante representación ni pueden transferirse³¹.

8.- Principio de proporcionalidad de las penas. Se trata de un mandato al legislador, que es condición del principio de culpabilidad. En su virtud, las penas que la ley asigna en abstracto a un tipo penal deben ser proporcionales a la mayor o menor gravedad del injusto y, entre las penas asignadas a los distintos delitos, debe existir correspondencia y armonía. Así, las penas del delito de homicidio doloso deben ser, en principio, más altas que las de las lesiones corporales y éstas, a su vez, mayores que las de la injuria.

9.- Principio de humanidad de las penas. Mediante este principio se trata de prohibir las penas infamantes, humillantes, que estigmaticen al sujeto o que afecten de cualquier otra forma su dignidad como persona³². La pena es siempre un mal que se irroga al sujeto por haber perpetrado un delito, quien no deja de ser persona por ello y, por lo tanto, conserva su dignidad. Como parte de este principio, la ejecución de la pena debe propender a la socialización del sujeto, entendiendo por tal un propósito modesto, como lo es evitar la deshumanización que pueda sufrir el condenado mientras cumple la pena³³.

10.- Prohibición de doble valoración en perjuicio del imputado. Implica que el juez no debe valorar más de una vez un mismo hecho o fenómeno, ya sea para sancionar varias veces a un mismo sujeto (especialmente tratándose de expresiones distintas del poder punitivo estatal), o para fundar la tipicidad de una conducta y luego agravar o calificar la responsabilidad penal (principio ne bis in ídem o non bis in ídem).

³⁰ En cuanto a la extensión de los efectos de la pena a terceros, dada la naturaleza gregaria del hombre, debe tratar de evitarse en la medida de lo posible, pues resulta ilusorio que la sanción penal no se deje sentir indirectamente a personas distintas del condenado. Así, por ejemplo, es bastante obvio que una pena privativa de libertad impuesta a un jefe de hogar puede afectar indirectamente a los otros miembros del grupo familiar que el condenado sostiene y la pena de disolución de una sociedad, aplicada en el marco de la nueva ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas, afecta indirectamente a sus empleados y a los accionistas o socios.

³¹ El artículo 5 N° 3 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (pacto de San José de Costa Rica), garantiza: “3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.”

³² El artículo 5 N° 2 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos establece: “2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”. Por su parte, el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala: “Art. 7. Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes...”; y el artículo 10 N° 1 del mismo Pacto señala: “1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

³³ El artículo 5 N° 6 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos dispone: “6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.” El artículo 10 N° 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala: “3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados....”

III.- Visión crítica (1): ¿están debidamente resguardados los principios limitadores del *ius puniendo* estatal en la Constitución Política?

La Carta Fundamental constituye, ante todo, un sistema normativo cuyo objeto primario es proporcionar a las personas garantías que permitan contener los posibles excesos o abusos en que la autoridad pueda incurrir en el ejercicio del poder. Parece lógico entonces que la Constitución Política reconozca los principios fundamentales que limitan el poder punitivo estatal, conforme a las concepciones de una sociedad democrática. Ello permite adecuar a la estricta observancia de esos principios o garantías la labor de los estamentos públicos que intervienen en los procesos de criminalización en su nivel primario (creación de las leyes punitivas), en el secundario (persecución criminal y juzgamiento) y en el terciario (ejecución de penas y medidas de seguridad y resocialización). Entonces, antes de realizar una crítica a la legislación penal y proponer una eventual recodificación de la misma, es necesario preguntarse si la actual Constitución Política da adecuado sustento a esos principios cardinales.

En primer término y dejando de lado las garantías procesales, el principio que parece tratado de manera más completa es el de reserva o legalidad³⁴, en su acepción de ley previa (prohibición de retroactividad de la ley penal) y ley escrita (prohibición de establecer delitos y penas por fuentes distintas de la ley propiamente tal). No ocurre lo mismo con la tercera acepción, relativa a la ley estricta (prohibición de analogía *in malam partem*), que sólo puede extraerse de la norma en razón de un proceso interpretativo. Otro tanto sucede con el principio de tipicidad, pues la Constitución nada dice acerca de los estándares que deben satisfacer los tipos penales para que cumplan su función de garantía de una forma razonable. Consiguientemente, es deseable que la Carta Fundamental incorpore expresamente estos dos últimos aspectos del principio.

Por otra parte, el principio de culpabilidad tiene un tímido reconocimiento constitucional en lo referente a la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad³⁵. Pero no hay en la Constitución una fórmula general que impida a la ley consagrar otras formas de responsabilidad objetiva, ni una referencia a la magnitud de las penas en función de la culpabilidad. Tampoco la Carta Fundamental se ocupa de la proporcionalidad de las penas entre sí.

³⁴ El artículo 19 N° 3° párrafos penúltimo y último de la Constitución Política señalan:

“Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

(...)

3º.- La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

(...)

Ningún delito se castigará con otra pena que la que único 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;”

³⁵ El artículo 19 N° 3°, párrafo 7°, de la Carta Fundamental señala:

“Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

(...)

3º.- La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

(...)

La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal.”

Por último, la Constitución no reconoce expresamente el principio de mínima intervención o última ratio, ni el de lesividad, ni el de exterioridad, ni el carácter personalísimo del Derecho Penal. Tampoco se refiere al principio de humanidad de las penas ni a la prohibición de doble valoración en perjuicio del imputado. Es deseable que dichas garantías sean reconocidas por la Carta Fundamental, lo que permitiría, por ejemplo, no aplicar por inconstitucional la norma sobre transmisibilidad de la multa impuesta por sentencia firme antes de fallecer el condenado³⁶, o el establecimiento de delitos puramente simbólicos, entre otras situaciones no deseables.

Consecuentemente, la Constitución Política no contiene un estatuto de garantías penales suficiente y razonable, de modo que su establecimiento debería ser prioritario en relación a una posible recodificación de las normas legales.

El inciso 2° del artículo 5° de la Constitución establece como límite a la soberanía el respeto por los derechos fundamentales reconocidos en tratados internacionales ratificados por Chile y que estén vigentes³⁷, los que en ciertos casos reconocen algunos de los principios limitadores del *ius puniendi* que la Carta Fundamental omite garantizar (v. gr. el de humanidad de las penas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Pero ello es insuficiente en primer término porque la jerarquía de los tratados internacionales en materia de derechos humanos es debatida, tanto en doctrina como en la jurisprudencia³⁸. Además, atendida la importancia de los principios que limitan el poder punitivo del Estado y la necesidad de que su consagración sirva efectivamente como garantía frente al legislador, su protección mediante la remisión o envío por la norma constitucional no garantiza esa finalidad, aunque se reconozca incluso jerarquía constitucional al tratado.

IV.- Visión crítica (2): ¿es necesaria una recodificación penal en Chile?

Un Código Penal y su legislación complementaria son expresiones de la ideología política, religiosa, moral y, en definitiva de la forma en que debe organizarse y existir una comunidad en uno o varios momentos determinados. Desde este punto de vista, una primera aproximación a la pregunta formulada debería considerar la cuestión de si un cuerpo normativo que data de 1874 y cuya fisonomía central no ha variado, es o no reflejo de las convicciones sociales mayoritarias que existen en Chile al cabo de la primera década del siglo XXI. El mismo ejercicio debe hacerse con las

³⁶ El artículo 93 N° 1° del Código Penal dispone:

“Art. 93. La responsabilidad penal se extingue:

1° Por la muerte del responsable, siempre en cuanto a las penas personales, y respecto de las pecuniarias sólo cuando a su fallecimiento no se hubiere dictado sentencia ejecutoriada.”

³⁷ La norma señala: *“El ejercicio de la soberanía reconoce único como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”*

³⁸ Una visión panorámica de la discusión puede encontrarse en, Henríquez Viñas, Miriam Lorena: *“Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos”*, en Estudios Constitucionales, año 6, N° 2, 2008, páginas 73 a 119.

leyes complementarias pues ostentan la misma relevancia normativa. Aunque la sospecha es que esa correspondencia no existe, se trata de una cuestión que excede del ámbito de este trabajo y, probablemente, su análisis exigiría la contribución de otros especialistas en ciencias humanas. Por tal motivo se intentará encontrar una respuesta a partir de una descripción de los principales defectos que pueden observarse en la actual legislación penal y que, ciertamente, no deberían reproducirse en un eventual proceso de recodificación. Estas reflexiones se acompañarán de una exposición sucinta y selectiva de los ámbitos concretos de nuestra legislación penal que deberían ser abordados si se pretende dar cumplimiento a los principios que legitiman el ejercicio del poder punitivo estatal en un Estado democrático de derecho y si se quiere desarrollar una política-criminal coherente y socialmente provechosa, compatible con tales principios.

1.- Expansión, dispersión y superposición de normas penales. Uno de los fenómenos relativamente recientes ocurrido en los países tradición jurídica continental, incluyendo a Chile, es la llamada “expansión del Derecho Penal” o “huida al Derecho Penal”: un aumento progresivo e inorgánico del intervencionismo penal a través del incremento de las penas, de la ampliación de los tipos penales existentes y, por sobre todo, de la incorporación de nuevos delitos al sistema. Este asunto ha sido de tal magnitud que cabe cuestionarse si el Derecho Penal sigue siendo un recurso de última ratio o ha pasado a ser *prima ratio*³⁹. La expansión no es condenable per sé, pues en muchos casos se debe a la necesidad de abordar áreas que antes eran ajenas al Derecho Penal o que simplemente no existían, como la protección del medio ambiente, de los procesos de bioingeniería, de los delitos cometidos a través de medios informáticos, de la protección de los datos personales, etcétera. Lo que es innegable es que esta huida al Derecho Penal ha traído consigo una considerable pérdida de racionalidad del modelo, que se expresa en una legislación vastísima, dispersa, a veces contradictoria y otras reiterativa, sin que haya un sentido de consistencia y coherencia a la hora decidir qué, cómo y cuánto se va a castigar penalmente. Las causas de este proceso son múltiples, complejas y es imposible abordarlas si quiera en un trabajo de esta naturaleza⁴⁰, de modo que se mencionarán sólo dos. La primera es la tendencia que suele observarse en las autoridades de turno y en ciertos grupos de opinión de reaccionar frente a hechos delictuales que conmueven o impactan en la comunidad suponiendo que la legislación penal vigente en relación a esos acontecimiento no es suficiente y que su endurecimiento es capaz contribuir a la solución del problema, de modo que aparece como necesario y urgente modificar las normas penales incrementando las penas, ampliando los tipos o creando nuevos. Esa causa es negativa pero no siempre sus autores proceden de mala fe. Distinto es el caso del populismo y la demagogia, otro de los factores que inciden en esta verdadera inflación de normas penales. Hay políticos que hacen del sistema penal verdaderas agendas políticas y electorales, impulsando de manera irresponsable toda clase de proyectos de ley, que en esta materia no tienen restricciones

³⁹ Carnevali Rodríguez, Raúl: “Derecho Penal como ultima ratio. Hacia una política criminal racional”, en Revista *Ius et Praxis* - año 14 - N° 1, página 31.

⁴⁰ Una interesante aproximación a la etiología del fenómeno puede encontrarse en: Silva Sanchez, Jesús: “La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”. Editorial Civitas. Segunda edición, Madrid, 2001.

en cuanto a su iniciativa ni representan mayores costos (si no se consideran tales los que debe afrontar a mediano y largo plazo la comunidad como consecuencia de una política criminal irracional).

En este contexto, las reacciones legislativas a situaciones ad hoc o a fenómenos coyunturales constituyen las más de las veces propuestas especulativas con poca base científica. Por lo tanto, es frecuente apreciar un proceso legislativo que no se sustenta suficientemente en una política criminal coherente, tal como, al menos, se pretende en otros ámbitos en los que se argumenta en torno a una determinada política económica, educacional, de salud, etcétera. Además, la huida al Derecho Penal ha agudizado otro fenómeno presente en nuestro país desde comienzos del siglo XX: el de la dispersión de la legislación penal en una multiplicidad de leyes penales o de leyes de otra naturaleza que establecen delitos o se remiten a ellos. Para dimensionar el alcance de esta normativa puede mencionarse una investigación reciente del profesor Jean Pierre Matus, quien recopiló en una obra de una extensión de 1.494 páginas, 191 leyes que describen delitos potencialmente aplicables en la actualidad.⁴¹

A lo anterior debe agregarse la superposición de normas penales y el excesivo casuismo con que se tratan algunos hechos, lo que hace que muchas veces una conducta esté comprendida en varios tipos penales, de modo que su aplicación exige un estudio engorroso de la eventual legislación aplicable. Muchas veces la superposición entre normas del Código Penal y de las leyes extravagantes o entre dos o más leyes lo es imponiendo en todos esos casos una misma pena y las diferencias se reducen a especificidades de la conducta típica. Un ejemplo es el delito de apropiación indebida de cotizaciones de seguridad social y de cotizaciones de salud. En el primer caso, el artículo 13 de la ley N° 17.322 sanciona con las penas del artículo 467 del Código Penal a quien se apropiare o distrajere las cotizaciones previsionales descontadas al trabajador⁴², conducta muy similar a la descrita en el tipo básico de apropiación indebida del artículo 470 N° 1° del Código Penal⁴³, asignando idénticas penas. En el caso de la apropiación de cotizaciones de salud, el inciso sexto del artículo 186 de la ley N° 18.933,⁴⁴ hace aplicable a la apropiación o distracción de las mismas sanciones penales que establece la ley N° 17.322 citada. En otros casos,

⁴¹ Véase Matus Acuña, Jean Pierre: "Legislación Penal Vigente en Chile, Tomo II", Legal Publishing Chile, 2012. Para pronunciarse sobre la aplicabilidad de estas normas es necesario realizar un análisis caso por caso que aclare el llamado concurso aparente de leyes penales y que implica que en determinadas circunstancias una norma es desplazada por otra en su aplicación al caso concreto.

⁴² "Artículo 13°.- Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 12 y 14 de esta ley, se aplicarán las penas del artículo 467 del Código Penal al que en perjuicio del trabajador o de sus derechohabientes se apropiare o distrajere el dinero proveniente de las cotizaciones que se hubiere descontado de la remuneración del trabajador."

⁴³ "Art. 470. Las penas del artículo 467 se aplicarán también:

1° A los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquiera otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla."

⁴⁴ La norma señala: "Serán aplicables en lo pertinente a los deudores que indica este artículo, lo dispuesto en los artículos 3°, 4°, 5°, 6°, 7°, 8°, 9°, 11, 12, 14 y 18 de la Ley N° 17.322 para el cobro de las cotizaciones, reajustes e intereses adeudados a una Institución de Salud Previsional. Dichos créditos gozarán del privilegio establecido en el N° 6 del artículo 2472 del Código Civil. Sin perjuicio de todo lo anterior, a los empleadores o entidades que no enteren las cotizaciones que hubieren retenido o debido retener a sus trabajadores o pensionados, les serán aplicables las sanciones penales que establece la ley antes dicha."

la ley extravagante sanciona una conducta ya comprendida en el Código Penal, pero de un modo más severo, en circunstancias de que es muy discutible la justificación de ese aumento. Así sucede, por ejemplo, en el fraude bancario del artículo 160 de la ley General de Bancos⁴⁵, conducta que está comprendida los artículo 468 o 473 del Código Penal⁴⁶ con la diferencia de que siendo la víctima un Banco, eventualmente se aplica una pena más alta que la prevista para otras víctimas, sin importar la entidad del perjuicio que haya sufrido.⁴⁷

Otro ejemplo es la multiplicidad de normas en el ámbito de las falsedades documentales ya que, junto a las normas contenidas en los artículos 193 y siguientes del Código Penal, que sancionan la falsificación y el uso de instrumentos públicos y privados, existen diversas leyes especiales⁴⁸ que básicamente tipifican formas especiales de falsificación o se refieren a formas especiales de documentos, ya contenidos en las normas del Código Penal.

Otro caso es el de los delitos que protegen el tráfico ferroviario, que se encuentran regulados en el párrafo 16 del Título VI del Código Penal (artículos 320 a 332); sin embargo, la Ley General de Ferrocarriles de Chile, que data de 1931, sin derogar expresamente las disposiciones del Código Penal sobre la materia, incorpora varios tipos penales que en la mayoría de los casos coinciden con los del Código Penal (artículos 105 a 127), pero no sucede en todas las hipótesis. Ello genera evidentes problemas a la hora de interpretar y aplicar la ley en un caso concreto.

La superposición de normas penales también se produce al interior del Código Penal. Un ejemplo es el uso de instrumento privado falso del artículo 198 del Código Penal que constituye, según un amplia opinión en la literatura, una forma de estafa ya contemplada en los artículos 467 y siguientes del Código Penal. Si se considera, en cambio, que esta figura no exige un perjuicio de carácter patrimonial como el descrito en las estafas, la redacción de estas falsedades debería modificarse para aclarar el alcance del resultado del delito.

También se puede mencionar el tratamiento excesivamente casuístico de los fraudes por engaño, pues se recurre a muchos tipos penales especiales que ya están comprendidos dentro de las figuras más generales de la estafa (artículos 468 y 473). A diferencia de países como España, Francia, Italia o Alemania,⁴⁹ la regulación de la estafa en nuestro ordenamiento carece de un tipo base que defina lo que se entiende por este delito esencial en el sistema, lo que agrava el

⁴⁵ "Artículo 160.- El que obtuviere créditos de instituciones de crédito, públicas o privadas, suministrando o proporcionando datos falsos o maliciosamente incompletos acerca de su identidad, actividades o estados de situación o patrimonio, ocasionando perjuicios a la institución, sufrirá la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo."

⁴⁶ "Art. 468. Incurrirá en las penas del artículo anterior el que defraudare a otro usando de nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia o crédito supuestos, aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación imaginarios, o valiéndose de cualquier otro engaño semejante."

"Art. 473. El que defraudare o perjudicare a otro usando de cualquier engaño que no se halle expresado en los artículos anteriores de este párrafo, será castigado con presidio o relegación menores en sus grados mínimos y multas de once a veinte unidades tributarias mensuales."

⁴⁷ Resulta difícil justificar este privilegio para los bancos; más bien buenas razones sugieren considerar una rebaja de pena dadas las mayores posibilidades de autoprotección que poseen estas instituciones en comparación con las personas naturales.

⁴⁸ Véase el detalle en Matus Acuña, Jean Pierre: Óp. Cít., páginas 789 y siguientes.

⁴⁹ Las definiciones se contienen en los artículos 248, 313-1, 640 y § 263 de los códigos penales respectivos.

panorama general y expone a la doctrina y a la jurisprudencia a grandes dificultades sobre el concreto alcance de mismo.

Destaca también la situación de las agravantes genéricas del artículo 12 del Código Penal, pues actualmente son 21 (más del doble que las atenuantes genéricas del artículo 11), muchas de las cuales pueden fusionarse o absorberse e incluso suprimirse, de manera de hacer más racional el catastro.

Este panorama ofrece importantes dificultades para que la legislación penal en su conjunto satisfaga razonablemente la función de garantía del tipo penal. Si en ciertas materias a los propios jueces no les resulta fácil determinar cuál es la norma aplicable en un caso determinado, con mayor razón a las personas comunes les es difícil conocer el contenido de las prohibiciones y las sanciones amenazadas por el ordenamiento jurídico en caso de infringirlas, así como también si tratan legítimamente de saber si una conducta que quieren emprender constituye o no un delito. Así, existe una pérdida significativa de los objetivos de certeza jurídica y de garantía a lo que debe agregarse la falta de coherencia que se produce entre las leyes penales extravagantes y la sistemática que sigue en Código Penal, tanto en la parte general como en lo que dice relación con los conflictos que puedan surgir con los delitos descritos en el Código.

Frente a este panorama, que perjudica principalmente al destinatario de la norma penal, es sugerente a priori la idea de una (re)unificación de todas las materias en el Código Penal.

Si bien todo ciudadano tiene el deber de respetar la ley y, con ello, el deber general de conocerla, en materia penal el desconocimiento de la ley descarga de responsabilidad al ciudadano y no es posible fundar esta responsabilidad en meras presunciones de conocimiento de la norma penal. Este principio no sólo da cuenta de la imposibilidad lógica de seguir un mandato normativo que se desconoce (la norma penal que no se conoce no puede cumplir su función motivadora⁵⁰), sino además, deja patente el principio según el cual la reacción estatal más severa, consistente en la imposición de una pena, sólo debe aplicarse en casos estrictamente necesarios.

Es por ello que el Estado no sólo debe plasmar la norma penal perentoriamente en una ley (principio de reserva penal), sino que adicionalmente debe publicar la ley como presupuesto de su aplicación al ciudadano. Más allá de esta mínima difusión de la ley, el legislador debe además favorecer una técnica legislativa que facilite el conocimiento de la ley, acercándola a su destinatario. En la medida que el conocimiento de las normas se dificulta por la creciente y dispersa regulación legal de las actividades sociales, parece conveniente cumplir este propósito a través de la reunión de las normas penales en el principal cuerpo legislativo como es el Código Penal.

⁵⁰ Véase al respecto, Silva Sánchez, Jesús María: "Aproximación al Derecho penal contemporáneo", segunda edición ampliada y actualizada, Editorial B de F, Montevideo, Buenos Aires, 2010, páginas 569 y siguientes.

Sin embargo, también se debe considerar que el Derecho Penal regula crecientemente ámbitos de actividad social muy específicos y que presentan una alta densidad normativa que el Derecho penal no puede desatender. Se trata de ámbitos sociales muy específicos, cuyos actores se encuentran sometidos a normas extrapenales (normas primarias) de alta complejidad, lo que favorecería una regulación de la prohibición penal en su ámbito “natural” y más cercano al destinatario específico de estas normas penales especiales. A ello se debe añadir que muchas veces tales actividades se caracterizan por una regulación de alta complejidad técnica, que incluyen definiciones necesariamente densas, establecimientos de estándares sofisticados, entre otros, lo que sugiere establecer la prohibición penal (como norma secundaria) en el mismo texto que establece tales presupuestos normativos, a fin de lograr una mayor armonización posible del conjunto de normas. Las disposiciones propias del derecho penal llamado “accesorio” son incompletas en el sentido de que requieren generalmente de un complemento extrapenal que recién permite comprender el real alcance de la conducta punible. Es por ello que la “lectura conjunta” de las normas que rigen estas actividades especializadas también sugiere su regulación en un mismo cuerpo normativo.

Por último, si el legislador quiere comunicar que las prohibiciones establecidas en el ámbito penal pretenden evitar los conflictos sociales más agudos, debe otorgarle a estas normas un status preferente en el sistema normativo, lo que se fomenta con su inclusión en el Código Penal. Así, a modo de ejemplo, las garantías fundamentales de la persona no sólo se reúnen en la Constitución Política de la República para revestirlas del rango normativo superior, sino también para acercarlas al ciudadano y representar la importancia primordial que ostentan en la convivencia social.

Las consideraciones expuestas han sido desatendidas por el legislador nacional, que ha relegado, sin más, la gran mayoría de las regulaciones nuevas en materia penal a leyes especiales. Según se dijo, en algunos casos esa técnica legislativa se justifica, pero en otras, tal decisión carece de fundamento y resulta perjudicial al fomento del conocimiento de la ley penal y a la representación de su trascendencia.

Un ejemplo de estos últimos casos lo representan los delitos informáticos, pues no cabe duda que la actividad informática rige crecientemente las actividades más cotidianas de un amplio espectro de ciudadanos, por lo que su regulación en la ley 19.233 carece de razón, especialmente si sólo consta de cuatro disposiciones penales que no se complementan con ninguna norma extrapenal. Considerando que esta normativa no protege algún bien jurídico de nuevo cuño, sino que refuerza la protección de bienes jurídicos ya recogidos en el Código Penal, todo indica que resulta más adecuada la técnica legislativa empleada en otros países, por ejemplo Alemania, que inserta estas disposiciones como nuevas formas comisivas entre los delitos tradicionales.⁵¹

⁵¹ El Código Penal alemán regula en el § 263 la llamada estafa informática, en los § 202 a, 202 b el espionaje informático y captura de datos, en los § 303 a, 303 b las alteración de datos y sabotaje informático y en el § 269 la falsificación de datos con relevancia probatoria.

Algo similar ocurre con el uso de tarjetas de crédito y débito, que adquieren creciente relevancia en las actividades comerciales que realiza cualquier ciudadano. La ley N° 20.009 contempla cinco artículos que incluyen una disposición penal con varias hipótesis punibles, cuya comprensión no requiere de las demás normas, por lo que parece conveniente trasladar estos tipos penales al ámbito de las falsedades. A fin de acentuar que las regulaciones extrapenales se refuerzan mediante prohibiciones penales, se puede hacer referencia en la propia ley N° 20.009 a la existencia de los respectivos tipos penales en el Código Penal.

Otro tanto ocurre con el lavado de activos. Si la actual decisión político-criminal busca rebajar las exigencias para configurar esta actividad delictiva, incluyendo el llamado “autolavado”, el mero contacto con los objetos de origen ilícito e incluso las conductas meramente negligentes de lavado, parece claro que el destinatario de la norma excede con largueza las organizaciones criminales o incluso las empresariales. De esta forma, no parece conveniente incluir estos delitos en la ley que crea y regula la Unidad de Análisis Financiero (ley N° 19.913), institución que, si bien cumple una función auxiliar relevante en el combate de esta actividad delictiva, la mayoría de los ciudadanos no identifica.⁵²

En cuanto a las consideraciones en torno a remarcar la relevancia de ciertos delitos, es posible considerar el traslado de las disposiciones de la ley N° 20.357 que tipifica crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra al Código Penal, máxime si esa ley no introduce disposiciones especiales a la parte general que podrían desordenar el cuerpo normativo principal.⁵³ En atención a la historia reciente de nuestro país y a las importantes obligaciones internacionales asumidas con la ratificación del Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional, la trascendencia de esta legislación no parece requerir mayor justificación.

Por último, en lo que respecta a la necesidad de nuevas tipificaciones penales, que se abordarán más abajo, hay que analizar igualmente la conveniencia de reunir las disposiciones penales en el Código Penal, como por ejemplo, en materia medioambiental. Si bien esta materia depende de una profusa regulación extrapenal, las remisiones normativas cruzadas parecen constituir una conexión suficiente entre estas áreas, de modo que la ley de bases del medioambiente (N° 19.300) y otras leyes especiales deberían señalar que el reforzamiento penal de sus prohibiciones y mandatos están recogidos en el Código Penal.

En lo que respecta a normas penales extravagantes que parece razonable mantener en textos legales autónomos, la legislación sobre consumo de drogas y narcotráfico de la ley N° 20.000 constituye un caso paradigmático. Si bien esta ley aborda problemas que se estiman de creciente gravedad en nuestra sociedad y con ello constituye un candidato para su recodificación en el texto penal principal, su autonomía legislativa es conveniente en la medida que se quieran mantener importantes regulaciones especiales en el ámbito procesal-penal y administrativo, que no

⁵² Con lo anterior no se quiere apoyar la amplitud de las figuras de lavado de activos en nuestro ordenamiento penal, sino manifestar la necesidad recodificadora de nuestra legislación penal.

⁵³ Otros países han enriquecido estos delitos con normas especiales sobre participación, alcance territorial de la ley penal, etcétera, como ocurre en Alemania, lo que explica en buena medida la necesidad de recoger tal innovación legislativa especialísima y compleja en una codificación especial (“Völkerstrafgesetzbuch”).

encontrarían adecuación en el Código Penal. Contemplándose además en esta materia, por un lado, normas especiales referidas a la parte general, tales como circunstancias modificatorias de responsabilidad, causales de justificación, aplicación y cumplimiento de penas, y por el otro, infracciones a nivel de faltas penales, como asimismo delimitaciones implícitas de conductas no punibles, todas las cuales no son fáciles de precisar, parece conveniente evitar una dispersión normativa. La legislación sobre consumo de drogas y narcotráfico ofrece una exagerada regulación especial que resulta criticable en cuanto a la consagración de fuertes excesos punitivos y procesales que, en lo que interesa en este punto, sugieren una regulación única de materias que en caso contrario debiesen reubicarse en los más diversos ámbitos del ordenamiento jurídico.

Otro ejemplo relevante de una normativa que se encuentra recogida adecuadamente en una ley especial es la ley Nº 20.393 sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas. Si bien se trata de una innovación de la mayor trascendencia en el sistema penal, la necesidad de una regulación precisa mediante múltiples disposiciones muy particulares, tanto en la parte general del Derecho Penal como en el Derecho Procesal, fuerzan una regulación orgánica en un cuerpo normativo separado.

Finalmente, diversos ámbitos clásicos de la legislación penal económica, tales como los delitos tributarios, aduaneros, las insolvencias punibles, la protección de la propiedad intelectual e industrial, entre otros, han estado tradicionalmente ubicados en leyes especiales en consideración a las estrechas vinculaciones con las normas legales primarias en estas materias. Más allá de las críticas internas que se puedan efectuar a esas regulaciones, la necesidad de actualizar globalmente tales cuestiones ha demostrado la conveniencia de la reforma conjunta de las normas penales en el mismo cuerpo normativo.

2.- Insuficiencias por falta de regulación a nivel legal. En los 137 años de vigencia del Código Penal se ha producido un importante desarrollo doctrinario de las instituciones que conforman la parte general y que no ha sido recogido por el estatuto, debido a lo cual es necesario debatir sobre la conveniencia de normativizarlas. Una de ellas es decidir la conveniencia de incorporar una norma legal relativa a la omisión impropia o comisión por omisión⁵⁴ y, en caso afirmativo, resolver si la disposición debe señalar taxativamente las fuentes de la posición de garante que se admiten, como en el Código Penal español⁵⁵ o abandonar esto último a la doctrina y jurisprudencia, como

⁵⁴ Se trata de delitos: “en los que la conducta que infringe una norma imperativa (mandato) ocasiona, como consecuencia, el quebrantamiento de una prohibitiva (prohibición)”. (Cury Urzúa, Enrique: Óp. Cít., página 678).

⁵⁵ “Artículo 11

Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:

a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.

b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.”

en el Código Penal alemán⁵⁶. Ambas cuestiones son muy debatidas y es así como en el Anteproyecto de Nuevo Código Penal, luego de proponerse una fórmula, se optó por prescindir de ella *“en el entendido de que los delitos de comisión por omisión deben legislarse expresamente en la parte especial, aunque también hay quienes optaron por la supresión del artículo, considerándolo simplemente superfluo”*⁵⁷, esto último atendido que la falta de un precepto legal nunca ha impedido construir una omisión impropia a partir de un tipo de comisión. Hay quienes sin embargo, propician una regulación legal por razones de seguridad jurídica y de conciliar plenamente esta clase de omisión con la reserva legal⁵⁸.

Seguidamente, el tratamiento del error en la legislación penal vigente es muy defectuoso. En un sentido general, el Código Penal sólo alude al error sobre el sujeto pasivo, restándole consecuencias sobre la punibilidad del hecho⁵⁹. El Código Tributario ha regulado de manera incipiente una forma de error sobre el alcance de la obligación tributaria⁶⁰. Pero no hay en la ley penal un tratamiento sistemático del error de tipo ni del error de prohibición⁶¹. La jurisprudencia ha acogido en forma muy limitada este último y es aconsejable que la ley penal regule ambas clases de errores⁶².

⁵⁶ “§ 13 StGB. *“Comisión por omisión. (1) El que omite evitar un resultado que pertenezca al tipo de una ley penal, sólo es punible conforme a esa ley cuando deba responder jurídicamente porque el resultado no se produzca y cuando la omisión corresponda a la realización de del tipo legal mediante una acción. (2) La pena puede disminuirse conforme al § 49 I.”*

⁵⁷ “Materiales de Discusión presentados a la Comisión Foro Penal, Parte General”. Política Criminal, Nº 1, D2, página 50.

⁵⁸ Así, Hernández Basualto, Héctor: “Reflexiones e ideas para una reforma penal”, en Cuadernos Judiciales, Nº 6 (Instituto de Estudios Judiciales); Santiago, 2002, páginas 97 y 98.

⁵⁹ El inciso final del artículo 1° establece: *“El que cometiere delito será responsable de él e incurrirá en la pena que la ley señale, aunque el mal recaiga sobre persona distinta de aquella a quien se proponía ofender. En tal caso no se tomarán en consideración las circunstancias, no conocidas por el delincuente, que agravarían su responsabilidad; pero sí aquellas que la atenúen.”*

⁶⁰ El artículo 110 del Código tributario dispone:

“Artículo 110.- En los procesos criminales generados por infracción de las disposiciones tributarias, podrá constituir la causal de exención de responsabilidad penal contemplada en el N°. 12°. del artículo 10°. Del Código Penal o, en su defecto, la causal atenuante a que se refiere el número 1°. del artículo 11°. de ese cuerpo de leyes, la circunstancia de que el infractor de escasos recursos pecuniarios, por su insuficiente ilustración o por alguna otra causa justificada, haga presumir que ha tenido un conocimiento imperfecto del alcance de las normas infringidas. El tribunal apreciará en conciencia los hechos constitutivos de la causal eximente o atenuante.”

⁶¹ Error de tipo es el que recae sobre un elemento objetivo del tipo penal; error de prohibición, es el que recae sobre la ilicitud de la conducta.

⁶² Así, el Anteproyecto de Nuevo Código Penal (siguiendo en el caso del error de prohibición la denominada teoría Limitada de la Culpabilidad), los regula en los siguientes términos (en Política Criminal Nº 1, D1, página 2):

“Art. 3º. El error sobre la concurrencia en el hecho de un elemento integrante de la descripción legal del delito excluye el dolo respecto del mismo. Si el error es evitable, el hecho se sancionará a título de imprudencia, si procede.

Lo dispuesto en el inciso anterior se aplicará también al error sobre la concurrencia de un presupuesto de las causas de justificación de la conducta.

Las circunstancias desconocidas por el sujeto no se considerarán para agravar o calificar su responsabilidad penal, pero sí para atenuarla o privilegiarla

Art. 4º. El error inevitable sobre la ilicitud del hecho excluye la responsabilidad penal. Si el error es evitable, se rebajará la pena conforme a lo dispuesto en el artículo 46.”

Por otro lado, no existe a nivel legal una regulación sobre ejecución de las penas, salvo algunas pocas disposiciones contenidas el Código Penal (artículos 79 a 89 bis), relativas principalmente al cumplimiento de las penas privativas de libertad. En el Código Procesal Penal hay normas procesales respecto del cumplimiento de las penas (artículos 466 a 472) y de las medidas de seguridad (artículos 481 y 482), pero no existe un estatuto con rango legal relativo a la ejecución y control de las penas y medidas de seguridad y resocialización el que, en el primer caso y tratándose de penas privativas de libertad, está tratado en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios contenido en el Decreto Supremo del Ministerio de Justicia N° 518 de 22 de mayo de 1998. Si la ejecución de las penas está comprendida dentro de la reserva legal, se afecta dicha reserva si la materialidad de la pena la regula un simple reglamento, particularmente si en él se tratan aspectos como los derechos y obligaciones de los internos (Título III) y el régimen disciplinario (Título IV), entre otros.

Por último, en la parte especial existen importantes áreas que requieren de la intervención del Derecho Penal, sin que hasta la fecha existan normas adecuadas que las regulen o, de haberlas, son escasas y no dan cuenta de un modelo integral de tratamiento normativo.

Así, en el ámbito de los delitos contra el patrimonio adquiere especial urgencia la superación de un sensible vacío que presenta nuestro ordenamiento penal al consagrar únicamente uno de los dos pilares fundamentales de protección del bien jurídico, como es la estafa, pero reconocer solamente en forma muy deficitaria el segundo de ellos, constituido por la administración desleal.

En efecto, todos los ordenamientos comparados relevantes, así como la propuesta formulada por el “Foro Penal” descrito al inicio, contemplan esta figura en vez de o en conjunto con la apropiación indebida consagrada principalmente en el artículo 470 N° 1 del Código Penal. Esta última exige grandes esfuerzos interpretativos para poder llenar un vacío que no está llamada a completar y aun mediante este procedimiento mantiene importantes lagunas de punibilidad.⁶³

En efecto, es necesario proteger el patrimonio con suficiente amplitud de “ataques desde adentro”, consistentes en defraudaciones de relaciones de confianza que permiten al administrador de un patrimonio o al ejecutor de encargos patrimoniales provocar dolosamente perjuicios al patrimonio ajeno. La práctica demuestra que diversas actividades económicas son inconcebibles sin tal depósito de confianza en terceros -como ocurre desde luego en toda actividad empresarial, pero también en relaciones entre personas naturales de diversa índole- y que las defraudaciones se encuentran a la orden del día con efectos perjudiciales completamente equivalentes a las estafas, circunstancias que eventualmente pueden estar ocurriendo con importante frecuencia precisamente por la impunidad parcial descrita.

⁶³ Este déficit ha sido criticado ampliamente en la doctrina nacional. Véase, por muchos, Hernández Basualto, Héctor, “La administración desleal en el derecho penal chileno”, en “Revista de Derecho de la PUCV”, XXVI (2005, Sem. I), Ediciones Universitaria de Valparaíso, paginas 201 a 258.

A diferencia de España, parece más adecuado no limitar la figura al ámbito societario a fin de proteger a toda clase de personas, especialmente las naturales, y no limitar el ilícito sólo a determinadas actividades comerciales.

Finalmente, la introducción de este delito permite abarcar las más usuales y graves conductas de defraudación al Fisco, ya sea cuando se cometen por un particular, por un funcionario público o por ambos en conjunto, subsanando las importantes dificultades interpretativas que actualmente existen en torno a las figuras de fraude al Estado del artículo 239 del Código Penal y la malversación de caudales públicos de los artículos 233 y siguientes del Código Penal, sin perjuicio de considerar una agravación de pena cuando la afectación se refiera al patrimonio estatal o la conducta la realice un funcionario público con abuso de su cargo. De ello se tratará más adelante al abordar los delitos funcionarios.

Un segundo ámbito delictivo respecto del cual nuestro ordenamiento presenta un importante déficit regulativo en comparación con la legislación comparada dice relación con los delitos medioambientales, que en la mayoría de los países occidentales ha sido objeto de una amplia consagración. En Chile existe una normativa muy precaria y asistemática: el artículo 136 de la ley N° 18.892 (ley de pesca y acuicultura) que describe un delito de contaminación propiamente tal (de aguas)⁶⁴. En los demás casos la protección del medio ambiente se dispensa a través de tipos penales que protegen otros bienes jurídicos, como ocurre con el patrimonio animal y vegetal, en la figura del artículo 291 del Código Penal⁶⁵. Y lo que es más grave, esos tipos penales dispersos en la legislación no están asociados a la institucionalidad ambiental (ley N° 19.300 y legislación complementaria), lo que puede conducir a situaciones inconvenientes, como es el hecho de que una persona se someta y cumpla la normativa ambiental y, sin embargo, puede ser objeto de una pena por contaminar en razón de parámetros no exigidos por las normas administrativas.

Otro ámbito, que si bien ha sido incorporado al ordenamiento penal con reciente data y que muestra claros vacíos, se refiere a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ya en la discusión parlamentaria se expresaron diversas voces desde la academia que advertían la importante limitación en el catálogo de delitos incorporados en definitiva en la ley 20.393. Si bien con esta ley se cumple con el mínimo compromiso internacional asumido por nuestro país, se desperdició la oportunidad de aplicar esta radical modificación del sistema de imputación penal a los ámbitos delictivos en los que la empresa juega realmente un rol protagónico y genera graves

⁶⁴ "Artículo 136.- El que introdujere o mandare introducir en el mar, ríos, lagos o cualquier otro cuerpo de agua, agentes contaminantes químicos, biológicos o físicos que causen daño a los recursos hidrobiológicos, sin que previamente hayan sido neutralizados para evitar tales daños, será sancionado con multa de 50 a 3.000 unidades tributarias mensuales. Si procediere con dolo, además de la multa, la pena a aplicar será la de presidio menor en su grado mínimo.

Si el responsable ejecuta medidas destinadas a reparar el daño causado y con ello se recupera el medio ambiente, el tribunal rebajará la multa hasta en un cincuenta por ciento, sin perjuicio de las indemnizaciones que corresponda."

⁶⁵ "Art. 291. Los que propagaren indebidamente organismos, productos, elementos o agentes químicos, virales, bacteriológicos, radiactivos, o de cualquier otro orden que por su naturaleza sean susceptibles de poner en peligro la salud animal o vegetal, o el abastecimiento de la población, serán penados con presidio menor en su grado máximo."

daños sociales. Si bien por medio del lavado de activos descrito en esta ley se incorporan actualmente varios tipos base a este sistema punitivo, no cabe duda que el financiamiento del terrorismo y el cohecho no representan problemas de gran envergadura en la realidad social actual. Es por ello que resulta difícil de explicar que otros ámbitos más propios como los delitos medioambientales -especialmente en una regulación integral y coherente como aquí se plantea- las estafas, los delitos tributarios, las apropiaciones de cotizaciones previsionales de los trabajadores, los delitos contra la propiedad intelectual o industrial o los delitos que protegen el funcionamiento instituciones del sistema económico, como por ejemplo los delitos bursátiles⁶⁶, no puedan ser cometidos por las empresas como personas jurídicas penalmente responsables.

Mención aparte merecen los delitos económicos. En las últimas décadas ha ido ganando terreno en la discusión académica la necesidad de reformular los tipos penales que se refieren a actividades económicas que afectan bienes jurídicos colectivos que se consideran esenciales para el correcto funcionamiento del sistema económico. Si bien no se puede desconocer que existe una importante corriente que advierte en esta revisión un peligro de un crecimiento inflacionario del Derecho Penal que conllevaría la protección de bienes jurídicos extremadamente imprecisos o sólo aparentes, como asimismo anticipaciones punitivas de conductas que sólo debieran ser punibles en la medida en que generen perjuicios patrimoniales cuantificables,⁶⁷ parece posible conciliar ambos extremos académicos con el objeto de preservar los principios clásicos e irrenunciables relativos a los límites de la intervención penal y responder a la creciente preocupación social por los daños globales y sistémicos que generan esta clase de delitos. Esto último permite además restablecer en alguna medida la debida proporcionalidad en la intervención punitiva, en términos de no sólo sancionar drásticamente la clásica delincuencia contra la propiedad (robos y hurtos), sino que proceder con igual decisión respecto de la llamada “delincuencia de cuello blanco”.⁶⁸

Ahondando, en la medida que lo permiten estas reflexiones, las aprensiones que suscitan esta clase de tipificaciones referidas a la actividad económica dicen relación principalmente con la posible vulneración del principio de lesividad, cuando los delitos económicos pretenden proteger bienes jurídicos supraindividuales. Se sostiene que conceptos tales como “el sistema crediticio”, “la competencia leal” o “el correcto funcionamiento del mercado bursátil”, no pueden configurar bienes jurídicos en el ámbito penal, porque serían tan indeterminados y amplios que difícilmente

⁶⁶ Por lo demás, resulta absurdo que los delitos bursátiles se sancionen indirectamente, cuando la empresa incurre en una conducta de lavado de los fondos obtenidos mediante estos delitos, pero no directamente por la comisión de los mismos. Algunos delitos funcionarios, como por ejemplo el fraude al Fisco, también están sometidos a este régimen absurdo de sanción indirecta.

⁶⁷ Respecto de la discusión sobre la conveniencia y legitimidad de una ampliación del Derecho Penal Económico véase García Caveró, Percy: “Derecho Penal Económico, Parte General”, Editorial Jurídica Grijley, segunda edición, 2007, páginas 77 y siguientes.

⁶⁸ Sobre la distintas maneras de conceptualizar el derecho penal económico, su evolución y caracterización, conviene consultar el trabajo concentrado y fundamental de Tiedemann, Klaus: “Derecho Penal Económico, Introducción y parte general”, (traducción a cargo de Abanto/Hernández/Aldoney), Editorial Jurídica Grijley, 2009.

podrían contribuir a la legitimación de normas penales concretas.⁶⁹ En otras palabras, tales conceptos permitirían incriminar toda clase de conductas disfuncionales a un subsistema económico que no se relacionan directamente con intereses individuales de una persona. Por otra parte, se sostiene que la lesión de estos supuestos bienes jurídicos sólo sería posible a través de múltiples conductas que socavan la credibilidad del subsistema, ya que una actuación individual no es capaz de conmover un bien jurídico colectivo. Sería necesario estatuir entonces verdaderos “delitos cumulativos”, como ocurre en el derecho penal medioambiental, en términos tales que la mera contribución a un efecto acumulado sería presupuesto suficiente para sancionar a una persona.⁷⁰ Como tal efecto global, generado por muchas personas, no sería imputable al infractor individual, se incurriría en una vulneración al principio de culpabilidad personal. Finalmente, se sostiene que en realidad se trataría únicamente de bienes supraindividuales aparentes, porque en realidad detrás de estos conceptos se esconderían intereses patrimoniales individuales, que ya reciben una protección suficiente a través de los delitos de lesión patrimonial de corte clásico. Siguiendo esta argumentación, los delitos propios del derecho penal económico constituirían delitos de peligro abstracto al patrimonio individual y tales anticipaciones punitivas no serían compatibles con las garantías penales de lesividad, ultima ratio y fragmentariedad.⁷¹

En definitiva, mediante el establecimiento de delitos económicos destinados a proteger intereses difusos y colectivos en el ámbito económico se estaría recargando al Derecho Penal con una función de prevención de peligros⁷² que no es capaz de cumplir y que resulta incompatible con los principios clásicos descritos más arriba.

Sin embargo, tales razonamientos desconocen, por un lado, que la protección de intereses supraindividuales importa la protección de instituciones sociales que no son distintas a las que se protegen en el ámbito clásico del Derecho Penal, como la correcta administración de justicia (delitos de prevaricación, falso testimonio, etcétera) o la seguridad en el tráfico jurídico (los delitos de falsedades documentales) y que se trata de instituciones esenciales para la vida social, cuya funcionamiento adecuado depende fundamentalmente de la confianza social que en ellas se deposite. Incluso, los contornos de estas instituciones son precisados con bastante precisión, porque han sido objeto de una abundante regulación extrapenal. Por otra parte, estos intereses no son siempre reconducibles a intereses patrimoniales directos, pero sí a intereses más complejos muy relevantes para sus titulares como su competitividad o la correcta asignación de

⁶⁹ Una completa recopilación de diversas posiciones respecto de la función del bien jurídico en un Derecho Penal Moderno se puede consultar en Hefendehl, Roland (editor): “La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento del Derecho Penal o juegos de abalorios dogmático?”, (traducciones coordinadas por Alcacer/Martín/Ortiz de Urbina), Editorial Marcial Pons, Madrid 2007.

⁷⁰ Sobre esta categoría delictual, véase sucintamente, Piña Rochefort, Juan Enrique: “Fraude de Seguros, cuestiones penales y de técnica legislativa”, Editorial Jurídica de Chile, 2006, página 33 y siguientes.

⁷¹ Para una revisión de las posiciones más críticas en este contexto véase, Varios Autores, “La insostenible situación del Derecho Penal”, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (Editores), Editorial Comares, Granada 1999.

⁷² Una descripción detallada de la realidad social que enfrenta actualmente el Derecho Penal, Prittwitz, Cornelius: “Strafrecht und Risiko, Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft”, V. Klostermann 1993, especialmente páginas 156 y siguientes.

recursos. Finalmente, los grandes escándalos financieros, económicos o aquellos que afectan a los consumidores desde luego pueden generar en muchos casos un daño social muy superior a los delitos clásicos de hurto o estafa, todo lo cual puede ser imputado a quien realiza la conducta defraudatoria del sistema.

En suma, el Derecho Penal se debe hacer cargo de una realidad social distinta a la que existía al momento de concebirse los principios limitadores del *ius puniendi*, los que deben ser adecuados a realidades de mayor complejidad, especialmente en el ámbito económico, a fin de lograr una respuesta estatal equilibrada y responsable, tanto con el respeto de los derechos individuales, como con su obligación de abordar punitivamente los conflictos sociales más sensibles.

Si se analizan ahora los vacíos más relevantes que se observan en nuestro ordenamiento penal, llama la atención la completa ausencia de delitos de la contabilidad o de los balances propiamente tales. Considerando que constituyen instrumentos de análisis indispensables en la actividad económica en sus más diversas manifestaciones y que grandes fraudes contables han generado verdaderos debacles empresariales⁷³ afectando gravemente la credibilidad de los controles que sobre éstas se pueden ejercer a través de estos instrumentos y, por cierto también, los intereses patrimoniales de los inversionistas, existen pocos países que no hayan decidido incluir en el Derecho Penal tales ilicitudes.

En general, la falta de un delito de administración desleal u otros de carácter societario que flanquean la protección de los intereses patrimoniales, genera grados importantes de impunidad en las actuaciones empresariales fraudulentas.

Por otra parte, es necesario dilucidar si los ilícitos en contra de la libre competencia o de competencia desleal deben ser reforzados penalmente. Es conocida la divergencia que se puede apreciar entre las decisiones político-criminales que han adoptado otros países que usualmente sirven como modelos legislativos para el nuestro, optando por criminalizar este ámbito de la actividad económica (por ejemplo, los Estados Unidos de Norteamérica) o por relegar su sanción al ámbito administrativo (por ejemplo, Alemania Federal⁷⁴).

En nuestro medio, más allá de la pregunta en torno a la vigencia o aplicabilidad del antiguo artículo 285 del Código Penal sobre alteración por medios fraudulentos del precio natural de cosas que fueren objetos de contratación, se ha discutido la conveniencia de contar con estos tipos penales. El debate debe considerar, en todo caso, la necesidad de contemplar mecanismos eficaces que coordinen la actividad investigativa y persecutoria de los ilícitos que implica una

⁷³ Son conocidos los casos "Enron", "Tyco", "WorldCom" ocurridos en los Estados Unidos en el año 2000 o el caso del consorcio de productos alimenticios italiano "Parmalat". Los casos estadounidenses dieron origen en el año 2002 a la "Sarbanes-Oxley-Act", que estableció, entre otras medidas, un fortalecimiento de los controles financieros internos en las empresas, así como la responsabilidad civil del consejo de administración por las manipulaciones de balances.

⁷⁴ El sistema alemán resulta especialmente llamativo por cuanto los clásicos ilícitos contra la libre competencia no reciben sanción penal, mientras que los ilícitos contra la competencia leal sí se sancionan penalmente, incluso en el propio Código Penal.

doble persecución tanto en el ámbito administrativo-infracción como propiamente penal, máxime si los ilícitos no difieren sustancialmente entre sí y tampoco lo hacen las facultades investigativas en el texto actual del Decreto Ley N° 211, especialmente las de carácter intrusivas.

Un punto especialmente sensible lo constituye la introducción de mecanismos de incentivo de la denuncia y esclarecimiento de hechos, como la “delación compensada” propias de la persecución administrativa y más bien ajena a la persecución penal.⁷⁵ Si no se quiere frustrar completamente la viabilidad de estos mecanismos es necesario estudiar la flexibilización de las posibilidades de omisión de la persecución y sanción penal.

Otro ámbito relacionado con esta materia es la protección penal de los secretos empresariales, entendiendo que las vulneraciones de los mismos configuran delitos de competencia desleal pues su contenido excede las afectaciones propiamente patrimoniales. Estos ilícitos reciben en nuestro ordenamiento una protección penal exigua y anticuada. Es necesario extender su ámbito de protección a todo secreto comercial o industrial, no sólo de las fábricas como sucede en el artículo 284 del Código Penal, y se debe procurar una protección equivalente respecto de conductas de espionaje económico que actualmente sólo se contempla en el específico ámbito de los delitos informáticos e indirectamente a través de la protección de la vida privada en el artículo 161-A. Asimismo, se debe incorporar un delito de uso no autorizado de las informaciones confiadas u obtenidas mediante intromisión. La modernización de este ámbito de protección permitiría dar cuenta de la creciente importancia que ha adquirido esta clase de bienes inmateriales en la actividad empresarial.

3.- Insuficiencias por defectuosa regulación legal. Existen numerosas instituciones cuyo tratamiento es insuficiente, atendidos los aportes que en todos estos años ha hecho la ciencia penal. No se trata de que la ley zanje las discusiones doctrinarias, pues no le corresponde, pero sí debe permitir que ella fluya y pueda enriquecerse con los futuros avances. A modo puramente ejemplar se puede mencionar como un caso de regulación legal inapropiada la privación total de la razón por causa independiente de la voluntad (artículo 10 N° 1°, segunda parte del Código Penal)⁷⁶. Se trata de una hipótesis que va mucho más allá de las acciones libres en su causa, pues la exención de culpabilidad exige que *“la voluntad del sujeto no haya intervenido en la creación de la situación de inimputabilidad”*⁷⁷, de manera que con ello se está *“reclamando una pura*

⁷⁵ La institución del “whistleblowing” que se refiere a la denuncias internas o externas que efectúan empleados respecto de ilícitos cometidos por la empresa y cuyo fomento requiere de resguardos legales para el denunciante, ha recibido un tratamiento indirecto en nuestro país a través de la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas, ya que todo sistema de prevención de delitos, como el estatuido en esta ley, obliga adoptar regulaciones eficaces en este ámbito, consistentes en asegurar que tales denuncias no serán seguidas de represalias por parte de la empresa. Ello importa un motivo adicional para reforzar la ley 20.393 y extender el exiguo catálogo de delitos que actualmente contempla.

⁷⁶ “Art. 10. Están exentos de responsabilidad criminal:

1° El loco o demente, a no ser que haya obrado en un intervalo lúcido, y el que, por cualquier causa independiente de su voluntad, se halla privado totalmente de razón.”

⁷⁷ Cury Urzúa, Enrique: Óp. Cit., página 423.

*responsabilidad por el resultado, de manera sumamente reprobable*⁷⁸. Es también necesario revisar las normas sobre autoría y participación (artículo 14 a 17 del Código Penal) a lo menos en tres sentidos. El primero es delimitar de la mejor forma las diferencias entre cómplices tratados como tales y los que se penan como autores; el segundo es suprimir el encubrimiento como un caso de participación pues no lo es, dejándolo –previa depuración– como un delito autónomo en contra de la administración de justicia; y, en tercer lugar, es conveniente regular a nivel legal los problemas de comunicabilidad de las circunstancias personales en los delitos cualificados, sean propios o impropios, y en el primer caso, de manera particular, en los de infracción de deber.

En lo que a la parte especial se refiere, existen muchos tipos penales sumamente defectuosos, tanto en el Código Penal como en leyes extravagantes. Entre los primeros es necesario reformular completamente los delitos principales contra el patrimonio fiscal. El delito de fraude al Estado (artículo 239 del Código Penal) contempla una conducta (“defraudar”) tan amplia e indeterminada que resulta difícil de precisar y, en muchos supuestos, distinguir de la malversación de caudales públicos (artículo 233 del Código Penal). Esta última figura se consagra asimismo en el artículo 235 del Código Penal bajo el supuesto que haya operado un reintegro de los fondos, sin indicarse hasta cuándo puede realizarse tal conducta, lo que dificulta enormemente su delimitación con la figura del artículo 233 del Código Penal.

Por otra parte, la malversación de caudales público también se establece como una figura meramente negligente en el artículo 234 del Código Penal, lo que constituye un cuerpo extraño en la legislación penal, toda vez que por regla general no se sancionan afectaciones patrimoniales que no sean dolosas.

Todo lo anterior refuerza la necesidad de simplificar la actual legislación con una figura de administración desleal, según se indicó. Si esta figura se establece en las defraudaciones bastaría introducir una eventual agravación cuando se actúa sobre el patrimonio fiscal si se quiere acentuar un mayor desvalor en ese contexto o cuando interviene un funcionario público en el ejercicio de una función pública.

De igual forma, a pesar de su reciente creación, conviene revisar el artículo 241 bis del Código Penal, establecido mediante la ley N° 20.088 de 5 de enero de 2006, que sanciona el enriquecimiento ilícito del funcionario público de un modo difícil de compatibilizar con el principio de determinación del tipo penal, ya que no permite entender suficientemente cuál es el origen ilícito concreto que debe caracterizar el enriquecimiento.

Si bien se explicita en la misma disposición que la carga de la prueba no es del imputado, con lo cual se salvó una importante infracción a los principios de inocencia y de “no autoincriminación” que afectaba al proyecto de ley en su origen, se trata de un delito defectuoso porque difícilmente se puede dar por acreditado el mentado origen ilícito de los fondos sin acreditar algún delito funcionario clásico, si no se quieren sancionar conductas legítimas o enteramente indeterminadas.

⁷⁸ *Ibíd.*

Con ello el delito se torna prácticamente inaplicable como figura autónoma y que no sea desplazada, en definitiva, por otros delitos funcionarios (fraude la Fisco, tráfico de influencias, cohecho, etcétera). Ya que no existe un deber de carácter internacional respecto de la tipificación penal de este delito⁷⁹, parece conveniente reservar la sanción de los enriquecimientos ilícitos de funcionarios públicos reciamente a los delitos funcionarios clásicos.

En leyes penales extravagantes hay también tipos penales contruidos confusamente y con diversos defectos. Entre ellos pueden mencionarse los delitos de la ley de quiebras, redactados bajo la forma de presunciones, que no lo son, y desarrollados a través de múltiples hipótesis muy antiguas que no permiten distinguir el real alcance de la prohibición penal⁸⁰; los delitos tributarios, que requieren necesariamente de profundas remisiones a leyes extrapenales, pero que por tal razón debiesen clarificar sus destinatarios y los resultados que exigen; algunos de la ley de Mercado de Valores (N° 18.045), que también se refieren necesariamente a normas de carácter administrativo para configurar el ilícito penal, pero que, a su vez, no diferencian suficientemente el delito de la infracción meramente administrativa⁸¹.

4.- Anacronismos. El Código Penal mantiene muchas disposiciones que datan de su creación y que claramente han perdido vigencia. Así ocurre, por ejemplo, con el intervalo lúcido en los casos de locura o demencia (artículo 10 N° 1°) y con numerosos tipos penales que han caído en desuso. Entre éstos, el ejemplo probablemente más llamativo dice relación con el delito de duelo que, a lo largo de seis artículos (artículos 404 a 409 del Código Penal) sanciona y regula pormenorizadamente esta actividad, sancionando incluso a los padrinos del duelo o a quien desacreditare públicamente a otro por haber rehusado un duelo. Otros ejemplos son tocar o mandar tocar campanas para excitar al pueblo, en el delito de sublevación (artículo 123 del Código Penal); la falsificación y cercenamiento de monedas de oro o de plata de curso legal (artículos 162,

⁷⁹ En efecto, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, ratificada y promulgada por Chile el año 2006, prescribe en su artículo 20: *"Enriquecimiento ilícito. Con sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él"*. Esta redacción cautelosa es consecuencia de la opinión contraria de países influyentes como España, Italia, Alemania, Canadá y los Estados Unidos, que no estaban dispuestos a tipificar en sus ordenamientos penales el delito de enriquecimiento ilícito. En la doctrina nacional, con opinión negativa respecto de este delito, véase, Hernández Basualto, Héctor, "El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios en el Derecho penal chileno", en "Revista de Derecho", Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXVII, 2006; asimismo: Oliver Calderón, Guillermo, "Inconstitucionalidad del nuevo delito de enriquecimiento ilícito", en "Delito, pena y proceso, Libro homenaje a la memoria del Profesor Tito Solari Peralta", Editorial Jurídica de Santiago, 2008.

⁸⁰ Así ocurre con la sanción penal de no conservación de las cartas que se hubiesen dirigido al fallido con relación a los negocios que se establece en el artículo 219 N° 10 del libro IV del Código de Comercio y que cuesta conciliar con algún deber legal extrapenal.

⁸¹ Ejemplo de estos ilícitos son el uso de información privilegiada del artículo 60 letra e) y g), la utilización indebida de valores entregados en custodia o de su producto del artículo 60 letra i) y la difusión de noticias falsas o tendenciosas del artículo 61.

163 y 164 del Código penal)⁸²; la falsificación del inexistente sello del Estado (artículo 190 del Código Penal) y de papel sellado (artículos 181 y 182 del Código Penal); la extensión del delito de prevaricación a los subdelegados e inspectores, que hoy no existen (artículo 227 N° 2°); las referencias a aprendices, maestros, fondistas y carruajeros en los casos de hurto agravado (artículo 447 del Código Penal); bañarse quebrantando las reglas de decencia (artículo 496 N° 9° del Código Penal), etcétera. Es inconveniente mantener normas penales que no se pueden aplicar por haber caído en desuso, de manera que debe hacerse una revisión de los tipos penales anacrónico para su proceder su eliminación del catastro.

5.- Subsistencia de delitos de discutible legitimidad o que derechamente no la tienen. Hay en la legislación penal varios delitos que, conforme a las valoraciones actuales en nuestro país, su mantención es muy discutible atendido que no afectan ni ponen en riesgo bienes jurídicos concretos (principio de lesividad), de carácter individual o colectivo. Así sucede con el delito de sodomía libremente consentida con un menor de edad, pero mayor de 14 años (artículo 365 del Código Penal)⁸³ y con el incesto (artículo 375 del Código Penal), que corresponden a conductas realizadas en el ejercicio de la libertad sexual y, por lo tanto, carentes de un bien jurídico protegible⁸⁴. En la sodomía consentida no se protege la indemnidad sexual, pues ésta termina cuando empieza la libertad sexual, esto es, a los 14 años de edad, sin perjuicio de que la criminalización de la homosexualidad en este contexto constituye una flagrante infracción a la igualdad ante la ley, discriminación que precisamente leyes de reciente data pretenden evitar.⁸⁵

En el incesto, tanto la posibilidad de embarazo como el aumento del riesgo de que el feto tenga defectos no pasan de ser meras probabilidades, que no están radicadas en persona alguna a la fecha del acceso carnal. Si ese fuera el bien jurídico, no podría cometerse el delito si alguno de los sujetos fuera infértil o utilizara un método anticonceptivo. Por otra parte, la sanción del incesto como un problema de tabú social, sólo permitiría proteger sentimientos de incomodidad, lo que

⁸² Que encuentra una manifestación más moderna en el artículo 64 de la Ley Orgánica del Banco Central que sanciona al que *“fabricare o hiciere circular objetos cuya forma se asemeje a billetes de curso legal, de manera que sea fácil su aceptación en lugar de los verdaderos”*.

⁸³ *“Art. 365. El que accediere carnalmente a un menor de dieciocho años de su mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o estupro, será penado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio.”*

⁸⁴ En la sodomía consentida no se protege la indemnidad sexual, pues ésta termina cuando empieza la libertad sexual, esto es, a los 14 años de edad. Prueba de ello es que las relaciones heterosexuales, homosexuales entre mujeres a partir de los 14 años de edad y las relaciones homosexuales entre hombres cuando el menor es quien accede a otro no constituyen delito (salvo que medie violación o estupro). En el incesto, tanto la posibilidad de embarazo como el aumento del riesgo de que el feto tenga defectos no pasan de ser meras probabilidades, que no están radicadas en persona alguna a la fecha del acceso carnal. Si ese fuera el bien jurídico, no podría cometerse el delito si alguno de los sujetos fuera infértil o utilizara un método anticonceptivo.

⁸⁵ Así, lo hizo la ley N° 20.609 que establece medidas contra la discriminación. Cabe hacer presente, en todo caso, que el Tribunal Constitucional declaró, mediante fallo en la causa Rol N° 1683-2010, que el artículo 365 del Código Penal no infringe la Constitución, cuestión que había sido sostenida por 14 académicos mediante un informe en Derecho acompañado a la causa. Ello no impide sostener su inadecuación con una política criminal coherente y respetuosa del principio de lesividad descrito más arriba.

no puede configurar un fin del Derecho Penal llamado a resguardar la convivencia social y no formas de sentir o meras convicciones, estén o no socialmente consensuadas.⁸⁶

El delito de maltrato animal (artículo 291 bis del Código Penal) no ampara el patrimonio animal pues no exige que se produzca un peligro o daño (hay otros delitos que sí lo protegen como los artículos 289, 290 y 291 del Código Penal, en la Ley de Caza y en la Ley de Pesca y Acuicultura) y los sentimiento de piedad de la comunidad constituyen un interés difuso e impreciso que no tiene carácter de bien jurídico.⁸⁷

En el ámbito de los delitos de homicidio, los principios básicos de dignidad e igualdad de toda persona y específicamente el valor preponderante que se asigna a su vida, permite mirar críticamente todo tipo penal que pretenda establecer alguna diferenciación en el ataque a este bien jurídico. Esto se refuerza si la agravación de la pena o su atenuación surge de simples presunciones de derecho, que no permiten incorporar adecuadamente consideraciones del caso particular para hacer alguna clase de distinción. Es por ello que se debe proceder a la derogación del infanticidio, toda vez que carece de todo fundamento la rígida atenuación de pena, a todo evento, que recibe la conducta de dar muerte a una persona en sus primeras 48 horas de vida independiente cuando tal conducta se realiza por determinados parientes (artículo 394 del Código Penal)⁸⁸. La supresión de esta figura, por supuesto, no impide considerar alteraciones psíquicas que puede experimentar el autor en el caso concreto, pero todo ello según las reglas generales.

Algo similar ocurre con el parricidio como figura agravada de homicidio, especialmente cuando se entiende aplicable por el mero lazo de sangre entre autor y víctima, incluso en casos en los que no existe vínculo afectivo o social alguno entre los involucrados, como lo sanciona el artículo 390 del Código Penal.⁸⁹ También aquí vale destacar que ello no obsta a la aplicación del parentesco como situación agravante o atenuante, según la regla general del artículo 13 del Código Penal, dando cuenta de la realidad social del caso concreto. De esta manera se sigue una tendencia moderna comparada, como la que presenta la legislación española, argentina o alemana.

Por último, carece de legitimidad la agravante de reincidencia, en todas sus formas,⁹⁰ pues no se funda en un mayor injusto del acto cometido o en un mayor reproche del mismo, sino en hechos

⁸⁶ Sobre el particular, véase sólo Roxin, Claus: "Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre", cuarta edición, editorial C.H.Beck, Múnich 2006, página 27 y siguiente.

⁸⁷ Se encuentra en una situación análoga el delito de incitación al odio del artículo 31 de la ley N° 19.733.

⁸⁸ "Art. 394. Cometan infanticidio el padre, la madre o los demás ascendientes legítimos o ilegítimos que dentro de las cuarenta y ocho horas después del parto, matan al hijo o descendiente, y serán penados con presidio mayor en sus grados mínimo a medio."

⁸⁹ "Art. 390. El que, conociendo las relaciones que los ligan, mate a su padre, madre o hijo, a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes o a quien es o ha sido su cónyuge o su conviviente, será castigado, como parricida, con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado. Si la víctima del delito descrito en el inciso precedente es o ha sido la cónyuge o la conviviente de su autor, el delito tendrá el nombre de femicidio."

⁹⁰ El artículo 12 circunstancias 14^a, 15^a y 16^a señala:

"Art. 12. Son circunstancias agravantes:

(...)

14a. Cometer el delito mientras cumple una condena o después de haberla quebrantado y dentro del plazo en que puede ser castigado por el quebrantamiento.

anteriores e independientes, que han sido objeto de una sentencia condenatoria. Es, en realidad, una agravación basada en una discutible prognosis de peligrosidad, propia de un inadmisibles Derecho Penal de autor.

6.-Irracionalidad por falta de proporcionalidad entre las penas asignadas a los distintos delitos.

Conforme al principio de culpabilidad la pena debe ser proporcional a la magnitud de aquella, en el sentido de no excederla (puede ser menor). Además, es necesario que exista proporción entre las penas asignadas a los diversos delitos, de manera que haya coherencia o consistencia en el sistema en su totalidad (unidad de sentido). Por lo tanto, la intensidad de las penas depende de la forma en que la comunidad (no el Gobierno de paso) valora proteger los bienes jurídicos de distintos ataques.

Por otra parte, se debe considerar que, más allá de la teoría de la pena que se quiera suscribir, es innegable que la norma penal se dirige tanto al ciudadano fiel al derecho, al potencial infractor, como también a la persona que ha delinquido. De tal suerte en el ámbito de la prevención general que abarca a los dos primeros grupos de ciudadanos es relevante indicar qué ilícitos generan un mayor impacto en la convivencia social y deben, consecuentemente, ser sancionados con mayor intensidad. En el ámbito de la prevención especial o de la simple retribución, también es perentorio tratar diferenciadamente a las personas que incurrir en ilícitos de diversa gravedad social, pues confusiones en tal sentido implicarían un actuar estatal injusto.

Este tratamiento diferenciado de los ilícitos penales se refleja básicamente en dos aspectos, uno formal y otro material. El aspecto formal, de menor relevancia, dice relación con la ubicación que reciben en el Código Penal, suponiendo que los más graves inician la codificación y se sigue un orden descendiente en su establecimiento. En concreto, no parece existir discusión en torno a la necesidad de situar en la cúspide valorativa del sistema jurídico la vida de la persona, ya por el simple hecho que la carta fundamental inicia su normativa con la declaración de la dignidad intrínseca de la persona y establece como primera garantía el derecho a la vida. Asimismo, se debe considerar que el Estado se encuentra al servicio de la persona, según lo señala del artículo 1 inciso tercero de la Carta Fundamental, y no a la inversa, de tal suerte que todos los delitos que protegen intereses colectivos estatales deberían describirse con posterioridad a los intereses primariamente individuales. Ello no se cumple en nuestro Código Penal, por lo que un reordenamiento formal, reconociendo la modesta relevancia que se debe asignar a este ajuste, es

15a. *Haber sido condenado el culpable anteriormente por delitos a que la ley señale igual o mayor pena.*
16a. *Haber sido condenado el culpable anteriormente por delito de la misma especie."*

conveniente,⁹¹ siguiendo la tendencia de otros países cuya legislación sirve comúnmente de referente para la nuestra.⁹²

El aspecto material, de mayor relevancia, prescribe que, en abstracto, nunca un ilícito de menor gravedad debe tener asignada una pena superior o igual a uno de mayor trascendencia.⁹³ Esto obliga a introducir diversas e importantes modificaciones. Comúnmente se grafica esta discrepancia con la comparación entre los delitos contra la vida y los delitos contra la propiedad, que además involucran la seguridad o la salud de la persona: el homicidio simple ostenta un marco penal más benigno que el robo con violencia o con intimidación simple, ya que todos estos delitos inician el marco penal con presidio mayor en su grado mínimo (cinco años y un día a diez años), pero el homicidio simple alcanza el presidio mayor en su grado medio (hasta quince años) en circunstancias que el robo simple alcanza al presidio mayor en su grado máximo (hasta veinte años) y, por ejemplo, el robo con lesiones gravísimas, pero sin homicidio, puede alcanzar incluso al presidio perpetuo calificado. Ya que se trata de los delitos que probablemente generan un mayor impacto social, conviene detenerse en las posibilidades rectificadoras que ofrece nuestro sistema de penas privativas de libertad. En cuanto a los delitos en contra de la vida, se presentan dos alternativas para la armonización valorativa con el resto de los delitos: por una parte, proceder a un aumento del marco penal, o, al menos, a la eliminación del grado más bajo del mismo o, por otra parte, disminuir el marco penal de los demás delitos que se consideran de inferior gravedad, ya sea para subordinarlos a los delitos contra la vida o aumentar su distancia penológica. La primera opción puede resultar discutible, pero entonces la segunda resulta indispensable. Cabe hacer presente en todo caso que el aumento de penalidad, al menos en el delito de homicidio simple, contemplando por ejemplo sólo el presidio mayor en su grado medio, no altera la posibilidad de descender, en casos que lo ameriten, a una pena de presidio menor (menos de cinco años), cuestión que queda relegada a la valoración judicial, según el juego de las

⁹¹ Si se atiende al tratamiento sistemático que ofrece la literatura de los delitos, se sigue que la doctrina acoge este planteamiento. Incluso Etcheberry, Alfredo: "Derecho Penal, Parte Especial", Tomo III, tercera edición revisada y actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 2001, páginas 11 y siguientes, quien expresamente niega trascendencia simbólica al ordenamiento de los delitos en la codificación, invierte en su análisis el orden propuesto por el Código Penal.

⁹² Así, por ejemplo, España y Francia. Si bien otro referente como Alemania mantiene una sistemática decimonónica, iniciando el Código Penal con los delitos en contra el Estado y la sociedad, relega a un segundo plano los atentados contra la vida y demás derechos personales. Ello contrasta, sin embargo, con el tratamiento sistemático de los delitos que existe unánimemente la literatura especializada alemana, acorde precisamente a la relevancia de los bienes jurídicos en juego.

⁹³ No se debe perder de vista que estas reglas, de suyo sencillas, se vuelven muy complejas cuando se añaden a la idea del interés social protegido (generalmente descrito como el bien jurídico tutelado) variables tales como la intensidad de la afectación, su efectiva lesión o la mera puesta en peligro, el desvalor de la acción versus el desvalor de resultado, la disposición volitiva o cognoscitiva (dolo o imprudencia) del autor frente a su hecho, etc. A modo de ejemplo, una conducta meramente peligrosa o realizada en forma negligente que afecta la integridad física de una persona en forma leve puede merecer una pena inferior que un delito de efectiva lesión y realizada dolosamente en contra de su patrimonio que genera efectos devastadores, a pesar que en la jerarquía valorativa se le asigne a la salud una preponderancia por sobre la relación con objetos de valor económico.

circunstancias modificatorias de la parte general. Así se planteó por el “Foro Penal”, reconociéndose que, en todo caso, tal modificación encontró resistencia entre sus integrantes⁹⁴.

A su vez, la disminución del marco penal en los delitos de robo -junto con la correcta relegación de algunos ilícitos que actualmente reciben tal denominación al ámbito de los hurtos- por ejemplo, incluyendo el presidio menor (menos de cinco años), pero manteniendo penas superiores, tampoco impide al juez imponer penas severas que no permitan cumplimientos alternativos atendiendo a las particularidades del caso, pero a su vez, no lo obligan a forzar los tipos penales mediante argumentaciones dudosas, para excluir casos de robos de menor gravedad que ameritan un cumplimiento distinto al encarcelamiento.

Se tiene presente que la comparación con las realidades legislativas de países que comúnmente influyen en nuestra legislación penal, tales como Alemania, España o Italia, y que contemplan penas menores a las nuestras, otorga una referencia valorativa interesante en cuanto a la trascendencia de los bienes jurídicos afectados y a la intensidad lesiva de estos delitos. Pero no se desconoce que en lo que respecta a la realidad social probablemente tales países pierden el carácter referencial, si se atiende a la incidencia que tienen estos delitos en la realidad criminalística y en la percepción de seguridad de la población. Con todo, en este último ámbito se postula que la mantención de penas altas o incluso el aumento de las mismas no permitirían disminuir ni la frecuencia ni la intensidad de estas conductas delictivas, debiendo abordarse este problema en el sistema penal a través del mejoramiento de los mecanismos de cumplimiento alternativo de penas o derechamente del catálogo de penas previstas por el sistema.

En esta misma línea, parece conveniente separar las figuras calificadas en las que el robo se agrava por lesiones de consideración, por homicidio o por violación. La conjunción de afectaciones de bienes jurídicos de máxima trascendencia sugiere mantener los altos marcos penales previstos actualmente y que alejan considerablemente un cumplimiento alternativo de la pena privativa de libertad.⁹⁵ Asimismo, se debe separar de este grupo delictivo el llamado robo por sorpresa, que constituye una forma especial de hurto que no implica peligro para la integridad física o la vida de la persona. En el verdadero núcleo, tanto normativo como empírico, de lo que se debe calificar como robo, se estima que una penalidad que abarque tanto los grados del presidio menor como del presidio mayor constituye una respuesta adecuada a las exigencias de proporcionalidad. En ese contexto, los robos con intimidación o violencia menor pueden recibir una pena de presidio menor en su grado máximo (tres años y un día a cinco años), cuando no pongan en efectivo peligro la integridad física o la vida de la víctima, cuando no se usen armas o cuando no se actúa en superioridad numérica o con clara superioridad de fuerzas respecto de la víctima. En caso

⁹⁴ Véase “Materiales de Discusión presentados a la Comisión Foro Penal, Parte Especial, Revista Política Criminal, N° 1, D3, página. 5 y siguientes. Sobre la necesaria simplificación y reunión conjunta de las demás normas dispersas relativas a la vida, véase las consideraciones en seguida en el texto.

⁹⁵ Por cierto, ello no impide considerar las importantes cuestionamientos filósofos y pragmáticos que recibe el presidio perpetuo inextinguible, tal como en su momento se consideró la derogación de la pena de muerte, sin querer con ello significar una relativización de la gravedad de los delitos que eran merecedores de esa pena.

contrario, la pena será de presidio mayor en su grado mínimo (cinco años y un día a diez años). Asimismo, los robos con fuerza en las cosas, especialmente el robo en lugar habitado o destinado a la habitación, recibirían una pena de presidio menor (hasta cinco años) cuando las circunstancias del hecho no hayan generado un peligro para la víctima en casos de encontrarse con ella y de presidio mayor (desde cinco años y un día) en caso contrario. El desvalor adicional que permite alcanzar el del robo con intimidación o con violencia es la violación del espacio privado que representa el hogar de la víctima.

Los hurtos deberían graduarse según el desvalor del acto -en cuanto se empleen conductas que hoy se conocen como robo por sorpresa (especialmente el llamado “lanzazo”) o se empleen instrumentos que faciliten el obrar- y según el desvalor de resultado relativo al perjuicio que genera la pérdida de la cosa para la víctima. Con esta segunda consideración se supera la rigidez de la actual cuantificación objetiva de los bienes, que desconoce el valor sentimental o la situación patrimonial que los objetos pueden tener para la víctima.

En general, parece necesario volver a grados mayores de racionalidad en relación con las normas comunes a los delitos contra la propiedad que alteran las reglas de la parte general y vulneran con ello principios asentados del sistema penal, como son las presunciones de robo y las anticipaciones punitivas que implican las alteraciones de las reglas del *iter criminis*. Bajo el pretexto de aparentar una mayor dureza en el combate de esta clase de delincuencia, se pagan costos en el ámbito de los principios propios de un sistema penal moderno y liberal descritos al inicio, sin que siquiera se puedan apreciar importantes consecuencias prácticas en los objetivos perseguidos con tales reglas.

Más allá de este ámbito central del Código Penal, es posible apreciar diversas relaciones de desproporcionalidad entre los delitos. Así, uno de los casos en que no se cumple el principio de proporcionalidad es el incendio de “bosques, mieses, pastos, montes, cierros o plantíos” (artículo 476 N° 3 del Código Penal) cuya pena privativa de libertad fluctúa entre los cinco años y un día y veinte años, que es mayor que la del homicidio simple (artículo 391 N° 2°), que es de cinco años y un día y quince años de privación de libertad. El delito de lavado de activos (artículo 27 letra a) de la ley N° 19.733) tiene asignada una pena igual a la privativa de libertad del homicidio e incluso ésta es menor que la de quien financia o ejerce mando en una asociación ilícita cuyo fin es el lavado de activos (artículo 28 N° 1 de la ley N° 19.733) que fluctúa entre diez años y un día y quince años.

7.- Exclusión de toda forma de responsabilidad objetiva. Lamentablemente en pleno siglo XXI subsisten en la ley penal vestigios de responsabilidad objetiva. Además del caso de imputabilidad por trastornos mentales transitorios cuya causa es dependiente de la voluntad del sujeto (artículo 10 N° 1° segunda parte del Código Penal)⁹⁶, hay también responsabilidad objetiva en los delitos calificados por el resultado, de los que quedan algunos, como lo es una de las hipótesis de

⁹⁶ Supra, nota 75.

incendio.⁹⁷ Por otro lado, la Constitución Política prohíbe presumir de derecho la responsabilidad penal, las presunciones simplemente legales permanecen en muchas disposiciones penales y no es claro en lo absoluto que ellas no afecten el principio de culpabilidad. En las presunciones de esta clase la ley pretende sustituir, a lo menos en parte, la función judicial de formarse o no la convicción, más allá de toda duda razonable⁹⁸, de que se ha perpetrado un delito y en él cabe participación culpable al acusado. El tema es debatible y parece razonable suprimir tales presunciones y, de todos modos, las otras formas de responsabilidad objetiva mencionadas.

8.- Descriminalización de los delitos de bagatela. Descriminalización de faltas. El Derecho Penal debe ser *última ratio*, lo que implica que debe intervenir sólo frente a los atentados más graves en contra de bienes jurídicos individuales y colectivos cuya protección es indispensable para mantener la paz social. Consiguientemente, conductas que no tienen esa entidad, frente a las cuales las restantes ramas del ordenamiento jurídico (derecho administrativo, derecho comercial, etcétera) son capaces de dar una respuesta adecuada, deben descriminalizarse. Existen numerosas razones para ello, que van desde la falta de legitimidad para ejercer el poder punitivo estatal en casos de poca significancia hasta los innecesarios costos que significa al Estado tener que resolver esos conflictos en el marco del Derecho Penal, pasando, entre otras, por la pérdida de credibilidad en el sistema por parte de los ciudadanos de cara a la natural tendencia de los jueces de no sancionar hechos de poca trascendencia o hacerlo en términos puramente nominales. En este punto se hace necesario evaluar la situación de las faltas o contravenciones que actualmente hay en el Código Penal y en la legislación extravagante, ya sea que se encuentren sometidas al sistema penal o a tribunales que están fuera de ese sistema (por ejemplo, las contravenciones de la ley N° 19.496 sobre protección de los consumidores, que son conocidas por los Jueces de Policía Local), de manera que puedan abordarse con visión de conjunto y con unos mismos criterios en lo que a garantías se refiere. En principio, parece razonable que las llamadas faltas “penales”, sean reguladas a través de un código especial, como ocurre en Alemania con la Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (Ley de Contravenciones). La responsabilidad por esos hechos debe continuar siendo investigada por el Ministerio Público y seguir reservada a las personas naturales. Deben suprimirse las penas privativas de libertad que hoy están asociadas a esas faltas -de muy baja intensidad (entre uno y sesenta días) y que raramente se aplican- remplazándose por otras sanciones adecuadas y proporcionales a la entidad de la contravención. Ello permitiría aplicar de modo más general el procedimiento monitorio (artículo 392 del Código Procesal Penal), con la

⁹⁷ Se trata del inciso final del artículo 474 del Código Penal, que señala: “Las penas de este artículo se aplicarán respectivamente en el grado inferior de ellas si a consecuencia de explosiones ocasionadas por incendios, resultare la muerte o lesiones graves de personas que se hallaren a cualquier distancia del lugar del siniestro”.

⁹⁸ El estándar de convicción se encuentra en el artículo 340 del Código Procesal Penal:

“Artículo 340.- Convicción del tribunal. Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley.

El tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral.

No se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración.”

consiguiente menor carga para el sistema. Respecto de las contravenciones que están fuera del sistema penal y, dado que muchas veces acceden a cuerpos legales que regulan de manera integral determinadas materias, no parece posible recurrir al sistema de codificación. En cambio, sí es conveniente la creación de un estatuto de garantías tanto materiales como formales que se apliquen a todas estas faltas, con independencia del órgano que deba intervenir, de manera que las sanciones para ellas sean impuestas en un marco de legitimidad y conforme parámetros igualitarios. Ellas no deben ser investigadas por el Ministerio Público y la responsabilidad directa de las personas jurídicas es posible. Relacionado con lo anterior se encuentra el caso de las infracciones y sanciones administrativas, sean éstas gubernativas o disciplinares. Sobre esta materia, la tendencia actual tanto en doctrina⁹⁹, como en la jurisprudencia constitucional y judicial¹⁰⁰ y administrativa¹⁰¹ es que entre las penas penales y las administrativas sólo se observan diferencias cuantitativas pero no cualitativas y son expresiones de un mismo poder punitivo del Estado. Consiguientemente, la legitimidad en la imposición de esa clase de sanciones debe también someterse a la observancia de ciertas garantías mínimas, en términos análogos a la faltas penales y a las contravenciones de que conocen otros tribunales, entre las cuales está el respeto al principio *ne bis in ídem*, que en estos casos adquiere especial relevancia cuando el Estado, a través de sus diversos órganos (persecutorios, judiciales y administrativos), pretende sancionar más de una vez a una persona por la comisión de un mismo hecho. Es recomendable entonces contar con un estatuto de garantías materiales y procesales aplicable a todas las contravenciones administrativas que pretenda sancionar la Administración y que puede ser complementario a la ley N° 19.880, de Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado.

9.- Críticas al régimen de penas. Una de los cuestionamientos más difundidos que se dirigen al sistema de penas en Chile es que la ley las asocia a la gran mayoría de los delitos sanciones privativas de libertad, en desmedro de otras que podrían dar cuenta de una política criminal más racional y eficaz¹⁰². El problema se agudiza en el caso de las penas de encierro de corta duración, asignadas a delitos de escasa entidad, en las que las consecuencias de esta clase de sanciones (sufrimiento, estigmatización, pérdida de ingresos y desocialización, en general) no están suficientemente justificadas frente al desvalor del hecho, afectándose el principio de humanidad de las penas y el de proporcionalidad, como asimismo su fin pragmático principal constituido por la reinserción social. De allí que la ley N° 18.216 estableció medidas alternativas a la penas privativas y restrictivas de libertad de breve duración, normativa que fue modificada recientemente por la ley N° 20.603, aun no vigente, que dispone penas sustitutivas a las privativas y restrictivas de libertad. Se trata de la remisión condicional; la reclusión parcial; la libertad

⁹⁹ Un visión general sobre el tema en: Cury Urzúa, Enrique: Óp. Cít., página 100 y siguientes.

¹⁰⁰ El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en ese sentido en la sentencia N° 244 de 26 de agosto de 1996, criterios que ha reiterado en sentencias N° 437, N° 479 y N° 480. La Corte Suprema también lo ha resuelto de ese modo, como ocurrió en sentencia de fecha 11 de mayo de 2010 (Rol Ingreso N° 4627-2008).

¹⁰¹ La Contraloría General de la República lo ha resuelto así en los Dictámenes N° 14.571 de 22 de marzo de 2005 y N° 28.226 de 22 de junio de 2007, entre otros.

¹⁰² Así, por ejemplo: Hernández Basualto, Héctor: "Reflexiones", en Cuadernos, página 96 y 97.

vigilada; la libertad vigilada intensiva; la expulsión de extranjeros no residentes; y la prestación de servicios en beneficio de la comunidad. Con todo, esas penas siguen siendo sustitutivas de penas de encierro, de modo que la mayoría de los delitos, incluyendo los de menor gravedad, siguen teniendo esa clase de sanciones. Es entonces razonable considerar que las penas sustitutivas previstas en la señalada ley –y otras no privativas de libertad que resulten adecuadas- se asignen directamente a los delitos que no son particularmente graves.

10.- Críticas al sistema de determinación judicial y de ejecución de las penas. Se suele criticar el régimen de determinación judicial de las penas del Código Penal por el escaso margen con que cuenta el juez para la fijación de la misma, reclamándose una mayor esfera de atribuciones¹⁰³. El punto es polémico y los argumentos en contra dicen relación con limitar las posibilidades de arbitrio judicial. Asimismo, se ha cuestionado el artículo 69 del Código Penal (determinación judicial de la pena)¹⁰⁴ porque uno de los criterios que debe considerar el juez es el número y entidad de las atenuantes y agravantes, las que han sido consideradas previamente al momento de aplicar las reglas de extensión de la pena (artículos 62 a 68 bis), lo que podría importar una infracción al principio *ne bis in ídem*, al menos en los que a agravantes se refiere. Para sortear esta objeción se han intentado interpretaciones acerca del correcto alcance que debe dársele a la norma en esta parte¹⁰⁵, pero todo indica que es mejor revisar la conveniencia de mantenerlo o bien remplazarlo o complementarlo con otros criterios que permitan al juez que la reacción punitiva exacta a aplicar sea la más adecuada desde un punto de vista funcional y cuantitativo.¹⁰⁶ En relación al criterio de la mayor o menor extensión del mal causado, debe agregarse la mayor o menor entidad del mismo, pues representa una manera diversa de apreciarlo. Por último, es indispensable que el juez funde consigne expresamente en la sentencia la forma en que ha llegado a la pena específica, de manera que los demás intervinientes puedan conocer las razones de esa determinación y, eventualmente, pueda ser objeto de control.¹⁰⁷

¹⁰³ Una visión del problema puede encontrarse en: Gomez Q., Graciela: “Algunas consideraciones sobre la determinación de la pena y el arbitrio judicial”, en Cuadernos Judiciales, N° 6 (Instituto de Estudios Judiciales); Santiago, 2002, página 60 y siguientes.

¹⁰⁴ “Art. 69. Dentro de los límites de cada grado el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito.”

¹⁰⁵ Así, puede consultarse en: Van Weezel, Alex: “Determinación de la pena exacta: el artículo 69 del Código Penal”, en “Revista Ius et Praxis”, julio-agosto, año/vol. 7 N° 002 (2001), Universidad de Talca páginas 401 a 407.

¹⁰⁶ “El proceso de determinación judicial de la pena ocupa un sitio neurálgico dentro del esquema del ejercicio del *ius puniendi*. Como tal, y al implicar una serie de operaciones complejas que precisamente van a afectar del modo más radical posible a los individuos, es preciso dotar al juez de las herramientas necesarias para la referida individualización en el caso concreto, que permita la adopción de decisiones justas, racionales, que pongan fin a los conflictos sociales, dando satisfacción a los intereses de la comunidad y del autor, que se traducen no sólo en la efectiva sanción del individuo, sino que además en que esa sanción sea adecuada al caso, a la entidad del daño o puesta en peligro del bien jurídico involucrado, al autor y a las expectativas sociales manifestadas en la ley” (Gómez Q., Graciela: Óp. Cit., página 70).

¹⁰⁷ En el caso de la responsabilidad de los adolescentes, el artículo 24 de la ley N° 20.084 obliga a los jueces a dejar constancia en la sentencia de los criterios que ha considerado para determinar la sanción específica, obligación que debe extenderse a los adultos.

Finalmente, se debe enfatizar que una revisión del Derecho Penal material como la que se propone en estas reflexiones, habiéndose llevado a cabo hace algunos años una exitosa reforma del Derecho Procesal Penal, está, sin embargo, condenada al fracaso, si conjuntamente no se moderniza todo el sistema de ejecución penal. Si bien en este ámbito existen considerables carencias materiales que hacen ilusorio cualquier beneficio social e individual mediante la imposición de la pena, no es menos cierto, que la debida “judicialización” y “legalización” del sistema penitenciario es una tarea urgente para la modernización del sistema penal en su conjunto. El primer aspecto apunta a revestir la ejecución penal de un adecuado control judicial, habida consideración que se trata de la fase penal en la que pueden –y efectivamente ocurren– las mayores vulneraciones de derechos de la persona. En concreto, parece necesario seguir modelos comparados que cuentan con un Juez de Ejecución Penal y adecuados medios de impugnación de las resoluciones administrativas y judiciales. El segundo aspecto señalado apunta a la redacción de una Ley de Ejecución Penal, que no sólo haga patente la relevancia de la materia para todo el sistema penal, sino que legitime adecuadamente las disposiciones contenidas hoy sólo a nivel reglamentario, asegurando que las mejoras que se deben introducir a esta normativa sólo lo sean modificadas mediante procedimientos legislativos.

V.- Conclusión. La breve descripción de algunos de los defectos e insuficiencias de nuestra legislación penal da cuenta de un panorama complejo y que hasta cierto punto resulta desolador. Pero al mismo tiempo constituye una base para dar inicio a un proyecto de racionalización de la normativa penal, incluyendo su recodificación. El trabajo hecho por la Comisión “Foro Penal” puede ser un buen punto de partida pues es el fruto de un esfuerzo serio realizado por un grupo relevante de penalistas, sin perjuicio de que es posible que algunas de las soluciones dadas en el Anteproyecto requieran de una revisión más profunda y de consensos más amplios. En todo caso, cualquier iniciativa que se emprenda debe tener en cuenta los principios limitativos del poder punitivo estatal, de modo que la normativa penal resultante esté legitimada. En ello hay un importante desafío a cumplir.