

Juan Pablo Mañalich Raffo

ESTUDIOS SOBRE LA FUNDAMENTACIÓN
Y LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

MONOGRAFÍAS



THOMSON REUTERS™

**ESTUDIOS SOBRE LA
FUNDAMENTACIÓN Y LA
DETERMINACIÓN DE LA PENA**

JUAN PABLO MAÑALICH R.



THOMSON REUTERS

ESTUDIOS SOBRE LA FUNDAMENTACIÓN Y LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

© JUAN PABLO MAÑALICH R.

2018 Legal Publishing Chile • Miraflores 383, piso 10, Santiago, Chile • Teléfono: 25105000 • www.thomsonreuters.cl

Registro de Propiedad Intelectual N° xxx.xxx • I.S.B.N. 978 - 956 - 346 - xxx - x

1ª edición junio 2018 Legal Publishing Chile

Tiraje: xxx ejemplares

Impresores: CyC Impresores - San Francisco 1434, Santiago

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE



ADVERTENCIA

La Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor. El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento, de la presente publicación, queda expresamente prohibido. Usos infractores pueden constituir delito.

ÍNDICE

	Página
ABREVIATURAS	VII
PREFACIO	1

PRIMERA PARTE LA FUNDAMENTACIÓN DE LA PENA BAJO UN DERECHO PENAL DE LA CULPABILIDAD

CAPÍTULO I LAS DIMENSIONES DE LA CULPABILIDAD JURÍDICO-PENAL

1. SINOPSIS	5
2. LA ONTOLOGÍA RELACIONAL DE LA CULPABILIDAD	6
3. LA IDEOLOGÍA DEMOCRÁTICA DE LA CULPABILIDAD.....	9
4. LA PSICOLOGÍA ESOTÉRICA DE LA CULPABILIDAD	16

CAPÍTULO II RETRIBUCIONISMO CONSECUENCIALISTA COMO PROGRAMA DE IDEOLOGÍA PUNITIVA

1. ¿NEO-RETRIBUCIONISMO?	25
2. ¿ÉTICA O IDEOLOGÍA?	27

	Página
3. LA PENA COMO ARTEFACTO IDEOLÓGICO	30
4. LA “LUCHA DE ESCUELAS”	36
5. LA JUSTIFICACIÓN CONSECUCIONALISTA DE LA PUNICIÓN RETRIBUTIVA.....	38
6. AUTONOMÍA AGENCIAL COMO PRESUPUESTO DE MERE- CIMIENTO	45
7. LA PERFORMATIVIDAD DE LA REAFIRMACIÓN DE AUTO- RIDAD DEL DERECHO POR VÍA DE RETRIBUCIÓN	50
8. EXCURSO: ¿KANT COMO TEÓRICO DE LA PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA?.....	54
9. LA IDEOLOGÍA DE LA RETRIBUCIÓN Y LA UTOPIA PRE- VENCIONISTA	61

SEGUNDA PARTE

EL PRINCIPIO *NE BIS IN IDEM* COMO ESTÁNDAR DE DERECHO SANCIONATORIO

CAPÍTULO III

EL PRINCIPIO *NE BIS IN IDEM* EN EL DERECHO PENAL CHILENO

1. EL PRINCIPIO <i>NE BIS IN IDEM</i> : ESTRUCTURA Y ALCANCE	67
2. EL CONCEPTO DE HECHO	77
3. LAS PROHIBICIONES DE JUZGAMIENTO Y PUNICIÓN MÚL- TIPLE EN SUS CONTEXTOS	93

CAPÍTULO IV

EL PRINCIPIO *NE BIS IN IDEM* ENTRE EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO

1. EL PRINCIPIO <i>NE BIS IN IDEM</i> COMO ESTÁNDAR DE DE- RECHO SANCIONATORIO.....	105
2. LA PROHIBICIÓN DE PUNICIÓN MÚLTIPLE Y LA PROHI- BICIÓN DE JUZGAMIENTO MÚLTIPLE	110

	Página
3. EL ESTATUS NORMATIVO DEL PRINCIPIO <i>NE BIS IN IDEM</i> BAJO EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO.....	119
4. EL PRINCIPIO <i>NE BIS IN IDEM</i> FRENTE AL EJERCICIO CONCURRENTES DE POTESTADES JURÍDICO-PENALES Y POTESTADES SANCIONATORIO-ADMINISTRATIVAS	122

TERCERA PARTE
LOS CONCURSOS DE HECHOS PUNIBLES
COMO FACTOR PENOLÓGICO

CAPÍTULO V

LA REITERACIÓN DE HECHOS PUNIBLES COMO CONCURSO REAL:
UNA PROPUESTA DE INTERPRETACIÓN DEL ART. 351 DEL CPP

1. INTRODUCCIÓN: LA CUANTIFICACIÓN DE HECHOS PUNIBLES.....	135
2. PROPORCIONALIDAD SEGÚN MERECEIMIENTO COMO ESTÁNDAR DE DETERMINACIÓN DE LA PENA.....	138
3. LA REITERACIÓN DE HECHOS PUNIBLES COMO FACTOR PENOLÓGICO BAJO UN MODELO DE DERECHO PENAL DEL HECHO	141
4. LA REITERACIÓN DE HECHOS PUNIBLES DE “UNA MISMA ESPECIE” COMO CONCURSO REAL	148
5. LA UNIFICACIÓN FICTICIA DE LOS DOS O MÁS HECHOS PUNIBLES CONCURRENTES “COMO UN SOLO DELITO” BAJO EL INC. 1º DEL ART. 351 DEL CPP	158
6. DOS PROBLEMAS ULTERIORES.....	166

CAPÍTULO VI

EL CONCURSO APARENTE COMO HERRAMIENTA DE
CUANTIFICACIÓN PENOLÓGICA DE HECHOS PUNIBLES

1. LA CUANTIFICACIÓN DE HECHOS PUNIBLES: ONTOLOGÍA Y PRAGMÁTICA	171
---	-----

	Página
2. EL CONCURSO APARENTE COMO CONCURSO PENOLÓGICAMENTE DESCONOCIDO	174
3. LOS CRITERIOS DE FUNDAMENTACIÓN DE UN CONCURSO APARENTE COMO REGLAS DE PREFERENCIA.....	185
4. EL CONCURSO APARENTE COMO “CONCURSO IDEAL IMPROPIO”: ESPECIALIDAD VERSUS CONSUNCIÓN.....	195
5. EL CONCURSO APARENTE COMO “CONCURSO REAL IMPROPIO”: EL CRITERIO DEL HECHO COPENADO.....	206

CUARTA PARTE
LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS
DE LA RESPONSABILIDAD COMO FACTOR
DE DETERMINACIÓN DE LA PENA

CAPÍTULO VII
LA CONCURRENCIA DE ATENUANTES COMO
FACTOR DE ALTERACIÓN DEL MARCO PENAL

1. FUNCIÓN Y POSICIÓN SISTEMÁTICA DE LAS REGLAS SOBRE DETERMINACIÓN DE LA PENA.....	215
2. LAS REGLAS SOBRE CONCRECIÓN O ALTERACIÓN DEL MARCO PENAL POR CONCURRENCIA DE CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS DE RESPONSABILIDAD... ..	222
3. LA TESIS DE LA DISCRECIONALIDAD DE LA REBAJA DE PENA POR CONCURRENCIA DE CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES.....	229
4. LA TESIS DE LA OBLIGATORIEDAD DE LA REBAJA DE PENA POR CONCURRENCIA DE CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES.....	236

CAPÍTULO VIII
EL COMPORTAMIENTO SUPEREROGATORIO DEL
IMPUTADO COMO BASE DE ATENUACIÓN DE RESPONSABILIDAD

1. UNA TAXONOMÍA DE LAS ATENUANTES Y AGRAVANTES GENÉRICAS COMO FACTORES DE DETERMINACIÓN DE LA PENA.....	255
--	-----

	Página
2. LA ESPECIFICIDAD DE LAS ATENUANTES RELATIVAS AL COMPORTAMIENTO PROCESAL DEL IMPUTADO.....	261
3. LA COLABORACIÓN SUSTANCIAL AL ESCLARECIMIENTO DE LOS HECHOS COMO PRESTACIÓN SUPEREROGATORIA DEL IMPUTADO.....	271
4. LA DENUNCIA Y CONFESIÓN DEL DELITO COMO PRESTACIÓN SUPEREROGATORIA DEL IMPUTADO.....	278
5. LA COMPATIBILIDAD DE LAS ATENUANTES DEL N° 8 Y EL N° 9 DEL ART. 11.....	281

CAPÍTULO IX

¿ARREBATO Y OBCECACIÓN PASIONALMENTE CONDICIONADOS COMO ATENUANTE POR UN FEMICIDIO FRUSTRADO?

1. LA DECISIÓN DE LA CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA	285
2. FEMICIDIO, ODIO Y SOMETIMIENTO	290
3. ¿LA ATENUACIÓN POR ARREBATO Y OBCECACIÓN COMO ATENUACIÓN POR PROVOCACIÓN?	293
4. EL CONCURSO IDEAL CON LA LESIÓN CORPORAL CONSUMADA	297
BIBLIOGRAFÍA	301
CÓMO ACCEDER A ESTE LIBRO DIGITAL A TRAVÉS DE THOMSON REUTERS PROVIEW	319

PREFACIO

El presente libro se compone de nueve capítulos, que a su vez se corresponden con trabajos escritos a lo largo de casi una década y que documentan el intento por ofrecer soluciones a problemas de diferente complejidad y correspondientes a niveles de análisis diversos, a partir de una concepción unitaria de la fundamentación y la determinación de la pena. Esa concepción unitaria está determinada por una comprensión secularmente retribucionista de la finalidad de la pena estatal, orientada a asegurar la subordinación de cada operación de fundamentación e imposición judicial de una pena a los parámetros de legitimación cuya observancia es definitiva de un modelo de derecho penal de la culpabilidad. Que ese intento resulte fructífero, o siquiera promisorio, es algo que deberá juzgar el lector.

La identificación precisa de los problemas a cuya clarificación y solución se dedican en su conjunto los capítulos que componen el libro habría sido imposible sin la impartición rutinaria de cursos de derecho penal en los cuales esos problemas deben lograr ser contextualizados y esclarecidos en el proceso de aprendizaje de estudiantes que recién comienzan a familiarizarse con el estudio del derecho penal y con los lineamientos básicos de su reconstrucción dogmática. En muchos pasajes del libro es probable que la complejidad técnica y la pretensión de refinamiento conceptual del discurso desplegado hagan poner en duda su adecuación didáctica. Es mi convencimiento, sin embargo, que es todavía más perniciosa la tentación de sobresimplificar la presentación y el tratamiento de problemas en aras de ofrecer lo que, a consecuencia de esa sobresimplificación, no deja de ser una batería de pseudosoluciones a esos mismos problemas. Este libro persigue proponer auténticas soluciones para los problemas de los cuales

se ocupa. Nuevamente, será el lector quien deba juzgar si ese propósito se ve, en mayor o menor medida, satisfecho.

La preparación de la versión final del manuscrito no habría sido posible sin la generosa y rigurosa ayuda prestada por los ayudantes *ad honorem* Felipe Bonzi, Isabel Yáñez y Joaquín Rojas-May, a quienes debo máxima gratitud.

El libro se ocupa de problemas que usualmente quedan cubiertos por los programas del primero de los cursos universitarios dedicados al estudio de la parte general del derecho penal. Si bien en mi propia experiencia como estudiante el foco de atención del curso respectivo tendió a estar puesto en otros ámbitos de problemas, los trabajos que aquí se publican probablemente jamás habrían sido escritos si ese primer curso de derecho penal no hubiese sido impartido por el Prof. Miguel Soto Piñeiro, a quien debo, en términos absolutos, mi interés intelectual por la teorización del derecho penal. A él está dedicado este libro.