



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

**Reglas de participación delictiva y determinación de la pena en la Ley
n°12.927**

Análisis de la modificación de los regímenes de participación delictiva y
determinación de la pena desde una perspectiva crítica del fenómeno de la
expansión del Derecho Penal

Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Joaquín Ignacio Olbertz Tossi
Profesora guía: Dra. Myrna Villegas Díaz

Santiago de Chile

Abril, 2023

Índice

Resumen.....	2
Introducción.....	3
Capítulo 1: La expansión del Derecho Penal.....	7
1.1 Fundamentos y principios del Derecho Penal moderno.....	8
1.2 Perspectiva histórica del problema de la expansión del Derecho Penal....	15
1.2.1 La etapa de la práctica punitiva abusiva.....	15
1.2.2 La etapa de expansión del Derecho penal.....	21
1.3 Aspectos teóricos del fenómeno de la expansión del Derecho Penal.....	26
1.4 Características jurídico-penales del nuevo Derecho Penal.....	34
1.5 Perspectivas críticas en torno al fenómeno de la expansión del Derecho Penal.....	35
Capítulo 2: La modificación a las reglas de participación delictiva en la LSE.....	41
2.1 Reglas generales de participación delictiva.....	42
2.1.1 Principios generales de la participación.....	42
2.1.2 La participación delictiva a título de cómplice	47
2.2 La infracción al deber de denuncia.....	50
2.3 Análisis de pertinencia y compatibilidad del artículo 24 de la LSE.....	56
Capítulo 3: La modificación a las reglas de determinación de la pena en la LSE.....	62
3.1 La regla del artículo 22.....	62
3.2 La regla del artículo 23.....	66
3.3 La regla del artículo 25.....	69
3.4 Balance general respecto de las modificaciones a las reglas de determinación de la pena.....	71

Conclusiones.....74

Resumen

El presente trabajo tiene por objetivo mostrar la congruencia entre la Ley 12.927 sobre Seguridad del Estado y las características ideológicas del fenómeno denominado como “expansión del Derecho Penal”. Para ello, se utilizó una metodología teórica y descriptiva consistente en un análisis comparativo entre las reglas generales de participación criminal y determinación de la pena, y su correspondiente modificación en la Ley 12.927. Dicho análisis fue efectuado desde un esbozo teórico construido en torno al fenómeno de la expansión del Derecho Penal.

El estudio muestra que hay plena congruencia entre el contenido de las modificaciones a las reglas generales, sumado a la orientación que de él se puede derivar, y las características jurídico-penales del nuevo Derecho Penal.

Introducción

El surgimiento de la sociedad contemporánea, proceso inscrito en la época que va desde las últimas décadas del siglo XVII hasta la primera mitad del siglo XIX, ha sido estudiada desde variadas perspectivas, muchas de la cuáles hacen énfasis en el surgimiento concomitante de una nueva forma política. Este marco político representaría una racionalización y humanización del ejercicio del poder político. Sin embargo, historiadores han mostrado que el espíritu de racionalización no parece tener una correlación con la forma en que efectivamente se ejerció el poder. En realidad, el espíritu de racionalización es una cuestión más característica de la teoría política que de la práctica efectiva¹.

En la segunda mitad del siglo XX se retomó la preocupación por la racionalización del ejercicio del poder. Esto se materializó en tratados internacionales firmados por estados de todo el mundo, en los que el principal compromiso que asumían fue el respeto a los Derechos Humanos. No obstante, posterior a este período de “reflexión”, el poder político ha sido ejercido de forma abusiva incluso en aquellos países miembros.

Ahora bien, en la actualidad la sociedad presenta varios obstáculos al ejercicio del poder político, dificultando su uso conspicuamente arbitrario y abusivo. Por ejemplo, la intensa conectividad de usuarios a internet sumada a la disponibilidad inmediata y masiva de videocámaras por parte de las personas, pone complicaciones al ejercicio abusivo del poder. Hoy en día, los gobernantes deben considerar la posibilidad de que situaciones como una masacre masiva de ciudadanos por parte de las fuerzas armadas o el sometimiento de un reo a prácticas de tortura, puedan

¹ Cfr. Eric Hobsbawm “El trabajador pobre”, en *La Era de la Revolución 1789-1848* (Argentina, Buenos Aires: Paidós SAICF, 2018): El historiador Hobsbawm muestra no solo el trauma que sufre el campesinado europeo ante el advenimiento de la sociedad industrial, sino también como, mediante la utilización del aparato penal del Estado, se buscó forzar a los campesinos a integrarse al nuevo régimen laboral; o para el caso chileno cfr. Gabriel Salazar, “La economía campesina: opresión, paralización y crisis (1780-1860)” *Labradores, peones y proletarios*. (Santiago, Chile: LOM Ediciones, 2000).

ser reveladas a la luz del público ya no solo nacional, sino mundial, junto con lo cual arriesgan amonestaciones y la pérdida de aprobación.

Ante esto, el ejercicio del poder ha buscado administrar la sociedad que presenta estos obstáculos mediante dispositivos que no son arbitrarios de forma directa y evidente.

A un lado de la manipulación mediante los medios de comunicación y el contenido enajenante que distribuyen las agencias de publicidad mediante la televisión y las redes sociales, figuran dispositivos jurídico-penales que no aparentan ser abusivos, y que son promocionados a manera de soluciones inmediatas a problemas complejos como lo pueden ser la proliferación del narcotráfico, el aumento de la efervescencia social o el aumento de la delincuencia. Son estos dispositivos jurídico-penales los que este trabajo introducirá en la noción de *expansión del Derecho Penal*, que será detallada más adelante.

Dentro de los dispositivos jurídico-penales señalados que encontramos en el caso de Chile, está la Ley n°12.927 sobre Seguridad del Estado (desde ahora en adelante, LSE). Esta consideración constituye la base teórica de la presente investigación.

El objetivo de este trabajo radica en analizar comparativamente, las normas generales del Derecho Penal, con las disposiciones de la LSE para establecer cuáles son las modificaciones que esta ley produce sobre las reglas de *participación delictiva* y *determinación de la pena*. En segundo término, el trabajo busca reflexionar sobre la influencia que estas alteraciones, en miras del fenómeno de la expansión del Derecho Penal.

En vista de lo anterior, se establecen dos hipótesis fundamentales: en un primer lugar, que las modificaciones que la LSE hace sobre las reglas de *participación delictiva*, tienen como efecto la flexibilización de las reglas de imputación de los delitos; en un segundo lugar, que las modificaciones mencionadas tienen el efecto de agravar las condiciones bajo las que se imponen las sanciones relativas a los delitos de la LSE.

Luego, a modo de hipótesis también, se busca vincular los aspectos que revisten estas modificaciones, con elementos característicos del nuevo Derecho Penal. Por lo tanto, mediante el análisis de las eventuales modificaciones que la LSE hace respecto de las reglas generales de participación delictiva y determinación de la pena, se busca respaldar la consideración primera, es decir, que la LSE es una manifestación congruente del fenómeno de la expansión del Derecho Penal.

En el primer capítulo se aborda, desde múltiples perspectivas, el fenómeno de la expansión del Derecho Penal, con el objeto de disponer un marco conceptual para el posterior análisis de las modificaciones que la LSE hace sobre las reglas generales de participación delictiva y determinación de la pena. Primero, se expondrán los fundamentos del Derecho Penal moderno de tal manera que sirvan de elemento comparativo. Luego, se establecerá un trazado histórico con el objeto de distinguir al nuevo Derecho Penal de la *práctica punitiva excesiva*. También, se expondrán los fundamentos teóricos y el contenido jurídico del nuevo Derecho Penal. En un apartado final, se expondrán las críticas posibles a la expansión del Derecho Penal.

En el segundo capítulo, partiendo de la constatación consistente en que el artículo 24 de la LSE configura una asimilación en la que la conducta correspondiente a la omisión del deber de denuncia opera como figura de complicidad, se procederá a un examen detenido de los principios generales de las reglas de participación delictiva, en particular de la figura de participación a modo de cómplice, y de las normas que disponen la sanción correspondiente al deber de denuncia. Tomando como base dicho examen, se analizará comparativamente las normas mencionadas con el objeto de establecer su compatibilidad y, por consiguiente, la validez de la asimilación establecida en el artículo 24. Presentado el balance, se vincularán las principales implicancias de la modificación con las características del nuevo Derecho Penal.

En el tercer capítulo se abordan temáticas correspondientes al ámbito de la determinación de la pena. Específicamente aquellas relativas al criterio cuantificador en caso de concurso de delitos, la proposición y la conspiración como

conductas punibles y las reglas de sustitución de penas, que son precisamente los ámbitos en que la LSE modifica. En relación al análisis que se hace de cada temática en particular, se establece un balance en que se enlazan las modificaciones con las reflexiones en torno al fenómeno de la expansión el Derecho Penal.

Capítulo I: La expansión del Derecho penal

La noción *expansión del Derecho Penal* busca describir un fenómeno histórico y jurídico consistente en la inserción de una determinada práctica punitiva en textos legales, lo que ha tenido como efecto una expansión del campo de acción de esta. Se puede caracterizar a la mencionada práctica punitiva como excesiva en el sentido de que *excede* el espíritu y los principios generales bajo los cuáles fue fundado el Derecho Penal moderno.

Primeramente, es necesario distinguir, desde la perspectiva conceptual, el nuevo Derecho Penal que surge de la expansión, de la *práctica punitiva abusiva*. Desde luego, ambas nociones encierran un elemento en común, pues denotan fenómenos que transgreden el espíritu fundante y los principios generales bajo los cuales se erige el Derecho Penal moderno. No obstante, lo que los diferencia es una característica esencial y radica en la manera en que ambos se despliegan en la realidad. Con práctica punitiva excesiva lo que se busca denotar es un fenómeno empírico consistente en el hecho, históricamente constatable, de que los Estados han sobrepasado los límites establecidos para la práctica punitiva mediante, por ejemplo, el aprisionamiento con motivaciones políticas o, incluso, el uso de violencia física que resultó, más de una vez, en la muerte de los agredidos². El nuevo Derecho Penal, en cambio, es un fenómeno propiamente jurídico, en que los ordenamientos legales han incluido, en la ley positiva, la institucionalidad y la cultura jurídica, ciertos elementos de la práctica punitiva abusiva.

Asimismo, ambos términos pueden ser considerados también como momentos o etapas de la práctica punitiva en la historia de las sociedades modernas. En un primer momento, (Desde el siglo XVII hasta los inicios del siglo XX) el ejercicio abusivo del poder punitivo, se desplegaba en directa contradicción con el espíritu de la normativa vigente. Luego, en un segundo momento (Desde la segunda mitad

² Salazar, *Labradores, peones y proletarios*, p. 119. En la fuente citada, Salazar muestra que dentro de las principales exacciones padecidas por el pueblo labrador chileno de la primera mitad del siglo XIX fue la opresión social que se tradujo en “desalojos, encarcelamientos, despojos de tierra, azotainas públicas, destierros, fusilamientos y/o ahorcamientos [...]”.

del siglo XX hasta la actualidad), en aras de dar legitimidad a la práctica excesiva del poder punitivo en un mundo en que las exigencias de respeto a la dignidad humana y los Derechos Fundamentales que le corresponden a cada individuo son cada vez más formidables, los Estados institucionalizan la práctica punitiva excesiva mediante leyes, reglamentos u otras formas de disponer normas jurídicas. Se volverá sobre este punto en el segundo apartado del capítulo presente.

Resulta necesario explicar que, el fenómeno del nuevo Derecho Penal que es producto de la expansión del poder punitivo, es denominado “Derecho” en sentido positivo, es decir, se refiere a un conjunto de reglas jurídicas que han sido instituidas en leyes, decretos y reglamentos por las autoridades competentes, mediante los mecanismos formales establecidos para esos efectos. Es también Derecho propiamente Penal, porque las reglas que lo conforman establecen sanciones penales. Esta explicación es necesaria para aclarar que “nuevo Derecho Penal” es un término analítico que busca denotar un fenómeno determinado. Sin embargo, por las razones que se expondrán a lo largo de todo el capítulo primero, es problemático denominar “Derecho” al producto de la expansión del Derecho Penal.

En lo que respecta al análisis de las modificaciones producidas por la LSE a las reglas generales del Derecho Penal, sólo se considerará el segundo momento, es decir, el momento de la expansión del Derecho Penal. Esto porque de lo que se trata es de establecer un marco conceptual bajo el cual circunscribir aquellas manifestaciones de la práctica punitiva abusiva establecidas en instrumentos jurídico-formales y, en particular, dar este marco conceptual al análisis particular de la LSE.

1.1. Fundamentos y principios del Derecho Penal moderno

El Derecho Penal moderno tiene su origen en el seno del contexto histórico-social conocido como las revoluciones burguesas en Europa, proceso al que le corresponde el momento cultural denominado “Ilustración”. A partir de los principios racionalistas e individualistas de la Ilustración, con una cierta influencia adicional del Liberalismo decimonónico, se diseñó un sistema de Derecho Penal que puede

caracterizarse como *garantista*, sobre todo porque hubo una profunda preocupación común entre los juristas y políticos involucrados en el diseño por racionalizar la práctica punitiva. Eduardo Franco dice que el objetivo fundamental de este nuevo diseño fue “evitar la excesiva discrecionalidad judicial, que siempre terminaba en un ensañamiento [contra el] condenado”³.

Este diseño originario del Derecho Penal moderno está caracterizado por una doctrina y una práctica penal que se aleja de los conceptos metafísicos que caracterizaban a la práctica punitiva medieval, y, en contrapartida, se adscribe a una metodología empírica a la par que intenta vincular al legislador y sus decisiones a un marco compuesto por ciertos principios generales⁴.

La fundación del Derecho Penal moderno tuvo como bases el *principio de legalidad estricta*, el *principio de lesividad*, el *principio de responsabilidad personal* y el *principio de presunción de inocencia*⁵, entre otros, los cuales conforman un verdadero núcleo fundamental⁶. Consecuentemente, los principios pensados como fundamentos de los sistemas penales modernos tuvieron especial consideración en que se respetaran los derechos esenciales que toda sociedad debía reconocer a los individuos humanos que la componen. Cabe mencionar que estos principios estaban pensados para todas las instancias del poder punitivo, según lo cual el espíritu garantista debe ser respetado desde la confección de las normas penales hasta el ejercicio jurisdiccional, incluyendo también sanciones que tuviesen su origen en el ejercicio administrativo del poder. Todo lo anterior, tuvo como implicancia fundamental para el establecimiento de los sistemas penales modernos en el mundo occidental al menos que, desde la configuración del derecho penal garantista, habría que tener muy buenas razones para que un individuo viese

³ Enrique Franco. *Fundamentos de Derecho Penal moderno* (Quito, Ecuador, Corporación de Estudios y publicaciones, 2010), p. 97.

⁴ Wilfried Hassemer: *Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno*. Marzo de 1991. Barcelona, UAB, Facultad de ciencias jurídicas. p. 236.

⁵ Franco, *Fundamentos de Derecho Penal moderno*, p. 98.

⁶ Hassemer, *Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno*, p. 237.

vulnerados sus derechos a la libertad personal o a la integridad física, entre otros derechos, por parte del poder punitivo.

En lo que sigue se expondrá la forma en que los principios generales fueron tratados en la doctrina clásica del Derecho penal, las principales características de los que se consideran relevantes en miras de la presente investigación y su importancia.

El *principio de legalidad estricta* aparece en los trabajos fundamentales de importantísimos tratadistas ilustrados como fueron Manuel de Lardizabal y César Beccaria. Lardizabal lo deriva de la definición que se le entregó a la noción de *pena*. Desde su punto de vista, si con pena entendemos un mal que un individuo padece contra su voluntad y “por superior precepto”, es de su naturaleza que haya de imponerse por una potestad superior, la cuál, al mismo tiempo, solo puede estar representada por el legislador⁷. Lardizabal concluye que no hay pena sin una ley que la establezca, conclusión que se condice perfectamente con el adagio *nulla poena sine lege*. Por otra parte, según Beccaria el *principio de lesividad* es una condición de legitimidad de la pena. Beccaria primero establece, como premisa fundamental, que todo mal que se irroque contra una persona sólo es legítimo si responde a una absoluta necesidad de ser impuesto. Un mal innecesario no es otra cosa que ejercicio de la tiranía. Luego, la imposición de una pena, que en buenas cuentas consiste en la irrigación de un mal, ha de responder a una absoluta necesidad. Dicha absoluta necesidad Beccaria la asigna a la ley, la cuál fue establecida para proteger a la sociedad y al poder soberano sobre el que ella se sienta. En consecuencia, sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos⁸.

Como podemos ver, las reflexiones modernas sobre los fundamentos del Derecho Penal coincidían en la idea de que una conducta sólo puede recibir una sanción penal en virtud de una ley establecida por un magistrado debidamente facultado. En

⁷ Manuel Lardizabal, *Discurso sobre las penas* (Madrid, España: Texto conservado por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1782), p. 20.

⁸ César Bonesana, *Tratado de los delitos y las penas* (Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta S.R.L., 1993), p. 60-61.

consecuencia, ni las autoridades administrativas ni tampoco las autoridades judiciales pueden fundamentar las penas en el mero arbitrio.

El principio de legalidad opera como límite al poder punitivo del Estado y está relacionado con todo el sistema penal en su conjunto. Su ámbito de garantía comprende una garantía en el ámbito penal, otra en el ámbito jurisdiccional y una también en el ámbito de la ejecución de la pena. Para cada uno de estos ámbitos se puede establecer el aspecto respectivo del principio de legalidad. Por ejemplo, en el ámbito penal, el principio viene dado por la *reserva de ley*, noción según la cual una conducta no constituirá un delito de no haber una ley plenamente vigente que así lo disponga⁹. Es relevante, en miras del presente trabajo, mencionar que del principio de legalidad se deriva una garantía de taxatividad y certeza, según la cuál no solo es ilegítimo aplicar una disposición penal mediante la analogía, sino también resulta ilegítimo el establecimiento de cláusulas generales con el objeto de abarcar una pluralidad de actos y no de sancionar una conducta delimitada correctamente.

El ordenamiento jurídico chileno recoge el principio de legalidad de modo general en los incisos 7 y 8 del artículo 19, numeral 3 de la Constitución Política, el cual establece que "ningún delito se castigará con otra pena que la que le señala una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado" y que "ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que sanciona esté expresamente descrita en ella". El CP recoge ambos preceptos en su artículo 1, inciso primero y reitera el principio relativo a la legalidad de las penas en su artículo 18¹⁰.

El segundo principio fundamental del Derecho Penal moderno, se denomina principio de lesividad. Lardízabal consideró que es condición necesaria para el establecimiento de penas, que éstas sancionen conductas que causen daños o

⁹ Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal. *Lecciones de Derecho Penal (volumen I)* (Madrid: Editorial Trotta, 1997), pp. 80-81.

¹⁰ Sergio Politoff, Jean Pierre Matus y María Ramírez. *Lecciones de Derecho Penal chileno* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004), p. 93.

perjuicios efectivos. De no ser así, son conductas que carecen de relevancia moral y social, y punirlas sería una cuestión meramente arbitraria¹¹.

Según Mario Garrido es de naturaleza de la pena, que para incurrir en ella se cause algún daño o perjuicio, y que este se haga voluntariamente. “faltando estos requisitos, no hay moralidad en las acciones humanas, y por consiguiente tampoco hay imputabilidad¹²”. Lo anterior nos sirve para introducir dos principios fundamentales del Derecho Penal moderno.

Por un lado, encontramos el principio de lesividad, el cual es extremadamente relevante pues condiciona al poder punitivo a la protección de bienes jurídicos fundamentales, según lo cual, el legislador no puede, en principio, sancionar cualquier conducta. La sanción de una conducta es legítima siempre que se dirija a la protección de bienes jurídicos valiosos. De esto se sigue que para el legislador queda descartada la posibilidad de sancionar comportamientos meramente inmorales o desagradables sin que estos no presenten un daño efectivo contra un bien jurídico protegido por el ordenamiento jurídico.

Por otro lado, tomando en cuenta la segunda parte de la cita (producir un daño de forma voluntaria), advertimos que también hay que considerar parte del núcleo fundamental del Derecho Penal moderno el principio de responsabilidad personal. Según este principio, las acciones legítimamente sancionables han de ser conscientes y voluntarias, descartando aquellas acciones no culpables, por no ser intencionales, y las acciones que son consecuencias de caso fortuito, fuerza mayor o acción de terceros¹³. Este principio manifiesta la preocupación que el Derecho Penal moderno tuvo por la sanción de delitos y no de un determinado delincuente.

También forma parte de esta estructura fundamental del Derecho Penal moderno, el principio de proporcionalidad. Lardízabal esbozó lineamientos para el principio de

¹¹ Lardízabal, *Tratado de los delitos y las penas*, p. 21.

¹² Manuel Garrido. *Derecho Penal general Tomo I* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001), p. 43.

¹³ Luigi Ferrajoli. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (Madrid: Editorial Trotta, 1995), p. 278.

proporcionalidad. Según él, para establecer la cuantía de la pena que recibirá una conducta, ha de mirarse necesariamente el daño causado y también al grado de libertad y de conocimiento con que se infringe¹⁴. De este miramiento a ciertos elementos de la conducta, ha de fluir un cierto balance en que se establezca una pena que exprese la entidad del daño causado o del delito cometido. Por ejemplo, un homicidio no puede tener la misma pena que un hurto, porque el daño causado en ambas conductas es cualitativamente distinto y, la forma de expresar dicha diferencia, es la cuantía de la pena.

En efecto, la proporcionalidad “se refiere a la reacción del Estado frente al delincuente y su hecho, y ofrece interés tanto para determinar la naturaleza de la reacción como su forma¹⁵”. De esta consideración surge el contenido del principio de proporcionalidad: la sanción penal debe ser proporcionada a la gravedad de la conducta sancionada, a las circunstancias individuales de quién lo realizó y a los objetivos político criminales que se persiguen al establecer la sanción. De lo que se trata en el principio de proporcionalidad es que la entidad de la sanción penal no exceda la necesidad bajo la que fue prevista la pena¹⁶.

Son dignos de mencionar, como parte del núcleo fundamental del Derecho Penal moderno, el principio de oralidad del juicio penal y el principio de presunción de inocencia. Estos, aunque son importantes y deben ser respetados por todo Estado que se pretenda a sí mismo como democrático, no son de tanta relevancia para el desarrollo de las ideas en la presente tesis.

Como puede intuirse, sobre estos principios se han establecido progresivamente múltiples excepciones en los ordenamientos jurídicos de todo el mundo, pese a que la mayoría digan estar fundados sobre ellos. Según Hassemer, este fenómeno es expresión de un alejamiento del Derecho Penal respecto del núcleo fundamental de los principios generales¹⁷ y es precisamente el movimiento que en el presente

¹⁴ Lardízabal, *Tratado de los delitos y las penas*, p. 104.

¹⁵ Garrido, *Derecho Penal general Tomo I*, p. 49.

¹⁶ *Ibídem*.

¹⁷ Hassemer, *Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno*, p. 237.

trabajo lleva el nombre de expansión del Derecho Penal. Este movimiento que ha experimentado el Derecho Penal es el que se detallará a continuación.

1.2. Perspectiva histórica del problema de la expansión del Derecho Penal

1.2.1. La etapa de la práctica punitiva abusiva

Un elemento presente en casi todo momento de la historia humana es la práctica punitiva abusiva que las sociedades llevaron a efecto. Los objetivos eran diversos; a veces podía consistir en la imposición de una sanción para resarcir un daño y otras veces el objetivo era el intimidar a personas para subyugarlas a un cierto gobierno.

Hay que considerar que la práctica punitiva, en esta etapa de la historia, no estuvo desprovista de un determinado Derecho Penal, entendido el término como un conjunto de reglas institucionalizadas en cuerpos legales o normativos. El asunto del apartado es mostrar dos ideas: primeramente, que el contenido del Derecho Penal de la época pre-ilustrada tenía de por sí un contenido excesivo (valoración que solo puede hacerse desde el Derecho Penal moderno); pero también que, a pesar de la existencia de un Derecho Penal, el poder punitivo se practicó de manera diferenciada contra cierto tipo de seres humanos.

En esta etapa, no solo el contenido del Derecho Penal resulta excesivo si se lo compara con el proyecto del Derecho Penal moderno, sino también la práctica punitiva estuvo enfocada en sancionar de forma especial ciertos tipos de delitos, e incluso, cierto tipo de delincuentes, lo que derivó en una suerte de práctica punitiva paralela.

Es característico del ejercicio abusivo del poder punitivo su dirección hacia un tipo particular de ser humano, el cuál es discriminado por razones diversas. En general, lo que ha cambiado con el curso de la historia, son las razones por las cuales estos seres humanos son discriminados (Pudo ser por sexo, religión, raza, etc.), sin embargo, el hecho de la discriminación y la práctica paralela de dos o más “sistemas” de punición ha sido más bien una constante. Según Eugenio Zaffaroni,

el Derecho Penal siempre ha establecido un tratamiento diferenciado contra ciertos seres humanos que se consideran enemigos, indeseables o simplemente no merecedores de un trato digno¹⁸. Contra estos seres humanos, en principio, era legítimo actuar de cualquier manera para castigarlos por haber cometido un crimen, o para causarles daño, aunque no hubieren incurrido en actividad criminal alguna.

En Grecia, la forma predominante de la punición fue la *venganza pública*, consistente en la capacidad de la autoridad de apropiarse de los conflictos que podrían suscitarse entre ciudadanos y aplicar penas con el fin de amedrentar a los posibles delincuentes. Dentro de las sanciones efectivas podíamos encontrar el destierro, la muerte civil e incluso la ejecución¹⁹.

El Derecho Penal de la sociedad romana fue especialmente severo en sus sanciones. Muchas de ellas estaban pensadas en base a la regla del talión. Por ejemplo, la Lex Valeria incluyó la pena capital para el delito de *perduellio* (traición a la patria) y el parricidio. Hay que agregar que en la ejecución de la pena capital, en muchos casos, tomaba acción el propio pueblo²⁰.

Merece especial énfasis el hecho de que el tratamiento diferenciado tuvo una manifestación especialmente draconiana en el Derecho Penal romano²¹. La noción de *enemigo* en el Derecho Penal tiene sus raíces precisamente en él. En Roma, el ser humano considerado como enemigo es un otro, un extraño respecto del cuál no cabe esperar una resolución de conflictos mediante reglas preestablecidas ni mediante la intervención de un tercero, porque la situación que se genera entre el yo y el otro es una situación excepcional, caracterizada por un inminente uso de la violencia que podría resultar en la eliminación de cualquiera de los dos²².

¹⁸ Raúl Zaffaroni, *El enemigo en el derecho penal* (México: Ediciones Coyoacán, 2013), p. 15.

¹⁹ Ermo Quisbert, *Historia del Derecho Penal a través de las Escuelas Penales y sus Representantes* (La Paz, Bolivia: Centro de Estudios de Derecho, 2008) p. 20.

²⁰ Quisbert, *Historia del Derecho Penal a través de las Escuelas Penales y sus Representantes*, p. 22.

²¹ Zaffaroni, *El enemigo en el derecho penal*, pp. 15-18.

²² Schmitt, Carl. *El concepto de lo político* (España: Alianza Editorial, 1991), p. 23.

En relación a lo anterior, dentro de las reglas penales en roma, operaba una distinción entre la noción *inimicus* y la noción *hostis*. Mientras el *inimicus* era el término utilizado para referirse a los enemigos personales, el *hostis* era el término utilizado para los enemigos políticos. Contra el primero cabe proceder a modo de venganza, pero con el segundo existe la latente posibilidad de enfrentarse en una guerra. Como el enfrentamiento reviste características bélicas, no hay necesidad de respetar ningún derecho para darle solución al conflicto. El *hostis* es un individuo considerado como ajeno a la sociedad y a la civilización romana.

Es de particular interés el concepto de *hostis judicatus*, esto es, el enemigo declarado por el Senado romano como individuo que amenaza a la sociedad romana. La declaración del *hostis judicatus* conllevaba como sanción, la supresión de la condición de ciudadano. Dice Zaffaroni: “Se trata de enemigos declarados, no porque declaren o manifiesten su enemistad sino porque el poder los declara tales²³”. Ante la pérdida de la condición de ciudadano, contra el *hostis judicatus*, el poder punitivo estaba perfectamente legitimado para operar como si aquel individuo fuese un enemigo de guerra.

La Edad Media presentó al menos tres formas del Derecho Penal: El Derecho Penal germánico, el Derecho Penal canónico y el Derecho Penal europeo, que resulta de una fusión de los dos anteriores²⁴.

El Derecho Penal germánico es esencialmente privado. El juez más inmediato era el padre de la familia (*pater familias*), quién estuvo sujeto a un superior que observaba aquellos problemas que podrían suscitarse entre padres. La brutalidad caracterizaba el espíritu de este Derecho, lo que queda de manifiesto si se considera que la venganza por sangre no era facultativa, era una obligación²⁵.

²³ Zaffaroni, *El enemigo en el derecho penal*, p. 18.

²⁴ Quisbert, *Historia del Derecho Penal a través de las Escuelas Penales y sus Representantes*, p. 23.

²⁵ Quisbert, *Historia del Derecho Penal a través de las Escuelas Penales y sus Representantes*, p. 22.

El Derecho Penal canónico presentó ciertas ventajas por sobre su coetáneo. Se reservó un espacio para la reglamentación de procedimientos de guerra, cuestión bastante inédita si se considera la época. Es un Derecho Penal público y combate la venganza privada como medio de resolución de conflictos. Sin embargo, pese a estas ventajas, aún presentaba características vindicativas y se admitía la tortura con el objeto de conseguir una confesión del imputado. Además, es de destacar que la pena no se imponía de manera individual, sino que también se consideraban a los cercanos en los castigos impuestos²⁶.

Durante la Edad Media, de forma espontánea se fueron entremezclando ambas formas de Derecho Penal en conjunto con componentes del Derecho romano. De esta operación surge el Derecho europeo medieval, un Derecho cruzado por su instrumentalización de parte de los monarcas y aristócratas. Este Derecho se caracterizó por un tratamiento penal diferenciado en miras de la calidad de las personas²⁷.

Mientras lograban la concreción de su hegemonía en el mundo, los europeos organizaron estructuras jerárquicas mediante disciplinamiento social con el fin de materializar el poder que posteriormente ejercieron sobre el resto del mundo. Este es un proceso de larga data que comprende desde la organización de las empresas de conquista hasta ciertas operaciones económicas en los tiempos actuales.

Uno de los mecanismos que se utilizó para estos efectos fue precisamente la utilización del poder punitivo²⁸. En la teoría, la autoridad pública gestionaría ella misma los conflictos que surgiesen entre particulares, asignando las penas correspondientes al caso particular. Sin embargo, en los hechos, esta adjudicación de los conflictos consistió en “un constante poder de vigilancia controladora sobre

²⁶ Quisbert, *Historia del Derecho Penal a través de las Escuelas Penales y sus Representantes*, pp. 22-23.

²⁷ Quisbert, *Historia del Derecho Penal a través de las Escuelas Penales y sus Representantes*, p. 25.

²⁸ Zaffaroni, *El enemigo en el derecho penal*, pp. 21-22.

toda la sociedad y, en especial, sobre los que supone real o potencialmente dañinos para su jerarquización²⁹”.

Durante el período de colonización del continente americano (Siglos XIV y XV) se pueden distinguir dos modelos que basaron al poder punitivo europeo según la zona geográfica en que se desplegaba cada uno. Dentro de Europa, operaba el modelo inquisitivo, cuya impronta fue principalmente religiosa, pero sus objetivos no necesariamente también compartían este carácter. Bajo este modelo, se castigó a disidentes de todo tipo por delitos de pensamiento y opinión, considerados lo suficientemente graves como para merecer la muerte pública.

Fuera de Europa, en el continente americano el ejercicio fue directamente genocida, “procediendo a la eliminación de la mayor parte de la población americana [...] y reduciendo a los sobrevivientes a la servidumbre³⁰”.

El objetivo de estas prácticas de eliminación de amenazas fue la neutralización eterna, caracterizada por la eliminación directa de los enemigos del poder. Se consideraron como enemigos no solo a los autores de delitos graves, sino también a los disidentes políticos y religiosos cuya ejecución pública era constitutiva de una verdadera festividad³¹. Como se puede prever, en esta época el círculo de súbditos privilegiados (los “ciudadanos” de la época) era bastante reducido. La gran mayoría de los individuos formaba parte de los estratos subalternos de la sociedad, hecho del que se infiere que el ejercicio del poder punitivo estaba pensado para un potencial gran número de individuos, lo que genera un contraste con la situación actual, por razones que se expondrán más adelante.

Llegado el período de la Revolución Industrial (Siglos XVII y XIX), la burguesía pretendió debilitar el poder de la vieja clase hegemónica y, para estos efectos, buscó reducir el alcance del poder punitivo que consistía en uno de los principales medios de su dominación³². Sin embargo, no hay razones para asumir que hubo únicamente

²⁹ Zaffaroni, *El enemigo en el derecho penal*, p. 23.

³⁰ Zaffaroni, *El enemigo en el derecho penal*, p. 26.

³¹ Zaffaroni, *El enemigo en el derecho penal*, p. 28.

³² Zaffaroni, *El enemigo en el derecho penal*, p. 34.

intenciones políticas en la intensa discusión que surgió en torno al problema del poder punitivo. Es perfectamente pensable que, ante la situación barbárica que había representado la práctica punitiva a lo largo de la historia, el Derecho Penal moderno haya surgido como intento de humanización de los sistemas penales de la mano de juristas y filósofos fuertemente influenciados por la Ilustración y el Liberalismo³³.

Si bien los filósofos y juristas modernos se dividieron entre aquellos que intentaron construir un nuevo orden dando progresivamente la espalda al arbitrio religioso³⁴, y aquellos que centraron sus críticas del sistema penal tradicional desde la perspectiva cristiana aduciendo que la práctica punitiva basada en infundir terror mediante actos barbáricos era completamente contraria a los postulados del cristianismo³⁵, el resultado de las reflexiones era muy similar: era necesario humanizar y racionalizar desde el fundamento a los sistemas penales de las sociedades.

El historiador Ermo Quisbert denomina a este momento como “etapa científica de la historia del Derecho Penal”. En ella se abandona el ensañamiento cruel que caracterizaba a las sanciones del sistema tradicional, y enmarcó la práctica punitiva mediante principios generales³⁶. El resultado de esta operación histórica ya fue descrito en el apartado anterior.

Sin embargo, pese a la racionalización del poder punitivo que tuvo lugar en Europa, los Estados europeos le dieron práctica a estos nuevos conceptos de forma selectiva. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano hizo surgir derechos para aquellos que se consideraron en los hechos como ciudadanos. En buenas cuentas el extranjero, el indígena, el colonizado, el disidente político o cualquier otra forma de vida extraña a la vida burguesa de Europa no fue

³³ Hassemer, *Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno*, p. 236.

³⁴ Carlos Pérez. *Violencia del Derecho y derecho a la violencia* en Revista Derecho y Humanidades n°20, 2012, p. 74.

³⁵ Alvarez Cora. *El derecho penal ilustrado bajo la censura del Santo Oficio* en Revista de la Inquisición n°11, 2005, pp. 94-96.

³⁶ Quisbert, *Historia del Derecho Penal a través de las Escuelas Penales y sus Representantes*, p. 24.

considerada como beneficiaria de los Derechos del hombre. Como se mencionó en un principio, pese al esfuerzo loable de ciertos juristas en humanizar y racionalizar el Derecho Penal, aún se dispuso de la práctica punitiva abusiva y excesiva para combatir a cierto tipo de personas. Un ejemplo de muchos, consiste en la aplicación de la ley marcial (fusilamiento) contra los obreros que protagonizaron el levantamiento conocido como la “Comuna de París” en Francia, sin siquiera ser procesados debidamente. Este evento, que terminó con un saldo de 6667³⁷ personas muertas, tuvo lugar en la segunda mitad del siglo XIX, es decir, databan casi un siglo de las primeras reflexiones en torno al problema de los excesos del sistema penal.

La Revolución Industrial requirió de un fuerte sometimiento de individuos humanos a la nueva forma de producción, intensiva como ninguna otra en la historia humana. Esto exigió el giro del poder punitivo desde la eliminación directa, a la política carcelaria³⁸. Un sistema que requiere de un alto nivel de consumo, requiere al mismo tiempo, muchas personas encargadas de la producción directa de los bienes. La política genocida mermaba a la población necesaria para el funcionamiento de este nuevo sistema productivo industrial lo que eventualmente produciría un desbalance económico. En las cárceles los individuos al menos podrían servir de obreros mediante programas de trabajo forzado

Precisamente por lo anterior es que se puede decir que la noción de enemigo en el período de la revolución industrial tiene directa relación con la incapacidad o resistencia por parte de bastantes individuos sumergidos aún en las lógicas de la sociedad feudal, a someterse a las nuevas formas de producción, y no solo a la disidencia de pensamiento. De este momento en adelante, la categoría de enemigo comprenderá a aquellos cuyas condiciones de vida los excluyen de las exigencias de los sistemas productivos de las sociedades industriales.

³⁷ Robert Tombs. *How Bloody was la Semaine sanglante of 1871? A Revision.* en The Historical Journal vol. 55, n°3, 2012, pp. 619-704.

³⁸ Zaffaroni, *El enemigo en el derecho penal*, p. 35.

1.2.2. La etapa de la expansión del Derecho Penal

El nuevo Derecho Penal corresponde a un fenómeno de expansión del propio Derecho Penal. Esta expansión tiene diversas causas como por ejemplo la aparición de nuevos bienes jurídicos protegidos, la efectiva aparición de nuevos riesgos, la sensación social de inseguridad y la configuración de una sociedad de sujetos económica y políticamente pasivos, entre otros³⁹. Otra causa que se ha atribuido a la expansión se vincula con un favorecimiento generalizado de la izquierda política (sobre todo de la socialdemocracia europeo) a una reorientación de la política criminal, sector político que durante buena parte del siglo XX se pronunciaban en contra de políticas carcelarias como solución a problemas sociales⁴⁰.

El contexto social de este fenómeno es la globalización, que si bien tiene sus raíces en la expansión económica de los países europeos en el siglo XIX, en el siglo XX se acelera y en el siglo XXI está conspicuamente consolidada como realidad en el mundo.

En el siglo XX, la revolución comunicacional que implicó la difusión de información a escala mundial, extendió un discurso con características autoritarias que estimuló un ejercicio del poder punitivo más represivo y más discriminatorio en contraste con el período de la sociedad industrial clásica⁴¹. Ahora, el poder punitivo fue el medio de gobiernos que buscaron la imposición de un discurso único y de homogeneización general de la población. Este objetivo de homogeneización, a nuestro juicio, guarda íntima relación con uno de los objetivos del derecho penal del enemigo, a saber, el resguardo de la seguridad cognitiva necesaria para el funcionamiento de la sociedad. En la medida en que haya individuos cuya conducta es impredecible, que no se correspondan con patrones homogéneos de conducta, se vulnera dicha seguridad cognitiva. Los gobiernos autoritarios del siglo llevaron la

³⁹ Silva Sánchez. *La expansión del Derecho Penal* (Argentina, Buenos Aires: Editorial B de F, 2006) pp. 11-77.

⁴⁰ Manuel Cancio. *¿"Derecho" penal del enemigo?* en Günther Jakobs (España: Editorial Aranzadi, 2006), pp. 100-104; y Jesús Silva. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales* (Montevideo: Editorial B de F, 2006) p. 69.

⁴¹ Zaffaroni, *El enemigo en el derecho penal*, p. 42.

práctica punitiva excesiva a un extremo que no encontramos en las manifestaciones anteriores. En buena medida, los enemigos fueron excluidos de la categoría de ciudadano, o de persona, pero nunca se le dejó de considerar un humano, aunque los tratos para con estos no sean dignos de la humanidad que se le atribuye.

En el autoritarismo de la primera mitad del siglo XX, el sistema penal se avocó a enfrentar enemigos que siquiera fueron considerados humanos. Al no ser siquiera considerado humano, un enemigo que amenaza la seguridad de la sociedad no merece ningún tipo de consideración y contra él se aplicarán tratos especialmente denigrantes. Por ejemplo, las medidas aplicadas consistieron en todo tipo de tratos que degradaran al individuo enemigo a un nivel sub humano: castración, trabajo forzoso, tortura, muerte por medios brutales y así muchas otras medidas crueles. Esto se debe a que en general, los gobiernos mencionados ejercieron su yugo con una impronta flagrantemente racista y discriminadora. Su discriminación no buscó ser solapada por una retórica de tolerancia. La característica principal del poder punitivo ejercido en este período de la historia es la frontalidad. Se podría decir que el ejercicio punitivo excesivo se desnudó por completo para mostrar su verdadera esencia. Todo esto no respondió a un ejercicio del poder punitivo que excediera las leyes de las repúblicas en las que el autoritarismo se hizo con el poder. Al contrario, los gobiernos buscaron grupos de juristas especializados que pudieran darle un sustento legal al trato diferenciado.

En Latinoamérica, el símil del poder punitivo autoritario tuvo lugar en la segunda mitad del siglo XX en el contexto de la reacción militar a los gobiernos progresistas que estaban gestando programas de profunda reforma social en todo el continente. Casi todos estos gobiernos tuvieron relaciones con movimientos marxistas que tenían relación con las potencias comunistas de la época, lo que sirvió como pretexto para que las fuerzas armadas, azuzadas y organizadas por el gobierno norteamericano, produjeran golpes de estado en sus respectivos países latinoamericanos. Los nuevos gobiernos militares dirigieron con brutalidad el poder punitivo contra los principales dirigentes que participaron en las políticas de reforma

con independencia de que estos participaran de la resistencia armada o no⁴². Los gobiernos militares considerando enemigo al disidente en general, contra el que se aplicaron dos tipos de medidas: Por un lado, se eliminó a la disidencia mediante detenciones administrativas sin límites en contexto de estados de excepción permanentes. Y, por otro lado, se procedió a la eliminación directa por la muerte, la tortura excesiva y la desaparición forzada, sin procedimientos legales.

La globalización política y cultural provoca una tendencia hacia la universalización del Derecho, que se ha manifestado en intentos de proceder a una aplicación extraterritorial de leyes estatales, lo que tiene por efecto desestimar las disposiciones relativas a al exención o extinción de responsabilidad penal dictadas por los Estados.

Se pretende que la vocación protectora del Derecho penal no tenga barreras infranqueables.

El siglo XXI muestra un claro contraste del siglo precedente, el cual es necesario explicitar para efectos de comprender de mejor manera el fenómeno que estudiamos. Hay al menos dos características históricas de ambos siglos sobre las que establecer el contraste, análisis que explicará en gran medida esta nueva forma de ejercicio especial del poder punitivo correspondiente al siglo XXI. Primero, todos los acontecimientos políticos del siglo XX estuvieron fuertemente marcados por la equivalencia entre el estado y la nación, pese a que la globalización económica había comenzado a surgir en el siglo anterior. En el siglo XXI, todos los conceptos que surgían de esta equivalencia, como la soberanía nacional por ejemplo, se han visto debilitados ante el surgimiento de una política progresivamente más internacional organizada en torno a organismos, tratados y pactos de alianza que congregan a casi la totalidad de los estados del mundo. En el siglo XXI, la nación como concepto político ha ido perdiendo validez progresivamente. Segundo, la agenda política del siglo XXI está marcada por un amplio consenso en el cuál la democracia representativa aparece como el mejor modelo de gobierno, en una

⁴² Zaffaroni, *El enemigo en el derecho penal*, p. 39.

forma que a nuestro juicio puede ser diferenciada de su modelo inicial y, más todavía, de los principios que la fundaron (coincidentalmente, al igual que lo que sucede con el derecho penal del enemigo y el derecho penal moderno). Con esto no se quiere decir que en todo el mundo se haya adoptado la democracia representativa como modelo de gobierno, pero sí que existe un discurso hegemónico de los medios de comunicación, los políticos profesionales y la sociedad en general muy proclive a dicho modelo. Este consenso, está fuertemente relacionado con el consenso análogo respecto de la economía social de mercado como modelo esencialmente correcto de organización de los bienes y los servicios a lo largo de todo el mundo.

En el siglo XX, en cambio, la democracia representativa fue fuertemente cuestionada por diversos sectores políticos y el modelo económico fue el motivo de enfrentamientos sangrientos entre las fuerzas políticas predominantes. La internacionalización de la política y el consenso en torno a la democracia representativa y la economía social de mercado componen el marco político sobre el que se identificaron a los enemigos. Esto otorga ciertas exigencias a la práctica punitiva contra el enemigo. Por ejemplo, esta nueva práctica punitiva no puede ser excesiva de forma evidente, de tal manera que muestra que en realidad las sociedades democráticas están estructuradas sobre un poder tan autoritario como el de los momentos históricos anteriores, solo que revestido de la legitimidad propia de la democracia representativa

Otra arista de esto guarda relación con la internacionalización de la política criminal. Los enemigos de la sociedad ya no necesitan actuar dentro de los límites territoriales de un estado, pueden llegar a agredir su integridad desde fuera. La lucha contra el narcotráfico o contra el terrorismo son ejemplos de esta nueva etapa del tratamiento especial contra el enemigo: En ambos casos se ha legitimado con bastante éxito la lucha contra ellos y en ambos casos se ha requerido de la concertación de más de un Estado para poner en práctica la nueva política criminal.

Cabe mencionar que este período es el que corresponde a la elaboración de la doctrina del derecho penal del enemigo que expusimos más arriba. Esta doctrina

recibió rechazo generalizado por parte de los penalistas, sobre todo por las connotaciones de la misma, más que del contenido que enarbola. Usar la palabra enemigo es dar una connotación muy cargada, incompatible con la retórica parsimoniosa de la justicia que debería corresponder a la doctrina y al derecho penal en general. El asunto es que el problema del nuevo Derecho Penal, más allá de lo que postula las doctrinas favorables a la expansión, es la realidad de la práctica punitiva excesiva que podemos ver hoy en todas partes del mundo y esta puede tomar cualquier forma o nombre. Por supuesto que no se utiliza directamente el término enemigo (esto sería excesivo en extremo), pero leyes como la ley n°18.314 denominada como “ley antiterrorista”, o la ley n°21.208 que modifica el Código Penal para tipificar acciones de alteración de la paz pública, denominada en el debate público como “ley antisaqueos”, son textos legales cuya sola denominación genera un desbalance en contra de los acusados, además de un estigma contra quienes resulten imputados por delitos tipificados en ellas, aun cuando resulten inocentes.

En los capítulos que siguen al presente, se intentará mostrar como las modificaciones a las reglas generales de participación delictiva y de determinación de la pena, encierran el ánimo autoritario del derecho penal del enemigo, pero con la apariencia de mesura, de legitimidad y de defensa de la democracia que caracteriza a esta última etapa.

Antes de proceder con la perspectiva crítica respecto de la noción de enemigo en el derecho penal, destacaremos ciertas ideas comunes que identificamos en su desarrollo histórico. Por de pronto, que el fenómeno siempre ha estado íntimamente ligado con las relaciones sociales de las diferentes épocas que atraviesa y esto se hace muy evidente cuando revisamos el paso de la sociedad feudal a la sociedad capitalista. El sistema feudal, cuya producción no buscaba maximizar ganancias, solo sustentar el consumo, se podía permitir la eliminación directa y la merma humana que produjo el modelo inquisitorial. En cambio, la sociedad capitalista tuvo que abandonar el poder punitivo de eliminación y pasar progresivamente a un modelo carcelario que no produjera desbalances económicos por su propia lógica productiva contrapuesta a la de la sociedad feudal. También podemos concluir que

es de la esencia de la noción de enemigo el ser determinada directamente por un señalamiento de quienes detentan el poder en un cierto momento histórico. La decisión de considerar a alguien como enemigo, no está determinada de manera decisiva por condiciones formales establecidas en una legislación. Esta decisión ha respondido siempre a condiciones sociales y políticas, es decir, a condiciones extrajurídicas. En el siguiente apartado, tendremos en cuenta tanto los rasgos teóricos como los rasgos históricos para establecer las posibles críticas al fenómeno del tratamiento penal contra el enemigo.

1.3. Aspectos teóricos del fenómeno de la expansión del Derecho Penal

Hassemer considera que la estructura del Derecho Penal moderno resulta vetusta en miras de proponer soluciones a los nuevos desafíos que presenta la sociedad contemporánea. Frente a la caducidad que muestra la mentada estructura, Hassemer propone, como denominación de las nuevas tendencias, el “Derecho de la Intervención”. Este Derecho Penal renovado y acorde a los tiempos se caracteriza por tres elementos esenciales⁴³: 1. La protección de bienes jurídicos con un criterio positivo de criminalización; 2. La preocupación prospectiva de la punición; y 3. Una nueva orientación de la penalidad a sus consecuencias, convirtiendo al Derecho Penal en un instrumento de pedagogía social y de transformación.

Encontramos que en todas estas manifestaciones jurídicas y teóricas la figura de un tipo especial de delincuente tiene una peculiar centralidad⁴⁴, en miras de la cual se intentará dilucidar en qué consiste tal noción, ya no desde el punto de vista histórico, sino ahora de la teoría propiamente jurídico-penal⁴⁵. Esta cuestión es extremadamente extraña al diseño clásico del Derecho penal, sin embargo y progresivamente con el tiempo, en el seno de todos los sistemas penales podemos

⁴³ Hassemer, *Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno*, pp. 239-245.

⁴⁴ Massimo Donini. *Derecho penal de lucha. Lo que el debate sobre el Derecho penal del enemigo no debe limitarse a exorcizar* en Manuel Cancio y Laura Pozuelo, *POLÍTICA CRIMINAL EN VANGUARDIA. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada* (España: Editorial Aranzadi, 2008) p. 31.

⁴⁵ Esta distinción es puramente analítica pues, como se podrá inferir, la noción de enemigo en el Derecho Penal está directamente vinculada con el tratamiento diferenciado que es posible de discernir cuando se atiende a la historia del ejercicio abusivo del poder punitivo.

encontrar una cantidad mayor de reglas destinadas a tratar con un tipo especial de infractor de la ley penal⁴⁶.

Mayormente, la doctrina ha abordado el problema desde la noción de *enemigo*, sin embargo, no es la única noción desde la cuál se puede abordar. También, como en el caso del Derecho de combate frontal, las personas a las que se combaten son revestidas de características menos extremas que las que se suelen derivar de la noción de *enemigo*⁴⁷.

Myrna Villegas define al enemigo de la siguiente manera: “[...] El enemigo son todos aquellos [individuos] que dificultan la hegemonía en el proceso de acumulación de riqueza y, por esta razón deben ser neutralizados o eliminados, para lo cual se cuenta con un derecho penal “especial” que asocia a los delitos graves que merecen penas privativas de libertad, una flexibilización de los principios de imputación básicos, y consecuentemente una suspensión o supresión de garantías⁴⁸”. Podemos deducir de esta definición que el fenómeno del enemigo en el derecho penal guarda estrecha relación con un régimen diferenciado que podemos encontrar en los sistemas penales de distintos Estados alrededor del mundo, los cuales establecen un *tratamiento especial* de orden penal contra individuos cuya conducta cumple ciertas características. Cabe hacer énfasis en esta idea de que el fenómeno del enemigo en el derecho penal consiste en un tratamiento jurídico y no un tratamiento de hecho, aunque pueda traer esto último aparejado. Pero la problemática con el tratamiento especial contra el enemigo consiste en que es posible encontrarlo en normas plenamente vigentes a día de hoy contenidas en leyes y reglamentos. Dentro de las normas que componen el derecho penal se encuentran solapadas estas normas que establecen el tratamiento diferenciado⁴⁹ que le corresponde a un enemigo. A raíz de esto, es posible aseverar que el

⁴⁶ Günther Jakobs, “*Derecho penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo*” en *Derecho penal del enemigo* (España: Editorial Aranzadi, 2006), p. 50.

⁴⁷ Donini. *Derecho penal de lucha*, p. 33.

⁴⁸ Myrna Villegas, *El otro como enemigo en el Derecho (penal). Especial referencia a la cuestión mapuche* en Isabel Cassigoli y Mario Sobarzo. *Biopolíticas del sur* (Santiago: Editorial ARCIS, 2010) p.399.

⁴⁹ Jakobs, *Derecho penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo*, p. 50.

tratamiento del enemigo está legalizado y no constituye un uso extralimitado de la ley por parte del poder punitivo. Precisamente es la ley la que permite un uso excesivo del poder punitivo, cuando este se dirige a combatir un enemigo. En resumen, el problema del enemigo en el derecho penal no es la práctica punitiva que de forma flagrante excede las reglas y los límites que se le imponen, el problema consiste en esas reglas que constituyen una práctica punitiva excesiva desde el punto de vista del espíritu garantista del derecho penal moderno.

Pese a lo expuesto en el párrafo anterior, consideramos que la definición que se pueda dar de enemigo como noción jurídicamente relevante, no puede ser genérica de tal manera que no sea posible distinguir entre un enemigo y un delincuente común. En relación con esto, existe una elaboración teórica bajo el nombre de *doctrina del derecho penal del enemigo*, que consiste en un intento por describir, explicar y, hasta cierto punto, legitimar el tratamiento especial del que hablamos. Esta elaboración podemos encontrarla principalmente en la obra del jurista Günther Jakobs y es del todo pertinente exponer de forma sucinta el razonamiento que postula en ella, como haremos a continuación.

Primeramente, Jakobs distingue entre la función del derecho penal del ciudadano y la función del derecho penal del enemigo, que serían los dos polos u orientaciones que siguen en general los sistemas penales del mundo. En el primer polo mencionado, la función es la imposición de penas frente a hechos que constituyen contravención de una norma penal. El derecho presume que este hecho es perpetrado por una persona racional que actuó libremente y que esta racionalidad da una cierta garantía de que la persona podría llegar a reconocer la legitimidad del ordenamiento jurídico que quebrantó con su acto punible. Además, su acción quebranta una norma o un conjunto de normas determinadas. Ante esta contravención, la imposición de la sanción penal es suficiente para reafirmar la legitimidad del ordenamiento jurídico⁵⁰. Es por esto último que Jakobs define la pena como “contradicción” en el derecho penal del ciudadano, pues su función es *contradecir* un hecho que quebranta el ordenamiento jurídico y, de esta forma,

⁵⁰ Jakobs, *Derecho penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo*, p. 23-24.

reafirmar su vigencia. Dado esto, en el derecho penal del ciudadano la relación entre el individuo infractor y el poder punitivo es una relación propiamente de derecho en la que aunque medie la coacción, ésta está debidamente limitada por la operación de las garantías y los derechos que le corresponden al acusado.

En cambio, el polo contrario (el derecho penal del enemigo) es establecido para eliminar el peligro que un enemigo representa para la sociedad, no para imponerle una pena a un delincuente y así contradecir su hecho punible. Aquí, a diferencia del derecho penal del ciudadano, la relación entre el poder punitivo y el infractor es la pura coacción cuyo procedimiento es una medida físicamente efectiva⁵¹. Esta diferencia entre ambas funciones tiene varios alcances. Ante todo, a diferencia del infractor común que contraviene una norma particular, la infracción del enemigo implica un rechazo global y generalizado contra el ordenamiento jurídico, el Estado y las instituciones tanto jurídicas como sociales⁵². Según la línea teórica que estamos revisando, no es lo mismo infringir una norma penalmente relevante, que agredir de forma directa a la organización jurídica de una sociedad.

La diferencia entre el impacto de la contravención de un infractor común y un enemigo es consecuencia de las características propias de la conducta de cada uno. El infractor común infringe una norma particular y, como mencionamos más arriba, puede reconocer a su acto como una infracción del ordenamiento jurídico. Por consiguiente, también puede reconocer la legitimidad de la pena que se le impone por él. En contraste, la conducta de un enemigo está caracterizada por la reincidencia, la habitualidad e incluso la profesionalidad con que contraviene el ordenamiento jurídico. Según esto último, un enemigo es aquel individuo que no cesa en quebrantar el ordenamiento jurídico. Su conducta infractora es parte de una práctica rutinaria y podría hasta llegar a obtener rédito económico a causa de su comportamiento antijurídico. Entonces, a diferencia de un delincuente común, un enemigo es incapaz de darle garantías a la sociedad de que, pese a sus infracciones constantes, podría llegar a reconocer al ordenamiento jurídico que contraviene. En

⁵¹ Jakobs, *Derecho penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo*, p. 26.

⁵² Jakobs, *Derecho penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo*, p. 25.

otras palabras, la conducta del enemigo merece un tratamiento especial porque agrede la seguridad cognitiva necesaria para que una sociedad funcione con normalidad⁵³.

El problema que surge de la conducta de un enemigo trasciende a los bienes jurídicos determinados o las normas que en particular pudiesen haberse visto afectados por ella. El problema real es que la conducta de un enemigo pone en peligro la vigencia o incluso la propia existencia del ordenamiento jurídico, ante lo cual solo cabe eliminar la amenaza que representa prescindiendo de las herramientas que corresponderían a la gestión de conflictos que surgen dentro del marco del derecho penal del ciudadano.

Esta primera distinción entre las funciones de los dos polos del ordenamiento jurídico-penal se basa en una diferencia fundamental entre el delincuente común y el enemigo, que pudimos adelantar más arriba. Cabe mencionar que establecer y analizar esta diferencia es esencial para comprender el fenómeno del enemigo en el derecho penal. Ella es presentada por Jakobs desde dos perspectivas: una perspectiva filosófico-política y otra perspectiva cognitiva.

Desde el punto de vista filosófico-político, recoge planteamientos vertidos por filósofos contractualistas clásicos que se pronunciaron sobre la diferencia mencionada. En opinión de Rousseau y de Fichte no hay diferencia entre el delincuente y el enemigo, pues toda contravención a las normas importaría necesariamente oponerse al contrato social y perder los beneficios que él otorga. Respecto de esta opinión, Jakobs critica la forma abstracta en que consideran la infracción a la norma (toda infracción sería igual de relevante para el contrato social), pero rescata la idea de que un individuo podría llegar a perder la ciudadanía o la personalidad mediante un acto lo suficientemente relevante para estos efectos. Para fundamentar la diferencia entre un delincuente común y un enemigo, apela a la opinión común que deduce del pensamiento de Hobbes y el de Kant. Según esta opinión común no basta con delinquir para que un individuo pueda ser considerado

⁵³ Jakobs, *Derecho penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo*, p. 49.

como enemigo. Para ello, su conducta ha de ser tal que lo *pone fuera* del contrato social o, en otras palabras, lo *devuelve* al estado de naturaleza. Hobbes indica como ejemplo al rebelde, y Kant a “aquellos que no se dejan obligar”⁵⁴.

Esta idea según la cual habría individuos cuya conducta los pone fuera del contrato social es la que le interesa a Jakobs como fundamento filosófico del derecho penal del enemigo, pues, en consonancia con ella, hay razones legítimas para plantear que un individuo puede ser excluido de los beneficios correspondientes a la ciudadanía o a la personalidad jurídica, que es lo mismo que plantear, en una terminología actualizada, que la consecuencia de haber salido del contrato social y haber vuelto al estado de naturaleza es perder todo vínculo con la sociedad civil. Es más, no sería distinto a plantear que la conducta de un enemigo lo convierte en un extranjero y como tal - como persona ajena a una sociedad civil en particular - sus agresiones serían equivalentes, al menos en la teoría, a las agresiones de un ejército enemigo. En consecuencia, la conclusión de Jakobs es la siguiente: “Un individuo que no admite entrar en un estado de ciudadanía no puede participar de los beneficios del concepto de persona”⁵⁵.

Antes de continuar con el razonamiento Jakobs, estableceremos un contrapunto respecto de la relevancia que asume la idea de la pérdida de la ciudadanía, pues como expusimos anteriormente, la distinción fundamental de dicho razonamiento consiste precisamente en hacer una diferencia entre la esfera de la ciudadanía y la esfera de los enemigos de la sociedad, para establecer qué derecho penal le corresponde a cada esfera.

Desde el punto de vista cognitivo, Jakobs plantea que aquellos individuos cuya conducta es intrínsecamente desviada, no ofrecen la seguridad cognitiva necesaria para el funcionamiento normal de la sociedad, lo que sería fundamento suficiente como para que sea tratado de manera diferenciada. Para dar con esta conclusión, hace un alcance necesario respecto de la noción de *vigencia de la norma*⁵⁶.

⁵⁴ Jakobs, *Derecho penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo*, p. 31.

⁵⁵ Jakobs, *Derecho penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo*, p. 41.

⁵⁶ Jakobs, *Derecho penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo*, pp. 37-38.

Un ordenamiento jurídico, para regir o, si se quiere, para ser real, debe determinar a grandes rasgos a la sociedad. En eso consiste su vigencia. La vigencia de una norma no depende únicamente del cumplimiento de ritualidades y trámites republicanos para ser incorporada al ordenamiento jurídico. Esta sería solo la dimensión formal de un tipo de norma específico: la ley. Una norma social prescinde absolutamente de esta dimensión y, sin embargo, podría aún mantener su vigencia, porque esta vigencia consiste en su capacidad de determinar de forma considerable la conducta de los individuos en una sociedad, no de un reconocimiento meramente formal. Y cuando las normas son vigentes, es esperable que los ciudadanos rijan su conducta por lo que ellas mandatan, lo que solo puede mostrar el que exista una corroboración cognitiva por parte de los ciudadanos respecto de ellas. Esta corroboración cognitiva es la que produce la ya mencionada seguridad cognitiva de la sociedad. La corroboración cognitiva aparejada al acatamiento de una norma produce que los ciudadanos tengan cierta seguridad de que se cumplen las normas básicas de una sociedad.

Entonces, el problema con la conducta del enemigo - consistente en apartarse de manera duradera y decidida del ordenamiento jurídico - es la incapacidad de mostrar reconocimiento de las normas penales, lo que implicaría vulnerar la seguridad cognitiva en que las normas se cumplan. La relevancia del actuar del enemigo proviene menos de infringir reiteradas veces una norma específica, que de poner en peligro la vigencia del conjunto de las normas sociales. Es por esto que la punibilidad que corresponde al enemigo, no buscar reparar un daño producido por hechos pasados, sino asegurar la integridad del ordenamiento jurídico frente a hechos futuros que afectarían su vigencia⁵⁷.

El ponerse fuera del ordenamiento jurídico y el ser incapaz de dar la seguridad cognitiva necesaria para el correcto funcionamiento de la sociedad serían razones suficientes para que el o los individuos o cuyas conductas conllevan estas dos características reciban un tratamiento especial por parte del poder punitivo. En el

⁵⁷ Jakobs, *Derecho penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo*, p. 49.

argumento de Jakobs, este tratamiento especial es el tratamiento correspondiente al derecho penal del enemigo.

1.4. Características jurídico-penales del nuevo Derecho Penal

El esbozo teórico propuesto en el apartado anterior, so pena de sonar convincente no da muchas luces de cómo identificamos debidamente a un enemigo y como la distinguimos de la conducta delictual común. La conducta del enemigo que consiste en una conducta antijurídica reiterada, habitual, profesional y que no ofrece ningún tipo de seguridad cognitiva a la sociedad la podemos ver en muchas formas expresiones de la sociedad. Bajo esta caracterización tan enemigo puede ser un activista social, un narcotraficante, un terrorista e incluso los jóvenes desempleados, de los que no sabe qué esperarse. Y proponer que los enemigos han de estar hasta cierto punto organizados, tampoco permite salvar esta vaguedad intrínseca del concepto. En el fondo, el concepto de enemigo podrá siempre circunscribir a aquellos individuos cuya conducta contradiga el orden social, incluso cuándo ella no importe una conducta delictiva a la luz de algún tipo penal vigente del ordenamiento jurídico⁵⁸. Quizá esto explique por qué, como veremos en el apartado siguiente, la legislación concreta correspondiente al derecho penal del enemigo está muy influenciada por la contingencia que busca regular.

Lo que si puede esclarecerse con mayor detalle son las características propias del derecho penal establecido para combatirlo. Los regímenes jurídico-penales que se orientan en torno a la noción de enemigo suelen mostrar los siguientes elementos⁵⁹:

- a) Perspectiva prospectiva de la punición
- b) Desproporción de las penas previstas para los delitos que disponen
- c) Relativización o supresión de garantías procesales
- d) Imputación jurídica conforme a criterios que se independizan de la causalidad:

⁵⁸ Villegas, *El otro como enemigo en el Derecho (penal)*, p. 409.

⁵⁹ Zaffaroni, *El enemigo en el derecho penal*, p. 8; Cancio, *¿"Derecho" penal del enemigo?*, p. 111; y Villegas, *El otro como enemigo en el Derecho (penal)*, p. 399-403.

- e) Acentuación de la omisión en desmedro de la acción como acto que produce el resultado delictivo
- f) Construcción del dolo sobre la base del simple conocimiento lo que aumenta su campo de aplicación
- g) Pérdida de contenido material del bien jurídico
- h) Formulación vaga y farragosa de los tipos penales

Esta lista de elementos no pretende ser ni copulativa, ni taxativa, ni tampoco exhaustiva. Lo que se busca con mostrar estos elementos de la legislación penal contra el enemigo es como en su propia estructura encontramos modificaciones de gran envergadura a la base de la estructura del derecho penal clásico. Prácticamente todos los principios generales se ven contradichos por los elementos que son propios de la legislación del enemigo en el derecho penal.

El fenómeno jurídico del enemigo en el derecho penal ha sido un tópico de discusión poco amplio y, en general, toda la discusión ha girado en torno a la doctrina del derecho penal del enemigo propuesta por Jakobs. Sin embargo, la cuestión puede ampliarse si se da una cierta perspectiva histórica al problema, tal como haremos en el siguiente apartado.

1.4. Perspectivas críticas en torno al fenómeno de la expansión del Derecho Penal

La legislación penal de emergencia se caracteriza por: a) fundarse en un hecho nuevo o extraordinario; b) la existencia de un reclamo de la opinión pública a su dirigencia para la solución al problema causado por el hecho nuevo; c) la sanción de una legislación penal con reglas diferentes a las tradicionales del Derecho Penal liberal; d) los efectos de esa legislación para el caso concreto sancionada en tiempo veloz, únicamente proporcionan a la sociedad una sensación de solución sin disminuir efectivamente el problema, dando nacimiento a un Derecho penal simbólico⁶⁰

⁶⁰ Eugenio Zaffaroni. *La creciente legislación penal y los discursos de emergencia. Teorías actuales en el derecho penal* (Argentina: Editorial AD HOC, argentina, 1997).

El presente capítulo ofrecerá críticas desde múltiples perspectivas. Como es de suponer, la perspectiva filosófica ofrece un espectro muy amplio de reflexiones desde las cuales pensar las problemáticas que surgen en torno a la noción de enemigo en el derecho penal. Para acotar este espectro, ofreceremos aquellas que a nuestro juicio resulten más relevantes para abordar el problema que nos atañe.

En primer lugar, un tratamiento especial para combatir un enemigo supone como base una dicotomía fundamental entre naturaleza y sociedad. Lo *dado* naturalmente, como las leyes universales que rigen al universo o la cantidad total de masa que encontramos en él, es conceptual y ontológicamente distinto de lo *puesto* socialmente, como los códigos penales o el huso horario que determina la hora en cada región geográfica del mundo. Según esto, lo propiamente social tiene como “otro lado”, completamente opuesto, una realidad en la que ningún tipo de reglamentación ni social, ni jurídica es necesaria, válida o reconocida – por ejemplo, no hay un ordenamiento jurídico vigente. En esta realidad natural, los humanos solo siguen aquellas reglas naturales que rigen su conducta⁶¹, mas no las reglas sociales puestas por los humanos que si se encuentran en una sociedad civil. En esto consiste precisamente la diferencia de los filósofos contractualistas clásicos entre “estado civil” y “estado de naturaleza”. Dicha diferencia conduce al mismo tiempo a una distinción más gravosa aún entre humanos y personas. Si bien todas las personas son humanos, no todos los humanos son personas. Personas son aquellos que han salido del estado de naturaleza y han transitado hacia el estado civil. Las personas tienen derechos, los humanos fuera del estado de naturaleza, no.

Respecto de este punto, desde una perspectiva filosófica contemporánea podría argumentarse que en realidad es impropio establecer una diferencia entre humano (el individuo humano en la naturaleza o considerado de forma natural) y

⁶¹ Sobre estas reglas de la conducta, es notable constatar que dentro de los filósofos clásicos siempre hubo un disenso importante acerca de sus características. Mientras Hume y Grocio defendieron un humano naturalmente sociable y dado a la convivencia, Maquiavelo y Hobbes postularon un humano naturalmente agresivo, del cual solo puede esperarse lo peor de no ser controlado por un poder superior.

persona (el individuo humano en la sociedad). Un individuo no puede disociado de su sociedad. Con esta, él tiene un vínculo íntimo constituido por una cultura, una cosmovisión, un lenguaje, una práctica social y muchas otras características que llevará con él siempre. Se podría decir que en realidad ese “fuera” de la sociedad en que se pondría un enemigo es una pura ilusión. La propia concepción de naturaleza humana corresponde también a una concepción socialmente determinada de individuo humano. Es más, este es el espíritu de las declaraciones de los derechos humanos: A todo individuo humano la sociedad ha de respetarle derechos que son fundamentales por el solo hecho de ser humano.

Otro rasgo propio de la noción de enemigo en el derecho penal que podemos poner en tela de juicio dice relación con el espíritu totalitario que encierra su admisión. Soterrado bajo las buenas intenciones que pudiese aparentar o declarar el establecimiento de legislación penal contra el enemigo, opera una intención de homogeneizar la sociedad y, por consiguiente, de que los individuos que la componen se hagan cada vez más predecibles para los gobernantes. Por eso es comprensible que una de las razones que entrega Jakobs para justificar la existencia de un derecho penal del enemigo verse sobre la amenaza que estos generan contra la seguridad cognitiva. En el fondo, el problema de la sociedad con el enemigo es que no sabemos qué podemos esperar de él. Respecto del delincuente común, cuya intención delictiva es particular y local y, por tanto, es esperable que, más allá de su conducta antijurídica singular, él pueda recobrar la conducta propia de un ciudadano. Con el enemigo, esta esperanza es fútil, pues su conducta antijurídica está caracterizada por la reincidencia y la habitualidad. El problema que produce el enemigo consiste en vulnerar la predictibilidad de la conducta humana.

Cabe preguntarse entonces ¿es necesario resguardar la predictibilidad humana mediante instituciones especiales del derecho penal? ¿No se supone que las sanciones del derecho penal están previstas para individuos humanos que actúan de forma autónoma? Como se puede intuir, este ánimo homogeneizador del derecho penal del enemigo muestra cómo, en los últimos años, la propia doctrina

jurídica sintomatiza una clara deriva autoritaria de la sociedad contemporánea, que implica un desvío de los principios básicos de la modernidad. La deriva de la sociedad contemporánea muestra una intolerancia con la diferencia y una desconfianza con la libertad de ciertos individuos.

Desde una perspectiva histórica, podemos identificar como el nuevo Derecho Penal presenta características propias de los sistemas penales tradicionales, especialmente del período medieval, aunque también del Derecho Penal romano. A este respecto, hay que resaltar que, al igual que el Derecho Penal europeo medieval, las reglas del nuevo Derecho Penal están pensadas en miramientos a la persona a la que se busca imputar un cierto delito. Por esto es necesaria, en la teoría de Jakobs, una distinción entre individuos, la cuál si bien no está hecha sobre cuestiones estamentales, bien podrían recaer en aspectos de otro tipo en los cuáles la discriminación social tendría cabida como criterio.

También cabe destacar que tanto en el Derecho grecolatino, como en el Derecho medieval, se manifiesta la necesidad de imponer penas por cuestiones ajenas a la retribución o el resarcimiento del daño. Igualmente, en el nuevo Derecho Penal, como Hassemer postula, el fin de la imposición de la pena considera cada vez menos el principio clásico de lesividad, para pasar a un modelo de pedagogía social. La pena ahora se impondrá en miras de dejar un mensaje a la sociedad, no de reparar el daño producido por un sujeto. Este nuevo objetivo no dista en lo absoluto del sistema de penas de amedrentamiento característico del período griego, por dar solo un ejemplo.

Desde la perspectiva jurídica hay que iniciar con lo más elemental: el derecho penal del enemigo contradice de forma directa los fundamentos desde los que se yergue el derecho penal en general, a tal punto de que se ha llegado a argumentar que este tratamiento diferenciado conllevaría un cambio estructural de orientación de los sistemas penales⁶². Esta es la consecuencia jurídica más relevante. Prácticamente todos los principios generales del derecho penal moderno se ven vulnerados de

⁶² Cancio. *¿"Derecho" penal del enemigo?*, p. 88.

forma directa por este tipo de legislación penal. Por ejemplo, respecto del principio de lesividad según el cual solo es legítimo imponer una pena contra alguien que afecte directamente un bien jurídico determinado, contra un enemigo se dispone una penalidad que sanciona actos preparatorios de un hecho delictivo.

Según los principios del derecho penal moderno, alguien no merece una pena de cárcel si confecciona una bomba, pero no la coloca en ningún lado o no la detona para dañar a personas. Incluso si este era su objetivo, quizá en el camino reflexiona y reniega de su idea inicial, contra él no cabe imponer una sanción penal. Pero en el derecho penal dispuesto contra el enemigo, el solo hecho de confeccionar la bomba es un hecho penalmente tan relevante como detonarla en algún lugar recurrido por el público y, como tal, su hechor, considerado como enemigo, merece la misma pena en ambos casos, incluso cuando nadie ha salido herido.

Así podríamos reflexionar sobre cada principio general del derecho penal moderno liberal y garantista y encontraríamos una contradicción directa por parte del derecho penal del enemigo. En este sentido, es importante considerar que varios pensadores, como Cancio Meliá, argumenten que este tratamiento especial establecido por los sistemas penales simplemente no constituye de forma efectiva un derecho penal. Es decir, el propio concepto de derecho penal del enemigo encierra una contradicción⁶³. Esta contravención a los principios generales muestra hasta qué punto la legislación penal contra el enemigo implica un rediseño completo del ordenamiento jurídico-penal desde sus propios fundamentos.

Como vimos más arriba, Jakobs afirma que un individuo puede perder su condición de persona cuando contraviene reiteradamente las normas penales. Según Antonio García, el error subyacente a este razonamiento consta de comparar “la ineficacia normativa con la desobediencia subjetiva”, es decir, se sostiene que la *personalidad jurídica* está condicionada por la forma que actúan los sujetos a los que le corresponde la categoría, con lo que la personalidad deja de ser una adscripción

⁶³ Cancio. ¿“Derecho” penal del enemigo?, p. 89.

genérica que el derecho les otorga a todos los seres humanos⁶⁴. El derecho no haría de todo individuo humano una persona, sino solo a aquellos individuos que se comportan de tal manera que no puedan ser considerados enemigos. La noción de enemigo agregaría un supuesto adicional a la condición de persona. Además del elemento normativo que consiste en ser sujeto de imputación de derechos y obligaciones por parte de un ordenamiento jurídico, se agrega un elemento subjetivo que consiste en una determinada conducta sumisa frente a estas obligaciones.

En el argumento de Jakobs, los individuos que no satisfagan el elemento subjetivo de adhesión sumisa a las normas mediante una conducta pasiva, simplemente no serían personas. Pero, por otro lado, uno de los principios fundamentales del derecho moderno en general, ni siquiera considerándolo desde su perspectiva meramente penal, versa que todos los individuos humanos, solo por el hecho de serlo, son titulares de derechos. En los principios clásicos del derecho, la personalidad y los derechos aparejados a esta no están – o, si se quiere, no debieran estar – sujetas a condiciones. Por esta razón es que Zaffaroni opina que el trato diferenciado contra el enemigo implica una contradicción entre la doctrina penal y la teoría política del Estado constitucional de derecho.

El tratamiento contra el enemigo implica a abandonar de forma explícita y formal el principio del estado de derecho, según el cual todos los individuos humanos son titulares de derecho y pasar a un Estado absoluto, en donde los derechos de los individuos pueden ser relativizados a discreción de la clase dominante⁶⁵. En otras palabras, considerar a ciertos individuos como enemigos solo es compatible con el modelo propio de un Estado totalitario⁶⁶. Este cambio de modelo constituye la perspectiva subyacente al rediseño del derecho penal que implica la legislación dispuesta para combatir al enemigo. Incluso el mismo Jakobs admite que la noción de “derecho” en el concepto del derecho penal del enemigo es distinguible de la noción de derecho en el derecho penal general, pues en el primero el derecho

⁶⁴ Juan Antonio García. *“El obediente, el enemigo, el derecho penal y Jakobs”* en Nuevo Foro Penal n°69, 2006, p. 103.

⁶⁵ Zaffaroni, *El enemigo en el derecho penal*, p. 2.

⁶⁶ Zaffaroni, *El enemigo en el derecho penal*, p. 6.

consiste en “el derecho que el estado tiene a procurarse seguridad frente a individuos que reinciden persistentemente en la comisión de delitos⁶⁷ [...]”, cuestión impropia al espíritu garantista del derecho penal moderno.

⁶⁷ Jakobs, *Derecho penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo*, p. 33.

Capítulo II: Modificación a las reglas generales de participación delictiva en la ley de seguridad interior del Estado

Lo que atañe al presente capítulo es la modificación concreta que la LSE hace sobre las reglas generales de participación delictiva. Luego de presentar la norma relacionada con el tema del capítulo, se expondrá un análisis que tendrá por objeto la compatibilidad y la pertinencia de esta modificación respecto de las normas generales de participación delictiva y los principios generales del Derecho Penal.

En lo tocante a las reglas de participación delictiva, el artículo 24 de la LSE establece lo siguiente: “Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 16 del Código Penal, se reputará cómplice de los delitos previstos en esta ley, todo funcionario o empleado público del orden militar, de Carabineros, Gendarmería o Policías, y todo individuo que estando, como los anteriores, obligado a hacerlo, no denunciare a la autoridad correspondiente los delitos previstos en esta ley”.

Es posible sintetizar la norma del artículo 24 en la forma del siguiente enunciado: *Se reputará cómplice a todo individuo que, estando obligado a hacerlo, no denuncie a la autoridad correspondiente los delitos previstos en la LSE.* Es posible deducir de lo dispuesto que, en los casos en que se imputen los delitos correspondientes a la LSE, la figura de participación a modo de complicidad resultará penalmente aplicable cuando, en los hechos, se verifique que la conducta de un individuo se corresponda con la *infracción al deber de denuncia*, tipo penal dispuesto en los artículos 175 y siguientes del CPP.

Para entregar los elementos de juicio que se estiman necesarios en aras de comprender el análisis presentado al final del presente capítulo, se considera relevante exponer los aspectos más generales de las normas que se entrecruzan en el artículo 24 de la LSE. Estas son: las reglas de participación delictiva (con especial énfasis en las normas correspondientes a la intervención a título de cómplice) y las normas que regulan la infracción al deber de denuncia.

2.1. Reglas generales de participación delictiva

Se denominan “reglas de participación delictiva” a aquellas normas establecidas en la *parte general* del CP que extienden la penalidad a acciones que no son propias de los autores de un delito⁶⁸. Con éstas, se amplía el espectro de formas de intervención en un delito. Al mismo tiempo, son normas que, en vez de cobrar relevancia ante figuras delictuales en las cuales “la acción típica supone actos de ejecución por parte de más de una persona⁶⁹”, resultan aplicables respecto de la gran mayoría de los delitos dispuestos en el CP y las leyes especiales, siempre que en su ejecución concurren más de una persona. De lo anterior se puede deducir que no todas las maneras de intervención de múltiples sujetos en un hecho punible resultan imputables en base las reglas de participación delictiva⁷⁰. En los casos de tipos plurisubjetivos, o en casos de autoría paralela en que los autores no se hubieren concertado para la ejecución del delito, la intervención múltiple de personas recibe una regulación normativa independiente de las reglas de participación.

Para las acciones de participación, el CP, en los artículos 14 y siguientes, utiliza la denominación de *autores, cómplices y encubridores*. Pese a esto, en general la doctrina reconoce como intervenciones a modo de partícipes sólo aquellas que consisten en acciones de inducción o cooperación que contribuyen en algún modo relevante a la realización del hecho punible⁷¹, con lo que se desconsidera el encubrimiento como figura de participación propiamente tal.

La punición de estas acciones accesorias a la conducta típica del autor, ha sido fundamentada desde tres puntos de vista⁷². El primero de ellos, denominado *teoría de la participación en la culpabilidad*, fundamenta el castigo del partícipe en la idea de que, con su actuar, guía al autor tanto hacia la culpabilidad como a la pena y, por

⁶⁸ Alfredo Etcheberry. *Derecho Penal Parte General, Tomo I*. (Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004), p. 73.

⁶⁹ Etcheberry, *Derecho Penal Parte General I*, p. 73.

⁷⁰ Fernando Velázquez. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*. (Santiago, Chile: Editorial Jurídica, 2011), p. 1035.

⁷¹ Enrique Cury. *Derecho Penal Parte General*. (Santiago, Chile: Ediciones UC, 2009), p. 583

⁷² Velázquez. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, pp. 1070-1071.

consiguiente, se requiere la culpabilidad del autor para poder predicar la participación.

El segundo punto de vista, que ha recibido el nombre de *teoría de la causación o del favorecimiento*, arguye que el partícipe genera o favorece, ya sea de forma material o intelectual, una situación típica y antijurídica, de lo que se sigue que la participación supone necesariamente un injusto doloso de otra persona, al mismo tiempo que reconoce el carácter personal de la culpabilidad de cada partícipe.

Un tercer punto de vista de la fundamentación de la punibilidad de la actuación del partícipe viene configurado por la *concepción funcionalista radical*, según la cuál, el partícipe, más allá del aspecto subjetivo de su actuación, lo que hace es defraudar una expectativa social, con lo que se puede prescindir de la concurrencia del dolo para que su punición sea legítima.

La participación en el delito es caracterizada doctrinariamente de manera negativa. Para ser castigado como partícipe es necesario que el sujeto no ejecute de forma directa el delito, puesto que, en caso contrario, su conducta no correspondería a la de un partícipe, sino propiamente a la de un autor⁷³.

Estas reglas, independientemente de disponer distintas formas en que una persona puede involucrarse en la comisión de un delito, se enmarcan en una serie de principios generales que, en buena medida, expresan su lógica y su sentido normativo. Para efectos del análisis que se expondrá más adelante, nos centraremos en dos: los principios de accesoriedad y de convergencia.

El *principio de accesoriedad* puede ser enunciado de forma variada. Por un lado, en su forma más fundamental, este principio consiste en que, para la aplicación de las reglas de participación delictiva se requiere que el hecho típico haya sido ejecutado por una persona distinta de los demás intervinientes. En este sentido, la primera característica de la intervención a modo de cómplice es que, dicha intervención, no consista en la intervención propia de un autor. Ya se hizo mención

⁷³ Velázquez. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, p. 1069.

de esta característica en un párrafo anterior. Por esto, el principio de accesoriedad constituye al concepto mismo de partícipe en el Derecho Penal; se es partícipe en el delito de otro porque, de ser propio el delito, entonces no se interviene en él como partícipe, sino como autor. En consonancia con el principio de accesoriedad es que se caracteriza la participación como una *forma subsidiaria* de intervención en el delito⁷⁴.

El segundo principio, especialmente relevante para efectos del presente trabajo, es el *principio de convergencia*, según el cuál que exista participación delictiva - relevante para efectos imponer legítimamente una pena - requiere de la existencia de un acuerdo o, al menos, una convergencia de voluntades entre partícipes y autores⁷⁵, aunque ninguna de estas dos formas de convergencia necesitan ser expresadas verbalmente o ser explicitadas con precisión⁷⁶. Todas las formas de participación delictiva requieren necesariamente la concurrencia de los presupuestos del dolo para ser aplicables. Por consiguiente, los partícipes, para ser considerados como tales, han de tener conocimiento y aceptar la realización de un hecho típico por parte del autor (De ahora en adelante, denominaremos esta exigencia como *requisito de actuación dolosa*). Con todo, la concurrencia del dolo se valora respecto de los actos propios del partícipe y, por esto mismo, la concurrencia mencionada debe apreciarse con independencia para cada interviniente⁷⁷.

Ahora bien, una cuestión que no muestra acuerdo en la doctrina, tiene que ver con la necesidad de aceptación de la colaboración por parte del autor del delito. Según Politoff, se suma al requisito de actuación dolosa, el que el autor conozca y acepte la colaboración prestada por el partícipe⁷⁸. Cury, por el contrario, considera que es innecesario que el autor acepte la colaboración o, incluso más allá, siquiera necesita estar enterado de que existe tal colaboración, según lo cual basta con que, en la

⁷⁴ Velázquez. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, p. 622.

⁷⁵ Sergio Politoff, Jean Matus y María Ramírez. *Lecciones de Derecho Penal chileno*. (Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004), pp. 425-426

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ Etcheberry, *Derecho Penal Parte General I*, p. 78.

⁷⁸ Politoff & otros, *Lecciones de Derecho Penal chileno*, p. 426.

práctica, el autor tome provecho de ella⁷⁹. Pese a lo expuesto anteriormente, para efectos aplicar las normas de participación delictiva, el estándar mínimo para verificar la concurrencia del dolo es el dolo eventual⁸⁰.

Hay cuatro efectos relevantes que se derivan del principio de convergencia. El primero consiste en que ante la ausencia de una convergencia o un acuerdo de voluntades respecto de la ejecución de un hecho punible que pueda presentar un caso particular, no es conducente la aplicación de las reglas de participación delictiva. Sólo se debería evaluar la imposición de penas ante la eventual responsabilidad individual que corresponda a cada interviniente. Un segundo efecto consiste en imposibilitar la punición de la participación en cuasidelitos. Un tercer efecto consiste en la restricción del castigo a la participación culposa en el hecho doloso de un tercero. Es más, en general, no hay participación en la actuación imprudente o culposa en un hecho ajeno⁸¹. Y, por último, el cuarto efecto que consiste en que el exceso del autor que constituya una desviación de lo acordado, no agrava la pena de los demás partícipes, es decir, los partícipes sólo responderán de lo acordado previamente con el autor, en caso de haber acuerdo.

En Chile, las formas de participación delictiva dispuestas en la legislación son:

I. La coautoría que, según lo que dispone el artículo 15 del CP, consiste en tomar parte en la ejecución del delito de forma directa o impidiendo que se evite; en forzar o inducir directamente a otro a ejecutarlo; o quiénes, concertados para la ejecución, facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho o lo presencian sin tomar parte inmediata en él.

II. La complicidad, figura de participación dispuesta en el artículo 16 que será desarrollada a cabalidad en el siguiente apartado; y

III. El encubrimiento, que involucra a aquellos que intervienen en el hecho punible, con posterioridad a su ejecución, en alguno de los modos previstos por el artículo 17 del CP.

⁷⁹ Cury, *Derecho Penal Parte General*, p. 629.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ Velázquez. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, p. 1069.

2.2. La participación delictiva a título de cómplice

Según la doctrina, hay al menos tres formas de participación criminal, contenidas en la legislación chilena, que consisten en complicidad. Sin embargo, la legislación considera propiamente como complicidad a solo una de ellas - la que dispone en el artículo 16 del CP - y, las dos formas restantes, por razones de política criminal, reciben el castigo correspondiente a los autores del delito⁸². Pese a lo anterior, hay una diferencia importante desde la perspectiva conceptual respecto de la complicidad establecida en el artículo 16 y las demás. En éstas, es requisito la existencia de un concierto previo a modo de acuerdo expreso de voluntades. En cambio, para la aplicación de la figura de complicidad del artículo 16 (en adelante, *complicidad simple*) basta con la mera convergencia en el dolo⁸³, es decir, no requiere de un acuerdo expreso entre los partícipes y el autor.

De todas maneras, el artículo 24 de la LSE hace referencia expresa a los cómplices, razón por la cuál centraremos el análisis en la forma de intervención señalada en el artículo 16, que dispone lo siguiente: “Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos”. Además de este concepto legal, la doctrina ha aportado una conceptualización que enfatiza el carácter doloso del actuar del cómplice⁸⁴, cuestión que no es considerada por el tenor literal del artículo 16. También, de dicho tenor literal se desprende el carácter residual de la forma de intervención a título de cómplice, ya que la conducta del cómplice está definida de manera negativa, en referencia a las formas de intervención reguladas por el artículo 15 del CP. Respecto de lo mismo, hay que agregar que existe un formidable acuerdo doctrinal en relación a la idea según la cual la extensión de la penalidad que corresponde a la figura de la complicidad es muy reducida⁸⁵.

⁸² Sergio Politoff & otros, *ob. cit.*, (2004), p. 431

⁸³ *Ídem*

⁸⁴ Velázquez. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, p. 1080.

⁸⁵ Etcheberry, *Derecho Penal Parte General I*, p. 99

La figura de complicidad ha sido caracterizada desde el punto de vista objetivo y desde el punto de vista subjetivo. Dada la forma escueta en que la ley define la complicidad, las características que se expondrán a continuación han de ser entendidas también como requisitos de aplicabilidad de la figura de complicidad, pues, son características propuestas por la doctrina no solo en miras de la definición legal de la figura, sino también en atención al sentido y los principios que forman las reglas de participación, los que ya fueron mencionados en el apartado anterior.

Desde el punto de vista subjetivo, la cooperación que aporta un cómplice debe consistir en una aportación dolosa⁸⁶. Dicho en otros términos, es requisito para la punición a modo de cómplice de un delito la actuación dolosa del interviniente. Este requisito tiene relación directa con el principio de convergencia que, como vimos, exige a la aplicación de las reglas de participación el requisito de actuación dolosa. En estricto rigor y como consecuencia de lo anterior, no existe la complicidad imprudente o culposa en un hecho doloso o en un hecho culposo⁸⁷.

Para la evaluación subjetiva de la figura de la complicidad se mantiene el estándar previsto en los aspectos generales de la participación. En consecuencia con esto, para verificar la concurrencia de dolo basta con la concurrencia de dolo eventual⁸⁸.

El elemento subjetivo de la complicidad está constituido por lo que en la doctrina alemana se denomina el *doble dolo*⁸⁹. Esto porque, en la participación a modo de cómplice, han de concurrir⁹⁰: a) Un dolo dirigido a la realización de la acción de cooperación ejecutada por el cómplice, lo que significa que el sujeto, para ser cómplice, debe conocer el carácter causal de su conducta en relación a la lesión del bien jurídico; y b) Un dolo dirigido, ya no a su propia actuación, sino directamente a la lesión del bien jurídico como resultado de la conducta del autor del hecho

⁸⁶ Cury, *Derecho Penal Parte General*, p. 628; Velázquez, *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, p. 1084.

⁸⁷ Velázquez, *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, p. 1084.

⁸⁸ Cury, *Derecho Penal Parte General*, p. 629.

⁸⁹ Gonzalo Bascur. *Consideraciones sobre la delimitación entre autoría y complicidad en el contexto del derecho penal chileno* en Revista de Estudios de la Justicia, n°23, 2015, p. 213.

⁹⁰ Velázquez. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, p. 1085.

principal, lo que implica que el cómplice, para ser castigado como tal, debe obrar con dolo de consumación.

Por otro lado, desde el punto de vista objetivo, la conducta del cómplice reviste múltiples características. En primer lugar y como se ha reiterado, la complicidad al ser una conducta correspondiente a una forma de participación delictiva, la cooperación del cómplice no puede consistir en una conducta correspondiente a la de un autor del delito.

En segundo lugar, la cooperación del cómplice puede consistir en acciones u omisiones⁹¹. La doctrina ha admitido la imputación de complicidad por omisión siempre que el cómplice revista el carácter de garante del bien jurídico afectado. En el último apartado del presente capítulo desarrollaremos la problemática en torno a la figura de la complicidad por omisión con más detalle.

En tercer lugar, el artículo 16 del CP establece que la colaboración debe prestarse mediante actos anteriores o simultáneos a la comisión del delito. Los actos futuros son actos que tienen su propia figura de participación - el encubrimiento - salvo los casos en que, previo a la ejecución del hecho punible, se haya prometido una participación futura, respecto de los cuáles se torna aplicable la figura de complicidad. En cuanto a los actos anteriores a modo de cooperación en el delito, estos pueden consistir en meros actos preparatorios siempre que sean aprovechados por el autor⁹², cuestión que se relaciona con el punto que se expondrá en el párrafo siguiente.

En cuarto lugar, la cooperación que ejecuta el cómplice debe ser *relevante*, en el sentido que esta sea efectivamente aprovechada por el autor del delito⁹³. Que la acción del cómplice deba ser relevante para efectos de su imputación, implica que, de alguna manera, la cooperación debe facilitar o hacer más expedita la ejecución

⁹¹ Etcheberry, *Derecho Penal Parte General I*, p. 99

⁹² Cury, *Derecho Penal Parte General*, p. 629.

⁹³ Cury, *Derecho Penal Parte General*, p. 628.

del hecho punible. Precisamente, es por esta característica que el acto de complicidad a menudo recibe el nombre de *auxilio*.

Ahora bien, en quinto lugar, pese a la característica de la relevancia penal, la cooperación no requiere ser una condición necesaria para la producción del hecho punible, lo que implica que, de no haber existido tal cooperación, el autor de igual forma podría haber cometido el delito⁹⁴. Es posible distinguir las dos últimas características de la figura de complicidad, porque el cuarto elemento (el carácter auxiliar de la cooperación) concierne al carácter de relevancia del vínculo generado entre la cooperación del cómplice y el hecho del autor, y el quinto elemento (el carácter de necesidad de la cooperación), tiene que ver con la relación de necesidad que caracteriza a dicho vínculo.

La cuestión concerniente al vínculo de necesidad propiamente tal entre la cooperación y el hecho punible se resume en la siguiente pregunta: ¿Debe haber relación de necesidad entre ambas acciones?

La doctrina en general ha respondido que sí, pero, según Velázquez, desde el punto de vista de criterios de imputación objetiva, basta con que la acción de complicidad cree o eleve un riesgo de afectación contra el bien jurídico protegido⁹⁵ para establecer un vínculo relevante en términos penales. Y tal riesgo se crea o se eleva cuando la actuación del cómplice favorezca o haga más expedita la ejecución del hecho punible, como se comentó previamente. Entonces, en línea con el razonamiento de Velázquez, la cooperación del cómplice no requiere ser condición necesaria del hecho punible, pero sí ha de aumentar el riesgo de que el hecho punible se consume.

Además, respecto del carácter de necesidad del vínculo entre la acción del actor y la acción del cómplice, es posible distinguir entre *complicidad primaria o necesaria* y *complicidad secundaria o no necesaria*⁹⁶. La complicidad es necesaria cuando la contribución objetiva resulta imprescindible para la ejecución del hecho punible, y

⁹⁴ Cury, *Derecho Penal Parte General*, p. 628.

⁹⁵ Velázquez. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, p. 1081.

⁹⁶ *Ibíd.*

es no necesaria, cuando el aporte que hace el cómplice no es imprescindible para la comisión del delito, es decir, el hecho punible se realizaría con la concurrencia de la cooperación del cómplice o sin ella. Lo importante de esta distinción estriba en que la complicidad se configura igualmente en ambos casos. No obstante, la distinción cobra relevancia también en términos jurisdiccionales. Para el caso en particular, el juez ha de tomar en consideración el carácter de la cooperación para efectos de atenuar o agravar la sanción que se impondrá al cómplice⁹⁷.

Entonces, considerando lo expuesto en relación a las dos últimas características presentadas, se desprende que, si bien la cooperación no ha de ser una causa o condición necesaria para la comisión del delito, de igual manera, el autor ha de aprovecharla para cometer el delito. El involucramiento del cómplice viene dado por este aprovechamiento, más no porque podría ser considerado como imprescindible.

Por último, el auxilio prestado por el cómplice no necesita ser material, puede consistir en un aporte intelectual o incluso moral el que se proporciona⁹⁸ para que se configuren los presupuestos de la figura de participación criminal. Por ejemplo, quién aportó indicios a un homicida sobre la posición de su víctima, resulta cómplice del delito de homicidio. Vemos que, en el ejemplo, el partícipe no aportó con la entrega de un arma o con la proporción de un medio de transporte en favor del homicida hacia el lugar en que se comete el delito, en cambio, su actuación a título de cómplice consistió únicamente en aportar información de la cual se ha servido el autor del delito para cometerlo. Dicha actuación, pese a no ser un aporte material, basta para la punición del sujeto a modo de cómplice del delito.

Expuestas las reglas de participación delictiva y, específicamente las de participación a modo de cómplice, en lo que sigue se detalla en qué consiste la infracción al deber de denuncia.

2.3. La infracción al deber de denuncia

⁹⁷ Velázquez. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, p. 1082.

⁹⁸ Etcheberry, *Derecho Penal Parte General I*, p. 100.

La denuncia tiene por objeto poner en conocimiento de la autoridad competente conductas que a juicio del denunciante ameritan la activación del aparato persecutorio⁹⁹. El artículo 173 del CPP establece que cualquier persona, *de forma voluntaria*, podrá comunicar directamente al Ministerio Público el conocimiento que tuviere de la comisión de un hecho que pueda revestir caracteres de delito. Además, la denuncia podrá ser formulada ante cualquier tribunal con competencia criminal, ante los funcionarios de Carabineros o de la Policía de Investigaciones, y también, ante funcionarios de Gendarmería, cuando se trate de delitos cometidos al interior de recintos penitenciarios.

En relación con la forma y contenido de la denuncia, esta podrá realizarse por escrito o de manera verbal, debiendo contener, en la medida de lo posible, la individualización del denunciante, el detalle del hecho denunciado, la individualización del o los denunciados, la individualización de los posibles testigos y todo otro antecedente que pueda informar la persona que denuncia, para contribuir a la investigación futura.

Como se estableció en un comienzo, la denuncia por regla general es voluntaria, sin embargo la ley ha establecido casos en que denunciar la ejecución de un delito es obligatorio. En aquellas normas en que así lo hace, el deber de denunciar se impone en miras de la investidura del sujeto obligado porque el legislador consideró que dichos sujetos se encuentran en una posición especial, en virtud de la cual deben comunicar la comisión de los delitos sobre los que tomen conocimiento en el ejercicio de sus funciones. El sujeto obligado a denunciar, que no lo hiciere, infringe el deber de denuncia según lo que dispone el inciso primero del artículo 177 del CPP, el cual establece lo siguiente: “Incumplimiento de la obligación de denunciar. Las personas indicadas en el artículo 175 que omitieren hacer la denuncia que en él se prescribe incurrirán en la pena prevista en el artículo 494 del Código Penal, o en la señalada en disposiciones especiales, en lo que correspondiere.”

⁹⁹ Cámara de Diputados. Boletín N°11381-07.

Del artículo 177 se deduce que, como la infracción al deber de denuncia no tiene asignada una pena privativa o restrictiva de libertad, sólo configura una falta.

El artículo 176 del CPP establece el plazo para realizar la denuncia obligatoria, el cuál es de un máximo de 24 horas contadas desde que se toma conocimiento de la comisión del ilícito, con la excepción del caso de los capitanes de nave o aeronaves, cuyo plazo comenzará a regir una vez que hayan arribado a un puerto o un aeropuerto del territorio nacional¹⁰⁰.

La infracción al deber de denuncia tipifica una conducta propiamente omisiva y, en consecuencia, tiene sentido que el CPP denomine como “incumplimiento” a la infracción correspondiente. Sin embargo, la ley no entrega los elementos suficientes para conocer el alcance que constituye al deber de denuncia, cuestión que es de especial importancia para el problema presentado en el capítulo actual. La pregunta es ¿qué condiciones fácticas y/o subjetivas han de verse satisfechas para que el sujeto obligado sea legítimamente sancionado por una infracción al deber de denuncia?

De lo dispuesto por el artículo 176 del CPP, se deduce que la condición que ha de dar inicio al plazo para cumplir con el deber de denuncia, es el *tomar conocimiento del hecho criminal respectivo*. Ahora bien, tomar conocimiento es una expresión bastante genérica y, sin duda requiere de una cierta desambiguación. Para esto, la jurisprudencia propiamente judicial no ha entregado criterios para reconocer cuándo, un cierto individuo, toma o no conocimiento de un delito. No obstante, sí lo ha hecho la jurisprudencia administrativa en los casos en que la Contraloría General de la República se ha enfrentado a situaciones problemáticas en torno al mismo punto. El órgano contralor, sostuvo que el funcionario que tome conocimiento de una conducta que, en una primera instancia, reviste caracteres delictivos, debe ponderar si, en virtud de los antecedentes que tiene a su alcance, puede adquirir el grado de convicción necesario para dar por establecida la efectividad de la conducta, como conducta delictiva, y así poder efectuar la denuncia a la autoridad

¹⁰⁰ Cámara de Diputados. Boletín N°11381-07.

competente¹⁰¹. Por consiguiente, según las decisiones de la Contraloría General de la República, la toma de conocimiento que da lugar al deber de denuncia establecido en los artículos 175 y siguientes del CPP, ha de ser suficiente para que la persona tenga un discernimiento, casi indubitado, de que el hecho haya ocurrido y que, además, revista caracteres de delito.

El criterio mencionado, si bien no delimita de forma clara o absoluta la hipótesis de toma de conocimiento, sirve para descartar ciertas situaciones que podrían, en un sentido lato del concepto, constituir toma de conocimiento sobre hechos delictivos. Por ejemplo, un funcionario público que se ha enterado, mediante rumores de otros compañeros, que uno de sus colegas hurta especies del lugar de trabajo compartido por ambos, no adquiere la convicción suficiente para considerarlo como un sujeto que tomó conocimiento efectivo de un hecho que reviste caracteres de delito. En buenas cuentas, no es posible considerar que alguien adquiere un grado casi indubitado de conocimiento sobre un hecho, cuándo este conocimiento proviene de meros rumores. Situación diferente es la del funcionario que sorprende directamente al colega hurtando las especies del lugar de trabajo, caso en el cual, la toma de conocimiento se hace plenamente efectiva. Entonces, haciendo uso del criterio que aporta la Contraloría General de la República, se pueden descartar todas las situaciones en que, el individuo obligado a denunciar no haya tomado conocimiento del hecho punible de forma directa, es decir, presenciándolo, o de forma indirecta, mediante pruebas¹⁰² que le otorguen un grado de convicción casi indubitado respecto del hecho.

El tipo delictivo correspondiente a la infracción del deber de denuncia, está compuesto por un sujeto activo especial, según lo cual, sólo puede ser cometido por determinadas personas. En concreto, aquellas mencionadas por el artículo 175 del CPP, el cual obliga a denunciar los delitos a: Miembros de instituciones policiales;

¹⁰¹ Contraloría General de la República. Dictamen n°28.833 de 2016; y Contraloría General de la República. Dictamen n°481 de 2018.

¹⁰² La expresión *pruebas*, en esta oración, no es utilizada en su sentido jurídico. Se habla de pruebas en un sentido coloquial refiriéndose a registro audiovisuales, visuales, auditivos que pudieren llegar a conocimiento del individuo obligado a denunciar.

miembros de Gendarmería; miembros de las Fuerzas Armadas; Fiscales; Empleados públicos; Jefes de puertos, aeropuertos, estaciones ferroviarias, rodoviarias y de carga, capitanes de naves y aeronaves que naveguen en el mar o en el espacio territorial, respectivamente; Conductores de trenes, buses u otros medios de transporte o carga, respecto de los delitos que se cometieren durante el viaje, en el recinto de una estación, puerto o aeropuerto o a bordo de un buque o aeronave; Jefes de establecimiento hospitalarios o clínicas particulares; Profesionales del área de medicina, odontología, química, farmacia y de otras ramas relacionadas con la conservación o restablecimiento de la salud, y los que ejercieran prestaciones auxiliares de ellas, cuando notaren en una persona o en un cadáver señales de envenenamiento o de otro delito; y, por último, directores, inspectores y profesores de establecimientos educacionales de todo nivel, respecto de los delitos que afecten a los alumnos o que hubieren tenido lugar en el establecimiento respectivo.

Además de la norma contenida en el CPP, podemos mencionar al menos otras 4 normas especiales que establecen un deber de denunciar:

1. El artículo 66 de la ley n°16.618 se remite al listado establecido por el artículo 175 del CPP, agregando que “la misma obligación y sanciones afectarán a los maestros y otras personas encargadas de la educación de los menores”;
2. El artículo 13 de la ley n°20.000 obliga a denunciar al funcionario público que tome conocimiento de la comisión de algún ilícito tipificado en ella. La sanción asignada a la infracción del deber de denuncia en estos casos, va desde presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de cuarenta a cuatrocientas UTM;
3. El artículo 61, letra K de la ley n°18.834 dispone que serán obligaciones de cada funcionario denunciar los crímenes o simples delitos y los hechos de carácter irregular, sobre todo si contravienen el principio de probidad administrativa; y, por último,
4. El artículo 58 del Estatuto Municipal establece lo mismo que el artículo 61 de la ley n°18.834, para el ámbito de los funcionarios públicos que ejercen en municipios.

En el artículo 175 del CPP apreciamos un amplio listado de personas sujetas al deber de denuncia que no se limita al ámbito de las Fuerzas Armadas y Fuerzas de Orden. Como se mencionó anteriormente, los individuos incluidos en la lista del artículo 175 que incumplan con el deber a que están sujetos, serán sancionados con la pena prevista en el artículo 494 del CP, es decir, con una multa de una a cuatro UTM, salvo que dicho incumplimiento recaiga sobre el delito cometido por el sujeto mismo o por su cónyuge, conviviente, ascendientes, descendientes o hermanos, según lo establecido por el inciso segundo del artículo 177 del CPP.

La norma establecida por el inciso segundo del artículo 177 resulta de extrema relevancia para el presente trabajo, pues, de lo dispuesto en ella, se deduce que la relación entre el deber de denuncia y el delito que se debe denunciar, *excluye cualquier tipo de intervención punible del sujeto obligado a denunciar en el delito mismo*. Esto porque, según la regla en cuestión, no incurre en la sanción correspondiente a la omisión del deber de denuncia quién arriesga la persecución penal propia. En consecuencia con ello, se entiende que la infracción al deber de denuncia es un delito autónomo que solo puede ser perpetrado por una persona que no interviene de ninguna manera relevante para efectos penales, en el delito que debe denunciarse.

Otra cuestión que es posible avizorar, es que no es el artículo 24 de la LSE la norma que establece cuál es el estándar según el que se evalúa si alguien ha de denunciar un delito o no. En cambio, dicho estándar está establecido por normas contenidas en otros cuerpos legales, en concreto, por el artículo 175 CPP y las demás disposiciones especiales ya señaladas. Esto tiene como principal consecuencia que el alcance de la modificación del artículo 24 podría cambiar en la medida en que también lo haga el alcance del deber de denuncia, según la voluntad del Poder Legislativo. En relación con esto, es importante mencionar que durante los últimos años, se han propuesto al menos 9 modificaciones al deber de denuncia, buscando extender su ámbito de aplicación¹⁰³. Además, es necesario agregar que nada impide

¹⁰³ Cfr., Cámara de Diputados. Boletín n°5524-07: El boletín propone como proyecto de ley incluir un nuevo literal al artículo 175 del CPP consistente en la obligación de denunciar a

que el legislador eleve el estándar al máximo y establezca la obligatoriedad de denunciar a todo individuo que tome conocimiento de la comisión de un delito, en los términos ya explicados. De ser así, la extensión de la punibilidad correspondiente a la participación a modo de cómplice respecto de los delitos contemplados en la LSE abarcaría el caso de toda persona que tomare conocimiento de la comisión de delitos contemplados en ella.

Habiendo expuesto las principales características legales y conceptuales de las normas que colisionan en el artículo 24 de la LSE, lo que sigue es exponer las razones por las cuáles se estima que es impropia la asimilación entre complicidad e infracción al deber de denuncia, establecida por la norma mencionada.

2.4. Análisis de pertinencia y compatibilidad del artículo 24 de la LSE

En primer lugar, el artículo 24 suscita un problema de compatibilidad propiamente legal entre la figura de participación a modo de complicidad y la infracción al deber de denuncia. Con esto, lo que se aduce es que hay una razón contenida en una norma legal específica que hace incompatible la imputación de un delito a título de cómplice bajo el estándar de comportamiento correspondiente a la infracción al deber de denuncia.

Como se estableció anteriormente, la aplicabilidad de la figura de la complicidad implica una cierta intervención, aunque mínima y no necesaria, de la cuál ha de servirse el autor en la comisión del delito que se imputará a ambos. En contraste, la infracción al deber de denuncia resulta aplicable precisamente cuando el infractor *no se ha involucrado como interventor de ningún tipo* en la comisión del delito. Hay que recordar que el artículo 177 del CPP dispone que la pena establecida para el

los. encargados de empresas que operen sistemas de filmación y grabación en bienes nacionales de uso público (Como por ejemplo una carretera o una plaza) y en recintos debidamente delimitados en que se registre concurrencia masiva de público; *cfr.* Cámara de Diputados. Boletín n°11988-25: El boletín busca modificar el artículo 175 del CPP e incluir la obligación de denunciar los delitos cometidos contra niños, niñas y adolescentes, a las personas que ejercen un rol vinculado a la crianza, cuidado o protección y los clérigos y sacerdotes de una institución religiosa, y todo aquel que desempeñe un oficio eclesiástico al interior de ella.

infractor del deber de denuncia no es aplicable a aquellas personas que, con su actuar, arriesgan la persecución penal propia. De ello se sigue que, la imputación de la infracción al deber de denuncia obsta la intervención del sujeto, a modo de cómplice, en el delito que, por mandato de la ley, debe denunciar. En síntesis, una persona obligada a denunciar no puede, al mismo tiempo, ser imputada como cómplice, cuestión que constituye, precisamente la operación impropia de asimilación establecida en el artículo 24 de la LSE.

En segundo lugar, el artículo 24 transgrede de forma directa el principio de convergencia que opera como marco de las reglas de participación delictiva. Esto porque dicho principio prescribe que, para que una persona sea imputada como un interventor distinto de los autores de un delito, ha de converger, junto con ellos, en la voluntad de realización del mismo. En esto consiste el ya mencionado *requisito de actuación dolosa*.

Con relación a lo establecido en el párrafo anterior, la estructura delictiva que corresponde a la infracción del deber de denuncia no contempla ningún tipo de involucramiento directo ni convergencia de voluntades entre el sujeto obligado a denunciar y el autor del delito del cual toma conocimiento. Para infringir el deber de denuncia, basta con omitir denunciar un delito, en circunstancias que, por cuestiones de investidura y con arreglo al artículo 175 del CPP, el individuo debía hacerlo. Con lo que, al momento de subsumir una conducta en dicha hipótesis es innecesario e impertinente preguntarse por la concurrencia de los presupuestos del dolo, sea directo o eventual, respecto del delito que ha de ser denunciado. En otras palabras, el que una persona esté obligada a denunciar, es una situación que no aporta indicios de ningún tipo respecto de su voluntad de realización del delito que debe denunciar.

Pese al razonamiento anterior, podría argumentarse que la figura de participación que valida la imputación establecida por el artículo 24 de la LSE, corresponde a la figura penal de la *complicidad por omisión*. En buenas cuentas, la conducta correspondiente a la infracción del deber de denuncia es una omisión que, puesta en el contexto del contenido político-criminal de la LSE, otorgaría al funcionario

público la posición que le corresponde como garante de la seguridad del Estado, considerada esta como bien jurídico. Puestas así las cosas, podría postularse que omitir la denuncia de los delitos previstos en el texto legal mencionado resultaría en una vulneración de la seguridad interior del Estado que, en principio, podría haber sido evitada de haberse hecho la denuncia respectiva.

Sin embargo, la cuestión de la imputación a título de complicidad por omisión es problemática en dos sentidos. Por un lado, la figura genera, por sí sola, varios problemas. En la doctrina nacional se ha aceptado la aplicabilidad de la complicidad omisiva, siempre que quién omita se encuentre en una posición de garante respecto del bien jurídico afectado por el delito al que se contribuye¹⁰⁴. Igualmente, habría casos en que, satisfecho el requisito que ha puesto la doctrina para la aplicabilidad de la figura, aún podría no verse satisfecho el requisito de actuación dolosa.

Esto último se puede ejemplificar mediante un caso hipotético del moderador de contenido de una red social concurrida por el público general chileno, en la cuál un grupo importante de personas con tendencia ideológica marxista logran distribuir contenido periodístico y de opinión a un total de 5 millones de usuarios. Dicho contenido, junto con ser informativo, repetía nociones como “subvertir”, “lucha”, “combate”, etc. El moderador de contenido considera, sin embargo, que este contenido no vulnera la normativa de la red social para la que trabaja (que es una normativa bastante laxa, por lo demás) y, por tanto, permite que el grupo siga difundiendo la información.

Paralelamente, comienza una jornada de protestas intensivas en todo Chile, con una gran cantidad de adherentes y, al mismo tiempo, una cantidad considerable de disturbios. Ante esta jornada, el gobierno de turno se querrela por el delito de *informaciones tendenciosas* tipificado en la LSE contra el grupo marxista que divulgaba información en la red social. Dentro de la querrela, figura también el moderador de contenido de la red social, imputado a título de cómplice por no haber aportillado oportunamente la divulgación del contenido del grupo marxista.

¹⁰⁴ Couso, Hernández & otros, *Código Penal comentado*, p. 414.

En el ejemplo, se cumplen con al menos dos requisitos de las figuras que se imputan al moderador. En efecto, el moderador, para efectos del contenido que se vierte en la red social que monitorea, opera como garante. Y resulta también cierto, que no haber eliminado el contenido del grupo marxista pudiendo hacerlo, presta un cierto auxilio a la comisión del delito imputado. El asunto problemático es sí esta omisión, en términos de imputación subjetiva, es suficiente para imputarlo a modo de cómplice de la propagación de información tendenciosa.

Según el criterio generalizado en la doctrina nacional, la pura omisión de su deber como garantes sería suficiente para imputarlo de tal manera, pero esta opción de la doctrina pasaría por alto el fundante principio de convergencia, en el cual se exige que los partícipes, para ser considerados como tales, al menos han de representarse como posible la realización del hecho punible perpetrado por el autor, cuestión que no es indicada por la conducta de una persona que omite filtrar la divulgación de información en un medio, sobre todo si se toma en cuenta que la información tendenciosa no es de por sí falsa y que las políticas de opinión de la red social eran laxas, es decir, que la información divulgada por el grupo era lícita en los términos de la red social.

La complicidad por omisión requiere que la omisión se haya dado de forma activa e intencional, es decir, que haya indicios de que el cómplice no actuó de cierta manera con la intención de que un delito se consumara. Por esto es que el requisito de actuación dolosa resulta tan fundamental en términos de evaluar la concurrencia de una figura de participación.

Por otro lado, incluso aceptando el criterio generalizado de la doctrina nacional presentado en el párrafo anterior, la asimilación de las conductas de quién debe denunciar un delito y un cómplice por omisión sigue presentando dificultades. Por de pronto, considerar que una persona infringe su posición de garante por no denunciar, asume que la denuncia es el modo en que se puede evitar la comisión de un delito, cuestión ilógica, porque el deber de denuncia implica necesariamente que la comisión del delito ya haya tenido lugar. La no denuncia de un delito no eleva el riesgo de afectación del bien jurídico implicado en su comisión, busca resarcir el

daño cometido por un delito que ya se ha ejecutado mediante su comunicación a las autoridades correspondientes.

El argumento solo resultaría válido si lo que conoce el funcionario obligado a denunciar es una proposición, una conspiración o alguna conducta que constituya un acto preparatorio sui generis, lo que resulta problemático de igual manera, porque no tendría sentido establecer una regla general de participación delictiva, para casos tan específicos. La idea de una regla general de participación es que su aplicabilidad sea general y no se encuentre restringida a situaciones tan específicas como las planteadas con anterioridad.

Un tercer problema identificable, guarda relación con el *principio ne bis in idem*, el cuál busca resguardar a los imputados ante una posible doble punición la cual, en el presente caso, está dada por dos normas que sancionan una misma conducta. Esto porque el artículo 24 de la LSE no establece que su sanción se impondrá al sujeto en sustitución de la sanción que corresponde por el artículo 177 del CPP. Es decir, el juez será quién tendrá que seleccionar la sanción correspondiente, pues, ante un mismo hecho – un individuo que toma conocimiento de un delito de la LSE y que, posteriormente, no lo denuncia – hay dos normas penales que resultan aplicables, ninguna de las cuáles establece el mecanismo bajo la cuál se preferirá en lugar de la otra. Aquí, la posibilidad de la infracción al *principio ne bis in idem*, está dada porque, podrían aplicarse ambas sanciones ante un mismo hecho.

En un cuarto lugar, el artículo 24 de la LSE infringe de forma directa el principio de responsabilidad personal y culpabilidad, al sancionar la conducta propia de un partícipe a una persona que no ha tomado participación de ningún tipo en el delito que se le imputa.

Por último, es debido hacer énfasis en la completa desproporción de la pena que se impone a un cómplice según el artículo 24 de la LSE en relación a la conducta delictiva. Conforme a la modificación que hace el mencionado artículo sobre las reglas de participación delictiva, la pena que corresponde a la actuación de una persona que, por infringir el deber de denuncia, sea imputada como cómplice, es la

pena de grados inferiores a la pena prevista para los autores. En contraste, la pena prevista para el incumplimiento del deber de denunciar, consiste en una multa que va de 1 a 4 UTM. En ningún caso, la pena consiste en penas privativas de libertad.

Los cinco problemas identificados en la modificación que el la LSE produce sobre las reglas de participación delictiva pueden vincularse directamente con tres características del nuevo Derecho Penal. En concreto, el problema de compatibilidad entre la figura de complicidad y la omisión al deber de denuncia, expresa el cambio que produce el nuevo Derecho Penal en el ámbito de criterios de imputación independientes de la causalidad. Como se ha pretendido mostrar en el presente capítulo, el artículo 24 de la LSE rompe con la relación entre delito y pena, imputando participación a un individuo que, en los hechos y en la valoración jurídica de los hechos, no ha tenido participación en el delito.

Se debe destacar que la desproporción prevista en las sanciones para los cómplices y la infracción al principio de responsabilidad personal en el artículo 24 de la LSE, manifiesta de forma directa el espíritu revanchista, punitivista y ejemplarizador que caracteriza al nuevo Derecho Penal, fenómeno jurídico que estudiamos en el capítulo anterior

Capítulo III: Modificación a las reglas generales de determinación de la pena

En el presente capítulo se propone un análisis en torno a las modificaciones que la LSE hace sobre las reglas generales de determinación de la pena.

El sistema de determinación de la pena es una temática compleja; tiene múltiples elementos desde los cuáles puede ser abordada. Tomando en consideración que las referencias que las disposiciones de la LSE hacen sobre elementos relacionados con las reglas de determinación de la pena, se desarrollarán solo aquellos elementos de éstas que aparezcan en dichas normas o que tengan una relación digna de ser consideradas ha efectos de la tesis.

Ahora bien, es necesario mencionar que se considerarán las reglas generales de determinación de la pena no solo como las reglas dispuestas para guiar y limitar el cálculo de la cuantía efectiva de una pena que se impondrá un hechor en un caso, sino también como las reglas que expresan los criterios utilizados por el legislador para establecer condiciones de atenuación y condiciones agravantes de la sanción que ha de imponer un juez en miras de las particularidades de un caso determinado, así como también las reglas referidas a la naturaleza misma de las penas que de las que dispone el poder punitiva para llevar a efecto.

Además, es necesario agregar que, de lo que se trata, es de poder dar con las modificaciones que la LSE hace, a este respecto, de las reglas generales de determinación de la pena, para luego analizar si acaso dichas modificaciones se corresponden con el fenómeno previamente descrito de la expansión del Derecho Penal.

3.1 La regla del artículo 22 de la LSE

El inciso primero del artículo 22 de la LSE establece lo siguiente: “Los delitos sancionados por esta ley que se perpetraren durante la sublevación o alzamiento contra el Gobierno constituido, serán castigados con las penas acumulativas correspondientes a todos los delitos cometidos.”

La regla general correspondiente a ésta se encuentra establecida por el artículo 74 del CP, el cual en su primer inciso dispone lo siguiente: “Al culpable de dos o más delitos se les impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones”. Esta norma dispone la regla general para la penalidad de la pluralidad delictiva, según la cual el autor de múltiples delitos debe cumplir íntegramente las penas establecidas por la ley para todos los delitos cometidos. Esta regla ha sido denominada por la doctrina como *acumulación material de penas*¹⁰⁵.

Al mismo tiempo, la acumulación material de penas es el sistema de cuantificación que corresponde al *concurso real* de delitos (pluralidad de hechos que constituyen delitos), pues, en casos de *concurso ideal* (un mismo hecho que constituye más de un delito), opera la regla del artículo 75 el cual, en su inciso primero, prescribe: “La disposición del artículo anterior no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea el medio necesario para cometer el otro.

Para determinar la norma aplicable ante un caso particular se debe establecer cuándo una situación constituye una unidad de delito y cuando una situación constituye una pluralidad de hechos¹⁰⁶; mientras la unidad de delito viene dada por los tipos legales, la unidad de hecho se refiere a un “conjunto de sucesos del mundo exterior que ocurren en una misma dimensión”¹⁰⁷. Dice Politoff: “Un único hecho es la unidad espacio-temporal dentro de la cual se realiza al menos un tipo penal. Si, además, en esa misma unidad espacio-temporal se realizan los presupuestos de otro u otros tipos penales, entonces decimos que ese hecho constituye dos o más delitos [...]”¹⁰⁸

La regla del inciso segundo del artículo 74 del CP dispone que el sentenciado cumplirá todas las penas correspondientes de forma simultánea cuando esto es posible, según la cual, la norma opera únicamente cuando se imponen penas que

¹⁰⁵ Couso, Hernández & otros, *Código Penal comentado*, pp. 667-668.

¹⁰⁶ Politoff & más, *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, p. 449.

¹⁰⁷ Ibid.

¹⁰⁸ Ibid.

puedan cumplirse simultáneamente, como sería el caso de imponer alguna privativa de libertad¹⁰⁹. Tratándose de penas privativas de libertad, como no pueden cumplirse simultáneamente, se cumplen de forma sucesiva, comenzando por la más gravosa en miras de su duración. Si a estas se suman penas pecuniarias o privativa de derechos, éstas se cumplen simultáneamente con las penas privativas de libertad.

Además, una línea jurisprudencial ha postulado que la aplicación del criterio cuantificador del artículo 75 supone la imposición de una pena superior a la que se impondría si se considera el criterio del artículo 74, este último es el que prevalece para la determinación de la pena, toda vez que aplicación de la regla del artículo 75 debe resultar en un beneficio para el imputado¹¹⁰. Esta opinión ha sido respaldada doctrinariamente por Etcheberry y Garrido¹¹¹.

Ahora bien, el inciso segundo del artículo 22 de la LSE establece que: “Se aplicará la pena más grave si alguno de los delitos contemplados en la presente ley fuere por otras castigado con pena mayor.”

El artículo 22 de la LSE mezcla el criterio cuantificador de acumulación material de penas, con el criterio cuantificador de casos correspondientes a concurso ideal de delitos, en circunstancias que, en el caso de las reglas del CP, ambos criterios son claramente distintos porque, de forma literal, el artículo 75 se refiere a la regla establecida por el artículo 74, determinando que su disposición opera en los casos correspondientes a concurso ideal. En cambio, el artículo 22 establece una condición de aplicabilidad de la regla de cuantificación de los concursos ideales: que un texto legal que no sea la LSE disponga una sanción más gravosa para el hecho. Sin embargo, no establece una hipótesis de aplicabilidad cuando los delitos que entren en concurso ideal, sean delitos de la misma LSE.

¹⁰⁹ Politoff & más, *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, p. 450.

¹¹⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, 54-1970; y Corte de Apelaciones de Santiago. 8-1971.

¹¹¹ Etcheberry, *Derecho Penal Parte general Tomo I*, p. 204; Garrido, *Derecho Penal Parte general Tomo II*, p. 347.

Según las reglas de la LSE, por un lado, si una persona comete más de uno de los delitos tipificados en la LSE, la cuantía de su pena será la equivalente a la suma de las penas correspondientes a los delitos cometidos. Pero, por otro lado, si algún hecho de la persona fuere castigado con pena mayor por un texto legal distinto de la LSE, es el valor de la pena mayor es que ha de considerarse en la operación aritmética.

Hay que agregar que la regla del artículo 75 del CP inhibe la disposición del artículo 74 en caso de concurso ideal, mas no inhibe la regla del artículo 22 de la LSE. Del puro tenor literal del artículo 75 no se puede desprender su aplicabilidad al caso en que un determinado texto legal dispone sus propias reglas de determinación de la pena.

Entonces, si la LSE no cuenta con un artículo específico que opere como regla de determinación de la pena para casos en que dos o más delitos tipificados en ella entren en concurso ideal de delitos, deriva en un problema relacionado con la aplicabilidad de la regla de acumulación material de penas, porque, puestas así las cosas, incluso en casos en que un mismo hecho pueda ser subsumido bajo dos o más tipos penales de la LSE, el criterio de cuantificación que corresponde es el de acumulación material, y este solo es sustituido cuando un mismo hecho reciba por otro texto legal una pena mayor.

La problemática expuesta resulta más sensible si se considera el contenido penal de los delitos tipificados en la LSE. Se intentará ilustrar el argumento mediante la utilización de un ejemplo hipotético.

Plantéese la situación de una persona que reparte folletos durante jornadas de protesta intensivas. En dichos folletos, junto a una silueta caricaturesca de una persona que porta un fusil de combate, figura el siguiente eslogan: “Sólo mediante la militancia armada se logra la liberación total”.

Existen al menos dos delitos de la LSE que resultan aplicables al caso. El primero de ellos es el delito de *incitación a la revuelta, al terrorismo, a la desobediencia o a la indisciplina*, y el segundo es el delito de *propagación de propaganda subversiva*.

Sin duda, en el caso utilizado como ejemplo, nos encontramos ante una unidad de hecho: La entrega del folleto con contenido incitando a la subversión del orden público, que además, connota un contenido político y doctrinario en favor de la militancia armada. Sin embargo, aun cuando se puede determinar la naturaleza de la conjunción del delito, igualmente resulta confuso determinar cuál de los criterios de cuantificación de la pena resulta aplicable al caso particular. Esto porque la regla establecida por el artículo 22 en su inciso primero propone que todos los delitos sancionados por la LSE serán castigados a la luz de la regla de acumulación material de penas y, en su inciso segundo, establece que una pena se agravará en caso de que el delito sea por otro texto legal, castigado con una pena superior. Y, como la ley establece el tratamiento de concurso ideal de delitos solo para aquellos casos en que otro texto legal sancione con más dureza un mismo hecho, en el caso del ejemplo no habría razones legales para imponer la pena de un solo delito contra la persona que entregaba los folletos.

3.2. La regla del artículo 23 de la LSE

El artículo 23 de la LSE dice: “La proposición y la conspiración para cometer alguno de los delitos sancionados en esta ley, serán castigadas con la pena señalada al delito consumado, rebajada en uno o dos grados”. Con lo dispuesto, constituye una modificación a la regla general establecida en el artículo 8 del CP.

El inciso primero del artículo 8 del CP: “La conspiración y proposición para cometer un crimen o un simple delito, sólo son punibles en los casos en que la ley las pena especialmente”.

Como se puede deducir del tenor literal del artículo 8, la modificación del artículo 23 de la LSE es plenamente acorde al tenor de la ley. El propio CP permite que ciertas leyes establezcan sanciones a la proposición y la conspiración, con lo que, al menos en lo meramente formal, la disposición de la LSE no produce problemas.

Como el castigo de los actos preparatorios es excepcional, la cuestión sobre su fundamentación es relevante. En general, se han aducido argumentos en torno al peligro de afectación que genera la proposición o la conspiración. Se ha diferido entre dos opciones; si acaso el peligro que generan la proposición o conspiración se produce directamente sobre bienes jurídicos, o si se trata de evitar el peligro de que una masa importante de individuos pueda vulnerar el propio ordenamiento jurídico¹¹².

Tanto la proposición como la conspiración constituyen actos preparatorios. Un acto preparatorio consiste en un comportamiento externo que exterioriza la voluntad de delinquir, pero que no representa aún el principio de la ejecución del delito¹¹³. Es por esto mismo que su punición es excepcional, pues la regla general es solo sancionar aquellas acciones que lesionen bienes jurídicos de forma efectiva.

La proposición no está constituida por la simple deliberación con otro acerca de la pertinencia de cometer un delito¹¹⁴. No hay proposición si la propuesta recae sobre un acto que, en principio, es un delito imposible. La hipótesis de proposición tampoco se satisface por el simple hecho de manifestar a otro la resolución de cometer un delito¹¹⁵. Ella implica solicitar a ese otro alguna forma de cooperación o participación en un delito. La simple petición de consejo o parecer, precisando que la proposición puede consistir en solicitar el auxilio ajeno para realizar el mismo proponente la acción delictiva, en instigar a otro para que realice la acción. Alfredo Etcheberry propone, como condición de punición: la proposición ha de ser tal, que en caso de ejecutarse el delito, esta conducta constituya derechamente la autoría a modo de inducción¹¹⁶.

¹¹² Héctor Riquelme. *Análisis dogmático y político criminal de la conspiración en la ley n°20000* en Revista de Estudios Ius Novum vol. 11, n°1, 2018 pp. 74-75.

¹¹³ Couso, Hernández & otros, *Código Penal comentado*, p. 165.

¹¹⁴ Etcheberry, *Derecho Penal Parte general Tomo II*, p. 55.

¹¹⁵ Couso, Hernández & otros, *Código Penal comentado*, p. 166.

¹¹⁶ Etcheberry, *Derecho Penal Parte general Tomo II*, p. 55.

No hay proposición en la simple provocación genérica a cometer delitos¹¹⁷. La proposición supone que la persona a quien va dirigida la propuesta ejecutará materialmente el delito.

La proposición se sanciona por sí misma; no supone la aceptación por parte de la persona que recibe¹¹⁸. De haber aceptación, la conjunción de las conductas constituiría conspiración

La conspiración es una hipótesis conductual consistente en el concierto entre dos o más personas en la ejecución de un delito¹¹⁹.

Supone un concierto, es decir, un acuerdo activo en que se determina la forma de cooperación de todos los concertados. La mera aprobación o aun el consejo no constituyen un concierto¹²⁰. El concierto requiere de un acuerdo sobre lugar, modo y tiempo de ejecutar un delito determinado, acompañado de la decisión seria de ejecutarlo¹²¹.

Hay opiniones divididas respecto del contenido preciso del acuerdo. Etcheberry opina que ha de determinarse la forma de cooperación de cada uno de los concertados. Politoff y más, son de otro parecer, el concierto debe ser para ejecutar en conjunto un crimen o simple delito en el sentido del artículo 15 numeral 1, lo que significa, que haya división del trabajo entre personas de igual rango. El acuerdo para cooperar en la comisión de un delito de una manera subordinada, no constituye conspiración¹²².

Cabe mencionar que, en el primer capítulo, se señaló como característica jurídica del nuevo Derecho Penal el imponer sanciones a los meros actos preparatorios. Relacionado con esto, se puede constatar que la punición de ambas conductas frecuente textos penales que tipifican delitos de carácter político, como por ejemplo

¹¹⁷ Politoff & más, *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, p. 388.

¹¹⁸ Etcheberry, *Derecho Penal Parte general Tomo II*, p. 55.

¹¹⁹ Couso, Hernández & otros, *Código Penal comentado*, p. 173.

¹²⁰ Etcheberry, *Derecho Penal Parte general Tomo II*, p. 56.

¹²¹ Politoff & más, *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, p. 392.

¹²² Couso, Hernández & otros, *Código Penal comentado*, p.174.

la ley n°18.314 sobre Conductas terroristas en el artículo 7 y el Código de Justicia Militar en su artículo 279, aunque se han expandido a nuevas áreas como los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes art 17 de la ley n°20.000¹²³.

3.3. La regla del artículo 25 de la LSE

El artículo 25 de la LSE establece lo siguiente: “Si el sentenciado careciere de bienes para satisfacer la multa, sufrirá, por vía de sustitución, la pena de prisión, regulándose un día por cada diez centésimos de escudo, sin que ella pueda exceder de sesenta días.”

La norma citada establece una modificación a las reglas de penas sustitutivas, por lo que es de toda pertinencia revisar en qué consisten dichas reglas.

El establecimiento de penas sustitutivas gira en torno a un mismo objetivo: evitar que una persona que ha sido condenada por un delito, de cumplimiento efectivo a una pena privativa de libertad, con el objetivo de armonizar el sistema penal con fines resocializadores de las sanciones penales¹²⁴.

Las penas sustitutivas están reguladas en la ley n°18.216, la cual, en su artículo primero, establece la remisión condicional, la reclusión parcial, la libertad vigilada, la expulsión (destinada a extranjeros) y la prestación de servicios en beneficio de la comunidad como penas sustitutivas a la ejecución de penas privativas o restrictivas de libertad.

Hay excepciones a la aplicación de las penas sustitutivas. No podrán ser beneficiados con sustitución de su pena, los condenados por secuestro extorsivo, secuestro por más de quince días, secuestro con homicidio, violación o lesiones graves.

¹²³ Politoff & más, *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, p. 386

¹²⁴ Rodrigo Escobar. *Medidas sustitutivas a la pena de privación de libertad* en Revista Derecho y Humanidades de la Universidad Javeriana, 2011, p. 45.

La regla general que modifica el artículo 25 la establece el artículo 49 del CP. Antes de exponer la norma que este artículo dispone, es interesante mirar su historia.

En su redacción original, la pena de sustitución que estableció el artículo 49 del CP ante la imposibilidad de pagar la multa por parte de una persona, era la de reclusión. Dicho artículo ha sido sujeto a modificaciones bastante laudables con el tiempo e incluso es destacable que, en su redacción original, a indicación del comisionado Fabres, la sustitución de la pena de multa se restringió únicamente a las sanciones de multa y no se extendió, como si lo hacía el Código español que sirvió de inspiración directa para la redacción original del artículo, a las obligaciones civiles y demás responsabilidades pecuniarias no penales¹²⁵.

En 1952 se dictó la ley n°10.309 la cuál modificó el límite de reclusión, que era originalmente de dos años, reemplazando esta cifra por solo un año. Luego, mediante la promulgación de la ley n°19.501 en 1997 se modificó la base de cálculo y se redujo nuevamente el límite de reclusión a seis meses.

En 2012 se promulgó la ley n°20.587, mediante la cual el precepto del artículo 49 tuvo una importante modificación. Por lo demás, la redacción actual del artículo 49 la debemos a esta ley. En el artículo 2 establece a modo de modificación, que la pena de sustitución ante la imposibilidad de pagar una multa por parte del imputado, la de prestación de servicios en beneficio de la comunidad. Se deduce de lo dispuesto en la ley n°20.587, que la orientación de la regla de sustitución de penas cambió hacia un paradigma más acorde al espíritu general de la institución de sustitución, que consiste en buscar sanciones que eviten que una persona cumpla una pena de reclusión por situaciones que no lo ameritan.

La actual redacción del inciso primero del artículo 49 del CP dice: “Si el sentenciado no tuviere bienes para satisfacer la multa podrá el tribunal imponer, por vía de sustitución, la pena de prestación de servicios en beneficio de la comunidad.”

¹²⁵ Couso, Hernández & otros, *Código Penal comentado*, p. 508.

Si se compara la regla del artículo 49 con la regla del artículo 25 de la LSE, el cambio fundamental es la naturaleza de la pena que se impone por vía de sustitución. En el caso de la regla del CP, la pena de sustitución es la de prestación de servicio en beneficio de la comunidad.

Según el artículo 49 bis del CP: “La pena de prestación de servicio en beneficio de la comunidad consiste en la realización de actividades no remuneradas a favor de ésta o en beneficio de personas en situación de precariedad, coordinadas por un delegado de Gendarmería de Chile”.

El fin de la pena de prestación de servicio, como toda medida sustitutiva, es la de apoyar a la reinserción de un imputado, mandatando que éste, para resarcir el daño producido por su actuar, sirva de apoyo a comunidades o de personas que lo requieran.

El artículo 25, más que una excepción a la regla general de sustitución de penas, establece una utilización completamente incongruente con el objetivo de la institución utilizada, porque, mientras la sustitución de penas tiene como objetivo que un individuo condenado por un delito, no cumpla una pena privativa de libertad, el artículo 25 de la LSE establece como pena sustitutiva del pago de una multa por una pena correspondiente de días en prisión.

Resulta necesario hacer hincapié en el hecho de que la redacción actual de la LSE data de 1975. En cambio, como ya se ha mencionado, la redacción actual del artículo 49 del CP, corresponde a la modificación de una ley promulgada en 2012. Entonces, tomando en cuenta que la modificación del CP es posterior a la redacción del texto actual de la LSE, la discordancia entre el artículo 49 del CP y el artículo 25 de la LSE muestra la poca atención que el debate académico y legislativo ha puesto sobre la propia LSE, pues en ella aún subsiste una norma con un criterio completamente vetusto, como lo es la que se ha analizado en el presente apartado.

3.4. Balance general respecto de las modificaciones a las reglas de determinación de la pena

Salvo lo dicho respecto de la modificación del artículo 22, difícilmente podrían considerarse como problemáticas a un nivel legal o conceptual, las modificaciones que la LSE hace sobre las reglas de determinación de la pena.

La regla del artículo 22 resulta la más problemática de todas las consideradas en el presente capítulo, porque deja una especie de hueco en la forma en que se debe cuantificar la pena cuando se presenta un concurso de delitos tipificados en la propia LSE. Respecto de este problema, no hay una solución clara y, al no haberla, se incumple con una exigencia básica del Derecho Penal como lo es que sus reglas sean claras y otorguen una certeza jurídica mínima a los ciudadanos.

En los aspectos teóricos de la expansión del Derecho Penal, se mostró que uno de ellos consistía en una extensión del ámbito de aplicación de las reglas penales. En específico, una característica jurídico-penal del nuevo Derecho Penal consistía en la penalidad de los actos preparatorios. El artículo 23 de la LSE coincide plenamente con esta característica, pues, mediante su incorporación, se busca punir conductas que, en principio no resultan punibles.

El artículo 25 establece una regla que es de forma flagrante más gravosa que su par en las reglas generales del Código Penal.

Si consideramos en conjunto la modificación producida por los artículos 22 y 25 de la LSE, damos con otra característica propia del nuevo Derecho Penal, consistente en un aumento de la severidad de las penas, con el objeto de cumplir con un régimen de pedagogía social, intentando evitar la comisión de delitos y la reincidencia por vía del amedrentamiento, y de ensañamiento contra un tipo particular de delincuente.

Para solucionar las problemáticas indicadas en el presente capítulo, podría apelarse al criterio personal de los jueces, cuestión que resulta altamente compleja si consideramos que el legislador, al diseñar el sistema penal chileno, buscó disminuir al mínimo el arbitrio judicial configuración legal de las reglas de determinación de

la pena¹²⁶. Para este sistema penal, el tenor de la ley es sumamente relevante para determinar la pena particular. La ley establece todas las reglas que han de observarse para establecer la pena¹²⁷.

¹²⁶ Etcheberry, *Derecho Penal Parte general Tomo I*, p. 170.

¹²⁷ *Ibíd.*

Conclusiones

Los razonamientos planteados en el presente trabajo ponen de manifiesto cómo la LSE es una expresión más del fenómeno histórico y jurídico del nuevo Derecho Penal.

La razón principal para afirmar lo anterior es que, al establecer un régimen en donde ciertas reglas de gran importancia como lo son las reglas de participación delictiva y de determinación de la pena, que dista mucho del sentido y la lógica de las reglas generales, la gestión de los casos en que se imputen delitos de la LSE resulta diferenciada en comparación con los casos en que una persona resulte imputada por un delito común. Puede decirse que la LSE (comportándose como expresión del nuevo Derecho Penal), genera su propio sistema de reglas penales bajo las cuáles va a sancionar a aquellos que resulten culpable de sus delitos.

En el segundo capítulo, se mostró por qué, desde una mirada jurídico-penal, la asimilación de la figura de complicidad con la conducta correspondiente a la omisión de denuncia es improcedente.

El artículo 24 de la LSE establece como figura de participación delictiva la conducta propia de un delito autónomo. Ahora bien, si se atiende a las características específicas del referido delito autónomo - la omisión del deber de denuncia - aparece que, según lo establecido por el inciso segundo del artículo 177 del CPP, este precisa que el infractor, para cometer la infracción, no se haya visto involucrado de forma directa o, lo que es lo mismo, no haya participado en el delito que está obligado a denunciar. Por el contrario, la figura de complicidad requiere precisamente de una intervención relevante en el delito, auxiliando al autor en su comisión. Como se puede ver, ambas figuras jurídicas son incompatibles porque en la medida en que una persona participa como cómplice de un delito, no está obligado a denunciarlo. Y al revés, que una persona esté obligada a denunciar un delito, implica que no participó en él, y específicamente implica que no lo hizo a modo de cómplice.

Sin embargo, esta modificación de los criterios de imputación tiene pleno sentido si se compara con las características jurídico-penales del nuevo Derecho Penal. Como se estableció en un primer capítulo, dentro de estas características podemos encontrar la relativización de los criterios de imputación y la desproporción de las sanciones impuestas contra un imputado. En efecto, cuando se castiga como cómplice a una persona que no ha tomado acciones directas en un delito, se relativizan los criterios de imputación que exige el respeto del principio de responsabilidad personal. Particularmente, se rompe con la relación fundante entre delito y pena. Además, como se mostró en el capítulo 2, la desproporción de la pena a quién omite denunciar la comisión de un delito de la LSE es flagrante, rompiendo con las exigencias del principio de proporcionalidad y estableciendo una especie de pena que connota un verdadero ensañamiento del sistema penal contra el imputado.

Ante lo expuesto, se recomienda la derogación de la norma del artículo 24, al ser altamente deficiente desde el punto de vista jurídico-penal. Podrían buscarse alternativas, aunque existiendo ya un tipo penal dispuesto para sancionar la omisión de denuncia, resulta completamente innecesario volver a establecer una sanción, sobre todo a la luz de los razonamientos normativos expuestos en el presente trabajo.

En cuanto a las reglas de determinación de la pena, las modificaciones de las LSE no presentan problemas conceptuales tan impeditivos como si lo presenta el artículo 24. Si se considera que el CP permite que la proposición y la conspiración sean castigadas excepcionalmente y que en el mismo cuerpo legal encontramos el criterio de acumulación material de penas (ya de por sí muy severo), en principio no habría problemas con las modificaciones.

Pero si se consideran en conjunto todas estas modificaciones y sus efectos, damos precisamente con una de las hipótesis que dio lugar a esta investigación: las modificaciones a las reglas generales de determinación de la pena tienen por objetivo aumentar la severidad de las penas (artículos 22 y 25) y aumentar el ámbito de aplicación del Derecho Penal (artículo 23). Podríamos considerar incluso al

artículo 24 como parte de esta última característica, en tanto se agrega artificialmente una forma de participación, con la denominación de complicidad.

Las características señaladas en el último párrafo son perfectamente congruentes con el movimiento de la expansión del Derecho Penal, y coincidentemente con aquellas características más perniciosas para el Estado de Derecho.

Sobre el nuevo Derecho penal, que surge de la expansión, el objetivo del presente trabajo no es objetar que, como la sociedad ha cambiado radicalmente en el último lustro, ello requiera de una revisión general al sistema penal de los países. Se hizo hincapié en los fundamentos del Derecho Penal moderno precisamente porque se considera que sus fundamentos y sus principios generales corresponden a los principios mínimos que una sociedad debería respetar si se pretende a sí misma como democrática.

Lo que muestra el movimiento de expansión del Derecho Penal es precisamente lo contrario. Muestra como los criterios del Derecho Penal han degenerado hasta puntos más similares a los que caracterizaban al Derecho Penal en la etapa de la práctica punitiva excesiva.

Ante este movimiento, es recomendable revisar cómo ha permeado este movimiento en los ordenamientos jurídicos y retornar a la discusión, análoga a la que se tuvo en los siglos XVIII y XIX, sobre cuáles serán los principios que todo Estado debe respetar al momento de imponer sanciones penales.

Resulta necesario aclarar que el objeto del presente trabajo no es solo mostrar que las modificaciones que la LSE hace sobre las reglas de participación delictiva y determinación de la pena son equívocas o desmesuradas. El objetivo es también mostrar que, tomando en consideración el movimiento del núcleo fundamental del Derecho Penal moderno a los lineamientos del nuevo Derecho Penal, cuestión tratada en el primer capítulo, estas modificaciones cobran pleno sentido aún siendo equívocas y desmesuradas. Apoyando esta conclusión en un ejemplo, lo que se afirma es que la desproporción con que se castiga a un individuo erróneamente

imputado como cómplice, es expresiva de un movimiento mucho más amplio que ya constituye una verdadera tendencia legislativa: la tendencia a respaldar la práctica punitiva excesiva en el Derecho positivo. Por esto último, se considera importante llevar el problema de la expansión del Derecho Penal una vez más a la discusión académica, para verter nuevas perspectivas críticas y soluciones respecto de un problema complejo y delicado. Pero también es absolutamente necesario que los ciudadanos adquieran conciencia de cómo, gradualmente, los derechos y garantías involucrados en el sistema penal de sus países han ido degradando.

Bibliografía

Libros y artículos de revista

- BASCUR, G. 2015. Consideraciones sobre la delimitación entre autoría y complicidad en el contexto del derecho penal chileno. *Revista de Estudios de la Justicia* 23.
- BUSTOS, J. 2010. *El Delito culposo*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal. *Lecciones de derecho penal (volumen I)* (Madrid: Editorial Trotta, 1997), pp. 80-81.
- BONESANA, C. 1993. *Tratado de los delitos y las penas*. Buenos Aires, Argentina, Editorial Heliasta S.R.L.
- CANCIO, M. 2006. ¿“Derecho” penal del enemigo?. En: JAKOBS, G. *Derecho penal del enemigo*. España, Editorial Aranzadi.
- CÓDIGO PENAL COMENTADO. 2011. Libro primero (Arts. I° a 105). *Doctrina y jurisprudencia*. Por Jaime Couso y Héctor Hernández “et al”.
- COUSO, J. 2013. Determinación e individualización judicial de la pena en la doctrina penal chilena. Exploración en las consecuencias prácticas de un déficit conceptual. En: LA CIENCIA PENAL EN LA UNIVERSIDAD DE CHILE. Libro homenaje a los profesores del departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Por Juan Pablo Mañalich “et al”. Santiago, Chile, LOM Ediciones.
- CORA, E. 2005. El Derecho penal ilustrado bajo la censura del Santo Oficio. *Revista de la Inquisición* 11. pp. 91-105.
- CURY, E. 2009. *Derecho Penal Parte General*. Santiago, Chile, Ediciones UC.
- DONINI, M. 2008. Derecho penal de lucha. Lo que el debate sobre el Derecho penal del enemigo no debe limitarse a exorcizar. En: POLÍTICA CRIMINAL EN VANGUARDIA. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada. Por Manuel Cancio y Laura Pozuelo “et al”. España, Editorial Aranzadi.
- ESCOBAR, R. 2011. Medidas sustitutivas a la pena de privación de libertad. Colombia, *Revista de Derecho y Humanidades* 18, Universidad Javeriana.

- ETCHEBERY, A. 1998. Derecho Penal Parte General, Tomo I. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- _____. 1998. Derecho Penal Parte General, Tomo II. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- FERRAJOLI, L. 1995. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Madrid, España, Editorial Trotta.
- FRANCO, E. 2010. Fundamentos de Derecho Penal moderno. Quito, Ecuador, Corporación de Estudios y publicaciones.
- GARCÍA, J. A. 2006. El obediente, el enemigo, el derecho penal y Jakobs. Nuevo Foro Penal 69(1).
- GARRIDO, M. 2001 Derecho Penal Parte General Tomo I. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- GRACIA, L. 2005. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "Derecho Penal del Enemigo". Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 7.
- GUILLAMONDEGUI, L. R. 2004 Los discursos de emergencia y la tendencia hacia un Derecho Penal del enemigo.
- HASSEMER, W: Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno. Marzo de 1991. Barcelona, UAB, Facultad de ciencias jurídicas.
- JAKOBS, G. 2006. Derecho penal del enemigo. España, Editorial Aranzandi.
- LARDÍZABAL, M. 1782. Discurso sobre las penas. Madrid, España, Texto conservado por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.
- MORALES, A. M. y SALINERO, S. 2019. Las penas alternativas a la cárcel en Chile. Un análisis desde su evolución histórica. Revista de Derecho.
- PÉREZ, C. 2012. Violencia del Derecho y derecho a la violencia. Revista "Derecho y Humanidades" 20. pp. 73-91.
- POLITOFF, S., MATUS, J. y RAMÍREZ, M. 2004. Lecciones de Derecho Penal chileno. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- POLITOFF, S. 2009. Los actos preparatorios del delito. Tentativa y frustración. México, Editorial Jurídica de las Américas.

- QUISBERT, E. 2008. Historia del Derecho Penal a través de las Escuelas Penales y sus representantes. La Paz, Bolivia, Centro de Estudios de Derecho.
- RIQUELME, H. 2018. Análisis dogmático y político criminal de la conspiración en la ley n°20000. Revista de Estudios Ius Novum 11 (1). pp. 74-75.
- ROBERT, T. 2012. How Bloody was la Semaine sanglante of 1871? A Revision. Revista "The Historical Journal" 55 (3). pp. 619-704.
- SALAZAR, G. 2000. Labradores, peones y proletarios. Santiago, Chile, LOM Ediciones.
- SCHMITT, C. 1991. El concepto de lo político. Madrid, España, Alianza Editorial.
- SILVA, J. M. 2006. La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales. Montevideo, Uruguay, Editorial B de F.
- VELÁZQUEZ, F. 2009. Derecho Penal Parte General. Santiago, Chile, Ediciones UC.
- VILLEGAS, M. 2010. El otro como enemigo en el Derecho (penal). Especial referencia a la cuestión mapuche. En: CASSIGOLI, I. y SOBARZO, M. Biopolíticas del sur. Santiago, Chile, Editorial ARCIS.
- ZAFFARONI, Raúl. 2013. El enemigo en el Derecho Penal. México, Ediciones Coyoacán.
- _____. 1997. La creciente Legislación Penal y los discursos de emergencia. Teorías actuales en el derecho penal. Buenos Aires, Argentina, Editorial AD HOC.

ZIFFER, P. 1999. Lineamientos de la determinación de la pena. Argentina, Buenos Aires, Editorial AD HOC.

Textos legales

- CHILE. Ministerio de Justicia. 1874. Código Penal, noviembre de 1874.
- CHILE. Ministerio de Justicia. 1952. Ley 10.309: Fija plan de construcción, transformación, etc., de establecimientos carcelarios.
- CHILE. Ministerio del Interior. 1975. Decreto 890: Fija texto actualizado y refundido de la ley 12.927, sobre seguridad interior del Estado, julio de 1975.

CHILE. Ministerio de Justicia. 1983. Ley 18.216: Establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad.

CHILE. Ministerio del Interior. 1984. Ley 18.314: Determina conductas terroristas y fija su penalidad.

CHILE. Ministerio de Justicia. 1997. Ley 19.501: Introduce modificaciones a la ley n°19.450, al Código de Procedimiento Penal y al Código Penal.

CHILE. Ministerio de Justicia. 2000. Ley 19.696: Establece Código Procesal Penal, octubre de 2000.

CHILE. Ministerio del Interior. 2005. Ley 20.000: Sustituye la ley n°19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2005. Decreto 100: Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile.

CHILE. Ministerio de Justicia. 2012. Ley 20.587: Modifica el régimen de libertad condicional y establece, en caso de multa, la pena alternativa de trabajos comunitarios.

Insumos parlamentarios

CHILE. Cámara de Diputados. 2017. Boletín n°11381-07: Modifica el Código Penal en materia de tipificación del delito de usurpación de inmuebles destinados a la vivienda o a la producción agrícola.

Jurisprudencia administrativa

CHILE. Contraloría General de la República. Dictamen n°28.833-2016.

CHILE. Contraloría General de la República. Dictamen n°481-2018.