



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Ciencias Penales

**ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 492 DEL CÓDIGO PENAL A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD
PENAL**

Memoria de prueba para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales

ISABEL ANDREA YÁÑEZ MORALES

18.168.914-5

Profesor guía: DR. LAUTARO CONTRERAS CHAIMOVICH

SANTIAGO

2019

Esta memoria de prueba ha sido desarrollada en el marco del Proyecto FONDECYT de Iniciación N° 11160021, “La determinación del deber de cuidado en los delitos culposos”, a cargo del profesor Dr. Lautaro Contreras Chaimovich. Le agradezco sinceramente tanto por la oportunidad de participar en este proyecto como por la guía y apoyo durante el desarrollo de este trabajo.

*A Esteban Efraín Paredes Quintanilla,
por 216 alegrías*

ÍNDICE

1	<u>INTRODUCCIÓN</u>	9
1.1	CASOS	9
1.2	POSIBLES PROBLEMAS DE CONSTITUCIONALIDAD Y FINALIDAD DE LA INVESTIGACIÓN	10
1.3	ESQUEMA DEL TRABAJO	11
2	<u>PRINCIPIO DE LEGALIDAD</u>	15
2.1	CUESTIONES HISTÓRICAS GENERALES	15
2.1.1	PERÍODO ANTERIOR AL ILUMINISMO PENAL	15
2.1.2	ILUMINISMO PENAL	17
2.1.3	CRISIS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD	21
2.1.4	REAFIRMACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD	25
2.2	FUNDAMENTOS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD	26
2.2.1	PREVENCIÓN GENERAL	26
2.2.2	FUNCIÓN DE GARANTÍA	27
2.2.3	FUNDAMENTO DEMOCRÁTICO	30
2.2.4	DISTRIBUCIÓN DE PODERES DEL ESTADO	31
2.3	ENUNCIACIÓN DE LAS EXIGENCIAS NORMATIVAS QUE SE DERIVAN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD	33
2.3.1	RESERVA DE LEY (<i>NULLUM CRIMEN NULLA POENA SINE LEGE SCRIPTA O PROPRIA</i>)	33
2.3.2	PROHIBICIÓN DE RETROACTIVIDAD (<i>NULLUM CRIMEN NULLA POENA SINE LEGE PRAEVI</i>)	34
2.3.3	MANDATO DE DETERMINACIÓN (<i>NULLUM CRIMEN NULLA POENA SINE LEGE CERTA</i>)	35
2.3.4	PROHIBICIÓN DE ANALOGÍA (<i>NULLUM CRIMEN NULLA POENA SINE LEGE STRICTA</i>)	36
2.4	CONSAGRACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DERECHO CHILENO	38
2.4.1	CONSAGRACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD A NIVEL LEGAL	38
2.4.2	CONSAGRACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD A NIVEL CONSTITUCIONAL	39
2.4.3	CONSAGRACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS FIRMADOS Y RATIFICADOS POR CHILE	41
3	<u>PRESENTACIÓN DEL ARTÍCULO 492 DEL CÓDIGO PENAL</u>	45
3.1	DELITOS CONTRA LAS PERSONAS	47
3.1.1	HOMICIDIO	48
3.1.2	LESIONES CORPORALES	54
3.2	ESTRUCTURA Y PARTICULARIDADES DEL DELITO IMPRUDENTE	60
3.2.1	IMPRUDENCIA EN EL MODELO TRADICIONAL O CANÓNICO DEL DELITO. TIPO IMPRUDENTE COMO DISTINTO DEL TIPO DOLOSO	60
3.2.2	IMPRUDENCIA EN EL MODELO ANALÍTICO DEL DELITO. IMPRUDENCIA COMO CRITERIO DE IMPUTACIÓN SUBJETIVA	63
3.3	EXIGENCIA DE IMPUTACIÓN SUBJETIVA DEL ARTÍCULO 492 DEL CÓDIGO PENAL	66
3.3.1	“POR MERA IMPRUDENCIA O NEGLIGENCIA”	66
3.3.2	“CON INFRACCIÓN DE REGLAMENTOS”	68
4	<u>COMPATIBILIDAD DEL INCISO 1º DEL ARTÍCULO 492 DEL CÓDIGO PENAL CON LA EXIGENCIA DE RESERVA DE LEY</u>	71
4.1	PROBLEMA DE CONSTITUCIONALIDAD	71
4.2	LEYES PENALES EN BLANCO	73

4.2.1	CONCEPTO	73
4.2.2	ADMISIBILIDAD DE LAS LEYES PENALES EN BLANCO PROPIAS EN EL DERECHO CHILENO	76
4.3	¿ARTÍCULO 492 DEL CÓDIGO PENAL COMO LEY PENAL EN BLANCO PROPIA?	83
5	<u>COMPATIBILIDAD DEL ARTÍCULO 492 DEL CÓDIGO PENAL CON EL MANDATO DE DETERMINACIÓN</u>	89
5.1	PROBLEMA DE CONSTITUCIONALIDAD	89
5.2	CONTENIDO DEL MANDATO DE DETERMINACIÓN	90
5.2.1	FUNDAMENTACIÓN “SUBJETIVISTA” DEL MANDATO DE DETERMINACIÓN	90
5.2.2	FUNDAMENTACIÓN “GARANTISTA” DEL MANDATO DE DETERMINACIÓN	95
5.3	¿ARTÍCULO 492 DEL CÓDIGO PENAL COMO LEY PENAL INDETERMINADA?	97
5.3.1	“CON INFRACCIÓN DE REGLAMENTOS Y POR MERA IMPRUDENCIA O NEGLIGENCIA”	98
5.3.2	“CRIMEN O SIMPLE DELITO CONTRA LAS PERSONAS”	100
6	<u>RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES</u>	105
	<u>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS</u>	113

1 INTRODUCCIÓN

1.1 CASOS

El 27 de febrero de 2010, a las 03.34 de la madrugada, un terremoto grado 8.8 en la escala de Richter afectó la zona centro y la zona sur de Chile. Este evento sísmico provocó daños serios en infraestructura, especialmente edificios y caminos, y un tsunami que arrasó las costas de la zona sur, destruyó pueblos costeros y acabó con la vida de cientos de personas. En este contexto, se presentaron dos casos de responsabilidad penal por la provocación de la muerte de personas y de lesiones de distinta gravedad, causadas por mera imprudencia o negligencia y con infracción de reglamentos, en los términos del inciso 1º del artículo 492 del Código Penal.

El primero de ellos es el llamado “Caso Alto Río”¹. El edificio Alto Río, ubicado en la ciudad de Concepción, se derrumbó durante el ya mencionado terremoto, lo que causó la muerte de ocho personas y que otras siete resultaran con lesiones graves. El Ministerio Público persiguió la responsabilidad penal de ocho personas por los hechos, por su vinculación con el diseño estructural o con la construcción del edificio, ya que en estos habría habido insuficiencias debido a la infracción de reglamentos de ingeniería, lo que habría provocado la fractura y derrumbe del edificio durante el terremoto.

El segundo es el llamado “Caso Tsunami”², en el que se persiguió la responsabilidad penal de las autoridades de los organismos públicos que estaban encargados de dar la respectiva alerta de emergencia, cuya omisión y retardo habría condicionado las muertes provocadas por el tsunami que sucedió al terremoto del 27 de febrero de 2010. Esta omisión y retardo de la alerta de emergencia habría significado una infracción a los reglamentos que regían las labores de dichos organismos públicos.

¹ Este caso terminó con sentencia de la Corte Suprema (CS, rol 185-2014, 4 de abril de 2014) que rechaza el recurso de nulidad interpuesto en contra de la sentencia condenatoria del Tribunal de Juicio Oral de Concepción (TJOP Concepción, RIT 251-2012, 10 de diciembre de 2013).

² Este caso terminó por suspensión condicional del procedimiento en causa RIT 4157-2010 ante el 7º Juzgado de Garantía de Santiago, confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago (CA Santiago, rol 1150-2016, 29 de abril de 2016).

En los dos casos anteriormente reseñados, los acusados solicitaron ante el Tribunal Constitucional la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 492 del Código Penal³, alegando que este contravendría el principio de legalidad penal, consagrado en los incisos 8° y 9° del artículo 19 n° 3 de la Constitución Política de la República, así como también en tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Lo anterior muestra que sigue habiendo cierta controversia doctrinaria y jurisprudencial sobre el artículo 492 del Código Penal, desde la perspectiva de su constitucionalidad⁴, y que esclarecer dicha controversia tiene relevancia tanto teórica como práctica.

1.2 POSIBLES PROBLEMAS DE CONSTITUCIONALIDAD Y FINALIDAD DE LA INVESTIGACIÓN

El inciso 1° del artículo 492 del Código Penal establece lo siguiente:

Artículo 492. Las penas del artículo 490⁵ se impondrán también respectivamente al que, con infracción de los reglamentos y por mera imprudencia o negligencia, ejecutare un hecho o incurriere en una omisión que, a mediar malicia, constituiría un crimen o un simple delito contra las personas.

Como ya se dijera, hay quienes han planteado que el inciso 1° del artículo 492 del Código Penal contravendría el principio de legalidad, consagrado en los incisos 8° y 9° del artículo 19 n° 3 de la Constitución en los siguientes términos:

Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

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

[...]

³ TC, rol N° 2154-11, 14 de junio de 2012 y TC, rol N° 2716-14, 10 de septiembre de 2015, respectivamente.

⁴ *Infra* 1.3.

⁵ **Artículo 490.** El que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, si mediara malicia, constituiría un crimen o simple delito contra las personas, será penado:

1°. Con reclusión o relegación menores en sus grados mínimos a medios, cuando el hecho importare crimen.

2°. Con reclusión o relegación menores en sus grados mínimos o multa de once a veinte unidades tributarias mensuales, cuando importare simple delito.

Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.

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

El principio de legalidad así consagrado podría ser desglosado en cuatro estándares normativos diferentes: la exigencia de reserva de ley, la prohibición de retroactividad de la ley penal, el mandato de determinación o exigencia de taxatividad y certeza y, por último, la prohibición de aplicación analógica de la ley penal. El artículo 492 contravendría específicamente el primero y el tercero de estos estándares normativos.

La contravención de la exigencia de reserva de ley estaría dada por la cláusula “con infracción de los reglamentos”, toda vez que entregaría la determinación de la conducta a normas de rango infralegal. Por su parte, la infracción del mandato de determinación estaría dada por las cláusulas “con infracción de los reglamentos” y “por mera imprudencia y negligencia”, toda vez que la ley no determinaría con precisión suficientes cuáles son los deberes de cuidado cuya infracción daría lugar a responsabilidad penal, sino que esa determinación quedaría entregada, por una parte, a la autoridad competente para dictar tales reglamentos y, por otra, al tribunal que efectúe dicho juicio de responsabilidad. Asimismo, podría vulnerar también el mandato de determinación la referencia a “crímenes o simples delitos contra las personas”.

El propósito de la investigación de esta memoria de prueba es precisamente responder las preguntas planteadas en el párrafo anterior sobre la legitimidad constitucional del artículo 492 del Código Penal con el principio de legalidad, específicamente si es que satisface los estándares de reserva de ley y de determinación que se derivan del principio de legalidad.

1.3 ESQUEMA DEL TRABAJO

Con el objetivo de resolver si el inciso 1º del artículo 492 del Código Penal es compatible o no con el principio de legalidad, se comenzará (2) introduciendo el principio de legalidad. En primer lugar,

(2.1) se hará una breve reseña histórica de la evolución del principio de legalidad, para luego (2.2) establecer cuáles son sus fundamentos en la actualidad, entendiendo que son estos fundamentos los que orientan su interpretación. Después, (2.3) se enunciarán las exigencias normativas que se ha entendido que se derivan del principio de legalidad (reserva de ley, prohibición de retroactividad, mandato de determinación y prohibición de analogía). Finalmente, (2.4) se terminará este apartado con la presentación de la consagración del principio de legalidad en distintos cuerpos normativos, como el Código Penal, la Constitución Política de la República y diversos tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

En seguida, (3) se presentará el artículo 492 inciso 1° del Código Penal. En este contexto, se determinará en primer lugar (3.1) qué cabe entender por delitos contra las personas, para luego hacer una breve exposición de los delitos de homicidio (3.1.1) y de lesiones corporales (3.1.2); a continuación, (3.2) se pretende dar cuenta de las particularidades de la estructura del delito culposo y de las distintas formas en que este ha sido entendido por la doctrina, en contraste con la estructura del delito doloso, en la medida en que esto puede representar alguna diferencia en el comportamiento de las exigencias de reserva de ley y de determinación a este respecto. Por último, (3.3) se expondrá cómo se ha entendido hasta ahora la exigencia de imputación subjetiva del artículo 492 inciso 1°, en particular las expresiones “por mera imprudencia o negligencia” y “con infracción de reglamentos”.

A continuación, (4) se analizará en particular la compatibilidad del artículo 492 inciso 1° con la exigencia de reserva de ley. En primer lugar, (4.1) se hará una referencia más detallada al posible problema de constitucionalidad ya introducido. Luego, (4.2.1) se introducirá el concepto de *leyes penales en blanco* y (4.2.2) se analizarán las condiciones de las cuales depende su admisibilidad en el derecho chileno. Finalmente, (4.3) se evaluará la posibilidad de reconstruir el artículo 492 del Código Penal como una ley penal en blanco y se analizará si se cumplen los requisitos necesarios para afirmar su constitucionalidad.

Se continuará (5) analizando en particular la compatibilidad del artículo 492 inciso 1° con el mandato de determinación. En este contexto, (5.1) se presentará con más detalle el posible problema de constitucionalidad. Luego, (5.2) se analizará en profundidad el fundamento del mandato de determinación, pues su contenido es distinto dependiendo de si se adopta (5.2.1) una

fundamentación “subjetivista” o (5.2.2) una fundamentación “garantista” del mismo. Finalmente, (5.3) se evaluará la posibilidad de reconstruir el artículo 492 del Código Penal como una ley penal abierta y se analizará la compatibilidad con el mandato de determinación de las cláusulas (5.3.1) “con infracción de reglamentos y por mera imprudencia o negligencia” y (5.3.2) “que, a mediar malicia, constituiría un crimen o simple delito contra las personas”.

Finalmente (6), se presentarán las conclusiones a las que se habrá llegado al finalizar este trabajo.

2 PRINCIPIO DE LEGALIDAD

2.1 CUESTIONES HISTÓRICAS GENERALES

2.1.1 Período anterior al Iluminismo penal

En términos simples, el principio de legalidad penal contempla, por una parte, el axioma de que no hay delito sin ley (*nullum crimen sine lege*) y, por otra parte, el de que no hay pena sin ley (*nulla poena sine lege*). Esta distinción es relevante para efectos de hacer una reseña histórica del principio de legalidad, pues ya en los ordenamientos más antiguos podemos encontrar ciertos intentos, aunque imprecisos, de descripción de las conductas merecedoras de reproche penal. Si bien no existía el principio de legalidad como tal, en el sentido de que no se reconocía como una exigencia cuya transgresión conllevaba la ilegitimidad de la reacción punitiva, la reacción punitiva sí dependía en cierto sentido de que se hubiese realizado el supuesto de hecho de una norma, consuetudinaria en un primer momento y escrita luego. Por el contrario, la exigencia de que la pena se encuentre a su vez determinada por la ley es una idea que apareció recién con las doctrinas liberales del Iluminismo penal⁶.

Así, en los pueblos primitivos no existía algo similar a lo que hoy conocemos como delito, pero sí es posible identificar prohibiciones de origen “mágico” o religioso, como los *tabú* en los pueblos polinésicos, y que eran “leyes de los dioses que no deben ser infringidas”⁷. Esto es consistente con el hecho de que las reglas penales de muchos de estos pueblos se encontraban en los libros sagrados⁸. La transgresión de estas “leyes” tenía una respuesta social que podría ser identificada con una pena primitiva y que se expresaba en una expulsión de la comunidad de la paz o como una venganza de sangre, según si el ofensor era o no miembro de la tribu ofendida⁹.

Luego, con la expropiación de la pena por parte del poder centralizado, apareció el talió como forma de determinar en cierta medida la gravedad de la pena, dependiendo de cuál era la

⁶ CURY (2005), p. 167.

⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA (1964), pp. 24 ss.; SOLER (1987), pp. 62 s.

⁸ Por ejemplo, en la Torá o Pentateuco, escrituras consideradas sagradas por el judaísmo, el cristianismo y el islam, se encuentran los diez mandamientos, que son precisamente normas de conducta dadas por Yahvé, y además Yahvé dice a Moisés cuál será la pena que se impondrá a determinados delitos, aunque sin distinguir entre lo que hoy sería una pena y lo que hoy sería una reparación en sede civil (véase Éxodo 20, 1-21; 21, 12-37; 22, 1-30; 23, 1-19).

⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA (1964), pp. 240 ss.

gravedad del delito al que ella responde¹⁰, limitándose el ejercicio de la potestad punitiva de este poder centralizado por una cierta exigencia de proporcionalidad, pero aún no por el principio de legalidad.

Si bien la formulación clásica del principio de legalidad está dada por una expresión latina, esta no proviene del derecho romano. Los romanos no conocieron el principio de legalidad, tenían delitos consagrados en términos genéricos y admitían la aplicación por analogía de los mismos. Por su parte, los germanos tampoco conocieron el principio de legalidad, aunque sí tenían un catálogo de delitos relativamente claro y preciso¹¹. En ambos pueblos era usual que el castigo se fundara en el derecho consuetudinario, en la aplicación analógica de alguna norma escrita o en el arbitrio judicial¹².

El principio de legalidad como tal parece tener su primera aparición en la Carta Magna inglesa de 1215¹³, aceptada por el rey Juan I de Inglaterra, posteriormente conocido como Juan sin Tierra. En su artículo 39, la Carta Magna señalaba que:

“**39.** Ningún hombre (sic) libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier forma, ni usaremos la fuerza contra él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares y con arreglo a la ley del reino”¹⁴.

Pero es sin duda con la Ilustración y las reformas penales posteriores a la Revolución Francesa que el principio de legalidad adquirió su fuerza como mecanismo de control de la arbitrariedad de la autoridad estatal y de los jueces¹⁵.

¹⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA (1964), pp. 244 ss.; POLITOFF, MATUS, RAMÍREZ (2004), pp. 21 s.; SOLER (1987), pp. 66 s.

¹¹ WELZEL (1997), pp. 23 s.

¹² ROXIN (1997), p. 141.

¹³ NOVOA (2005), pp. 112 s.

¹⁴ Disponible: <http://alexpeak.com/twr/mc/> (consultado con fecha 29/11/2018).

¹⁵ WELZEL (1997), p. 24.

2.1.2 Iluminismo penal

Ya en la Edad Media había voces que hablaban a favor de la humanización de las penas, caracterizadas en esa época por su atrocidad¹⁶. Esta humanización de las penas fue precisamente una de las principales banderas de lucha del Iluminismo penal, que posteriormente se tradujo en lo que hoy conocemos como el derecho penal liberal, y que apareció como reacción a la práctica punitiva del Antiguo Régimen. El Iluminismo penal buscó principalmente la humanización de las penas y el término de la arbitrariedad judicial. Y el instrumento que apareció para hacer frente a la arbitrariedad judicial fue precisamente el principio de legalidad de los delitos y de las penas¹⁷. El más célebre exponente de este movimiento fue César Beccaria, quien publicó el tratado “De los delitos y de las penas” en la segunda mitad del siglo XVIII.

Beccaria construye sus postulados a partir de la teoría del contrato social¹⁸, cuya elaboración más célebre se encuentra en la obra de Rousseau¹⁹, y fundamenta la pena en una finalidad de prevención general. Señala que, para pasar del estado de naturaleza a la sociedad civil, cada persona deposita una porción de su libertad para poder disfrutar de la libertad restante con tranquilidad, sin la amenaza que significaría que las demás pudiesen ejercer esa libertad a la que es necesario renunciar para establecer la sociedad civil. El soberano administra esta libertad a la que renuncian las personas y es necesario procurar que no haya usurpaciones privadas de esta por parte de cada persona en particular, que nadie se comporte en este sentido como un *free rider* del contrato social, aprovechándose del hecho de que las otras personas hayan renunciado a cierta porción de su libertad, pero sin hacer ella dicha renuncia. Así, señala Beccaria que:

¹⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA (1964), p. 254; POLITOFF, MATUS, RAMÍREZ (2004), p. 23; LABATUT (1963), p. 41.

¹⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA (1964), p. 254; POLITOFF, MATUS, RAMÍREZ (2004), p. 23. Este deseo ilustrado de poner fin a la arbitrariedad judicial en aras de la seguridad jurídica habría coincidido con el deseo por parte de los monarcas absolutos de imponer sus leyes a los jueces, lo que habría facilitado la consolidación de este principio.

¹⁸ Así, JIMÉNEZ DE ASÚA (1964), p. 254.

¹⁹ Véase ROUSSEAU (1986), pp. 37 ss. Rousseau plantea que el Estado, la sociedad civil y el derecho no son instituciones naturales, sino que provienen de convenciones. Los seres humanos nacen libres e iguales y por utilidad propia enajenan parte de esa libertad para constituir este poder estatal que servirá para proteger la libertad restante. Esto ya fijaría límites a lo que el poder estatal está legitimado para realizar, pues ninguna persona renunciaría gratuitamente a toda su libertad: la autoridad absoluta y la obediencia sin límites son en este sentido incompatibles con la propia naturaleza humana. Hay aquí un principio de soberanía popular, pues el poder del soberano no proviene de Dios ni de la naturaleza, sino de los propios individuos que han cedido una porción de su libertad para constituirlo. Así, el objetivo del pacto social que constituye la organización política es, en términos de Rousseau, “[e]ncontrar una forma de asociación que defienda y proteja de toda la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual, uniéndose cada uno a todos, no obedezca, sin embargo, más que a sí mismo y quede tan libre como antes” (p. 38).

“[p]ara evitar estas usurpaciones se necesitaban motivos sensibles que fuesen bastantes a contener el ánimo despótico de cada hombre (sic) cuando quisiere sumergir las leyes de la sociedad en su caos antiguo. Estos motivos sensibles son las penas establecidas contra los infractores de aquellas leyes”²⁰.

En este sentido, se pretende que, al establecer penas para quien realice determinadas conductas, la consideración de esta pena será un “motivo sensible” que disuadirá a la persona de realizar la conducta que es considerada como dañosa por la sociedad. Y es del mismo contrato social que Beccaria deriva el principio de legalidad penal, específicamente la exigencia de reserva legal y el mandato de aplicación estricta de la ley penal, como límite a ese poder punitivo del Estado. Así, señala que:

“[s]ólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad. Y como una pena extendida más allá del límite señalado por las leyes contiene en sí la pena justa más otra pena adicional, se sigue que ningún magistrado, bajo pretexto de celo o de bien público, puede aumentar la pena establecida contra un ciudadano delincuente”²¹.

Los pasajes anteriormente citados revelan que Beccaria concibe al ser humano como un ser racional, que ponderará los beneficios y las desventajas de una conducta determinada antes de realizarla. Es precisamente esta consideración del ser humano como ser racional la que se encontraría en la base de la prohibición de retroactividad y del mandato de determinación, estándares derivados también del principio de legalidad, pues si cada persona ponderará los beneficios y las desventajas de una determinada conducta antes de realizarla, es necesario entonces que esta sepa con anterioridad cuál es la pena que arriesga si realiza tal conducta:

²⁰ BECCARIA (2000), pp. 215 s.

²¹ BECCARIA (2000), p. 218.

“[a]sí adquieren los ciudadanos aquella seguridad de sí mismos, que es justa porque es el fin que buscan los hombres (sic) en la sociedad, que es útil porque los pone en el caso de calcular exactamente los inconvenientes de un mismo hecho”²².

Es necesario entonces que la conducta que es considerada como delito y que la pena a ser impuesta sobre quien comete esa conducta estén claramente descritas en la ley, que se encuentren determinadas de tal modo que el individuo pueda conocer sin dudas cuál es la conducta que debe abstenerse de realizar si quiere evitar la imposición de la pena y cuál es la pena que arriesga en el caso de que realice la conducta, y todo esto con anterioridad a la misma. Esto puede extraerse del siguiente pasaje:

“[l]a oscuridad que arrastra consigo [...] aún lo será mayor cuando las leyes estén escritas en una lengua extraña para el pueblo, que lo ponga en la dependencia de algunos pocos, no pudiendo juzgar por sí mismo cuál será el éxito de su libertad o de sus miembros en una lengua que forma de un libro público y solemne uno casi privado y doméstico”²³.

Aunque Beccaria se refiere aquí específicamente a la necesidad de que las leyes se encuentren publicadas y en un idioma conocido por el pueblo, el mismo fundamento puede esgrimirse para sostener la exigencia de determinación de la ley penal, pues solo en la medida en que la conducta constitutiva de delito y la pena asociada a la misma se encuentren claramente determinadas por la ley, el individuo podrá “juzgar por sí mismo cuál será el éxito de su libertad”.

Es de estos mismos fundamentos —el contrato social y la finalidad de prevención general de la pena— que Beccaria desprende también el principio de proporcionalidad. Así, en la medida en que se conciben las penas como motivos sensibles para contener a las personas y prevenir la comisión de delitos, para que se cumpla este objetivo la pena tendrá que ser mayor al beneficio que el delito reporta para la persona que se dispone a cometerlo. Pero nadie consentiría en que se le impusiera una pena mayor a la estrictamente necesaria para cumplir dicha función de prevención.

²² BECCARIA (2000), p. 222.

²³ BECCARIA (2000), p. 223.

Así, resulta que “toda pena que no se deriva de la absoluta necesidad es tiránica”²⁴, pues “cada uno no quiere poner en el depósito público sino la porción más pequeña que sea posible, aquella sólo que baste a mover a los hombres (sic) para que la defiendan”²⁵. Sin embargo, lo anterior no significa que el principio de legalidad y el principio de proporcionalidad sean uno y el mismo principio, ni que uno pueda derivarse del otro. Tampoco significa que pueda derivarse del principio de legalidad, el principio de que el derecho penal deba ser de *ultima ratio*. Estos tres principios son principios distintos, cumplen funciones distintas y establecen estándares de legitimación distintos²⁶.

Michel Foucault resume, de forma magistral, la empresa del Iluminismo penal en el campo de la legalidad con las siguientes palabras:

“[e]s necesario que a la idea de cada delito y de las ventajas que de él se esperan vaya asociada la idea de un castigo determinado con los inconvenientes precisos que de él resultan; hace falta que, entre una y otra, se considere el vínculo como necesario y que nada pueda romperlo. [...] Que las leyes que definen los delitos y prescriben las penas sean absolutamente claras, ‘con el fin de que cada miembro de la sociedad pueda distinguir las acciones criminales de las acciones virtuosas’. Que estas leyes se publiquen, que cada cual pueda tener acceso a ellas; se dan por terminadas las tradiciones orales y las costumbres, y hay, en cambio una legislación escrita, que sea el ‘monumento estable del pacto social’, textos impresos, accesibles a todos”²⁷.

²⁴ BECCARIA (2000), p. 216.

²⁵ BECCARIA (2000), p. 217.

²⁶ Para la diferencia entre el principio de legalidad en tanto estándar de legitimación formal de la ley penal y el principio de proporcionalidad en tanto estándar de legitimación material, véase NAVARRO (2010), pp. 2 ss. Sin embargo, hay autores que han entendido estos principios como uno solo. Así, por ejemplo, URQUIZO (2000), p. 18, quien señala que “[e]l principio de legalidad es, pues, un medio racional de lograr la seguridad jurídica que evita que el sistema punitivo se desborde creando formas e instrumentos coercitivos que no expresan necesidades finales de los procesos de organización de la persona, la sociedad o el Estado. Bajo la forma de Ley penal no se aceptará, por ejemplo, una limitación intolerable y vejatoria a la esfera de libertad del ciudadano”; BOVINO (1998), p. 74, quien afirma que “[u]no de los fundamentos de la exigencia de ley previa reconoce al derecho penal como sistema discontinuo o fragmentario de prohibiciones, que interviene como *ultima ratio* del ordenamiento jurídico” y que “la ‘inflación penal’ [...] ha generado una pérdida de sentido del principio de legalidad como límite a la injerencia punitiva estatal”; SAAVEDRA (1995), p. 72, quien reconoce como una violación del principio de legalidad “la creación de delitos que no afectan bienes jurídicos, [la] proliferación de tipos penales de peligro abstracto”. Parece ser conveniente para una mejor comprensión de las distintas limitaciones a las que se encuentra sujeto el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, y sin perjuicio de la relación que puede haber entre ellas, mantener clara la distinción lógica entre las mismas.

²⁷ FOUCAULT (2008), p. 110, aunque negando que esta empresa haya estado inspirada por un espíritu humanista. Esta “humanización” de las penas tendría como consecuencia principal, según Foucault, el servir de mejor manera que las penas atroces para la prevención del delito, toda vez que para una persona representaría mejor desincentivo a cometer el delito la certeza de una pena, aunque sea más benigna, que la atrocidad de una pena de la que tiene cierta esperanza

El punto culmen del desarrollo del principio de legalidad en este derecho penal liberal se encuentra en la célebre formulación latina que Feuerbach haría del mismo: *nullum crimen nulla poena sine lege*, y que es utilizada para definirlo hasta el día de hoy²⁸.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, como expresión del iluminismo de la época, recoge el principio de legalidad. En su artículo 7º establece que “[n]ingún hombre (sic) puede ser acusado, arrestado o detenido, salvo en los casos determinados por la Ley y en la forma determinada por ella”, y añade en su artículo 8º que “[l]a Ley sólo debe establecer penas estrictas y evidentemente necesarias, y tan sólo se puede ser castigado en virtud de una Ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente”²⁹.

La influencia de los postulados de este derecho penal liberal llevó a varios monarcas de la época a hacer modificaciones a las leyes penales de sus reinos³⁰ y el principio de legalidad fue posteriormente recibido por las legislaciones penales nacionales durante el proceso de codificación del siglo XIX³¹.

2.1.3 Crisis del principio de legalidad

Sin embargo, el asentamiento del principio de legalidad como limitación al poder punitivo del Estado no ha sido un proceso libre de cuestionamientos ni de crisis.

de escapar. Además, la ejecución pública de una pena atroz generaba incluso un sentimiento de solidaridad del pueblo para con quien sufre la imposición de la pena, lo que atenta contra la consideración del delincuente como infractor del pacto social. Así, la pena más benigna no generaría ese sentimiento de solidaridad y posibilitaría la designación del delincuente como el enemigo común y su progresiva exclusión de la sociedad.

²⁸ COUSIÑO (1975), p. 81.

²⁹ Disponible: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf (consultado con fecha 29/11/2018).

³⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA (1964), pp. 257 ss.; POLITOFF, MATUS, RAMÍREZ (2004), pp. 25.

³¹ NOVOA (2005), p. 113; ROXIN (1997), pp. 142 s.; POLITOFF, MATUS, RAMÍREZ (2004), pp. 26 s. Así, por ejemplo, el art. 4º del Código Penal francés de 1810 (“ninguna contravención, ningún delito ni crimen, podrán ser castigados con penas que no hayan sido pronunciadas por la ley, antes de ser perpetrados”); el art. 3º del Código Penal español de 1822 (“a ningún delito ni culpa se impondrá nunca otra pena que la que le señale alguna ley promulgada antes de su perpetración”); el art. 2º del Código Penal belga de 1868 (“ninguna infracción podrá ser castigada con penas que no estaban establecidas antes de que la infracción fuese perpetrada”); el § 2 del Código Penal alemán de 1871 (“una acción sólo puede ser castigada con una pena, si esta pena estaba determinada por la ley antes de que la acción fuese cometida”); y el art. 18 de nuestro Código Penal en su versión original de 1874 (“ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración”).

Por una parte, con la consolidación de la prevención como criterio de legitimación de la pena y el surgimiento de la llamada “escuela positiva” a fines del siglo XIX, el principio de legalidad comenzó a ser visto más como un obstáculo al cumplimiento de los fines de la pena, que como un posibilitador de los mismos. Así, por ejemplo, se entiende que la pena cumple por una parte una función de prevención general, al producir un efecto de intimidación en la generalidad de la población, pero que es ante todo sobre el criminal mismo que la pena actúa para que no vuelva a delinquir, buscando ya sea la reinserción social del delincuente, por la vía de la intimidación o por la vía de la corrección, ya sea la segregación e inocuización del mismo si la adaptación no es posible³². De este modo, cuál sea la pena cuya aplicación mejor cumpla los fines asociados a la misma dependerá radicalmente de las características particulares de la persona sobre la cual se impondrá³³, lo que vuelve desaconsejable que la pena se encuentre prevista por la ley con anterioridad a su imposición en el caso concreto, e incluso que la sentencia judicial que la impone la determine con exactitud, pues es en el momento de la ejecución de la pena en el que se podrá conocer de mejor manera cuál es la pena específica que mejor cumple los fines antes mencionados³⁴. Así, exponentes de la escuela positiva dejaron de hablar de “penas” y entendieron la reacción penal como una “sanción defensiva” que debía adecuarse a la peligrosidad del delincuente, no al daño provocado por el delito, peligrosidad que es imposible determinar con antelación, por lo que se vuelve necesario que la sanción se encuentre indeterminada en un nivel abstracto y general³⁵. Incluso, llevado lo anterior hasta sus últimas consecuencias, ni siquiera es necesario esperar a que un individuo cometa un delito si es que muestra indicios claros de peligrosidad, pues bastarían estos indicios para imponer medidas preventivas³⁶.

Por otra parte, con la aparición de regímenes totalitarios en diferentes países del mundo en la primera mitad del siglo XX, el principio de legalidad sufrió una importante crisis a nivel de derecho positivo al ser rechazado por estos³⁷. Por ejemplo, el Código Penal de la Rusia Soviética incluía en su artículo 6º una definición general de delito, basada en la noción de peligro y que prescindía de la tipificación legal, en los siguientes términos:

³² VON LISZT (2005), pp. 5 s.

³³ VON LISZT (2005), pp. 16 ss.

³⁴ VON LISZT (2005), pp. 22 s.

³⁵ COUSIÑO (1975), pp. 67 s.

³⁶ COUSIÑO (1975), p. 68.

³⁷ NOVOA (2005), pp. 114 s.; COUSIÑO (1975), pp. 91 s.; CURY (1988), pp. 17 s.

“**Art. 6º.** Se reputa peligrosa toda acción u omisión dirigida contra la estructura del Estado soviético o que lesione el orden jurídico creado por el régimen de los trabajadores y campesinos para la época de transición a la organización social comunista”³⁸.

A continuación, el artículo 7º del mismo cuerpo legislativo establecía:

“**Art. 7º.** A las personas que hayan ejecutado hechos peligrosos o que representen un peligro a causa de sus relaciones con ambientes delictuosos o de su conducta anterior se les aplicarán medidas de defensa social de carácter judicial correccional, de carácter médico o de carácter médico-pedagógico”³⁹.

De esta forma, el catálogo de delitos contenido en la parte especial del Código Penal de la Rusia Soviética no constituía un catálogo cerrado, sino por el contrario, una lista abierta de delitos que en ningún caso agotaba las conductas que podían ser objeto de la imposición de una “medida de defensa social” por parte del tribunal⁴⁰. Esto estaba expresamente señalado en el artículo 16 de dicho cuerpo legislativo, que señalaba:

“**Art. 16.** Cuando algún acto socialmente peligroso no estuviese expresamente previsto en el presente Código, el fundamento y la extensión de su responsabilidad se determinarán con arreglo a los artículos del mismo, relativos a delitos de índole análoga”⁴¹.

Así, el derecho penal de la Rusia Soviética rompe con la tradición liberal antes reseñada que entiende la potestad punitiva del Estado como esencialmente limitada en su ejercicio por la necesidad de proteger a los ciudadanos que se exponen a ella y de establecer garantías para ello.

³⁸ CUELLO (1931), p. 120.

³⁹ CUELLO (1931), p. 120.

⁴⁰ POLITOFF, MATUS, RAMÍREZ (2004), p. 38; CUELLO (1931), pp. 29 ss.

⁴¹ CUELLO (1931), p. 123.

Por su parte, en la Alemania nazi se incluyó en 1935 una modificación del artículo 2º del Código Penal que abolía el principio de legalidad penal⁴² al establecer que:

“[s]erá castigado quien cometa un hecho que la ley declara punible o que según el concepto fundamental de una ley penal y según el sano sentimiento popular merece castigo. Si ninguna ley penal determinada resulta aplicable directamente al hecho, éste será castigado según la ley cuyo concepto fundamental corresponde mejor a él”⁴³.

Esta modificación se realizó precisamente por considerar que el principio de legalidad atentaba contra los objetivos que debía tener el derecho penal. Así, Gürtner, Ministro de Justicia del III Reich, justificó tal modificación señalando que:

“[u]n derecho penal que se conforme con penar únicamente al que viole una prescripción consignada por escrito en un texto de la ley, no puede realizar sino de un modo muy relativo las necesidades de la justicia. Un derecho así concebido determina, de modo necesario, la abdicación del juez cuando el legislador ha dejado una laguna o cuando el espíritu inventivo del delincuente ha descubierto, para delinquir, nuevas vías no previstas por la ley. El legislador no puede preverlo todo porque no es omnisciente y omniprevisor. Un acto digno de castigo no puede quedar impune por la sola razón de que la ley sea incompleta”⁴⁴.

No es de extrañar que regímenes totalitarios, que conciben el poder del Estado como absoluto y como igualmente absoluta la subordinación de las personas al mismo, desechen el principio de legalidad como rector del ejercicio de la potestad punitiva del Estado, pues precisamente lo que el principio de legalidad hace es poner límites a un poder que se concibe como sin límites⁴⁵.

⁴² NOVOA (2005), p. 114; WELZEL (1997), p. 24; ROXIN (1997), p. 120.

⁴³ Citado en NOVOA (2005), p. 114.

⁴⁴ Citado en NOVOA (2005), p. 114.

⁴⁵ NOVOA (2005), p. 114; CUELLO (1931), p. 32; POLITOFF, MATUS, RAMÍREZ (2004), pp. 37 s.

2.1.4 Reafirmación del principio de legalidad

Sin embargo, las doctrinas penales modernas y los ordenamientos jurídicos de la tradición occidental se encuentran hoy contestes en la necesidad de la vigencia del principio de legalidad como principio rector del derecho penal en tanto límite del ejercicio de la potestad punitiva del Estado. El desarrollo, durante la segunda mitad del siglo XX, del derecho internacional de los derechos humanos contribuyó significativamente al asentamiento de lo anterior⁴⁶. Se considera hoy que todo Estado democrático de Derecho, respetuoso de los derechos humanos, debe tener en la base de su sistema jurídico-penal el principio de legalidad⁴⁷.

Funcional a lo anterior ha sido la categoría del “tipo penal”, elaborada por Beling, pues los tipos penales son los que señalan y delimitan qué conductas serán consideradas como delictivas y a cuya comisión por lo tanto puede asociarse la imposición de una pena⁴⁸.

Esta vigencia universal del principio de legalidad penal se muestra en la incorporación del principio de legalidad penal en diversos tratados internacionales de derechos humanos, como se verá más adelante⁴⁹, y en la consagración del mismo en las constituciones modernas⁵⁰, así como en el prácticamente unánime consenso doctrinal en la materia.

No obstante lo anterior, recientemente han vuelto a aparecer voces más bien escépticas en esta materia, que si bien no cuestionan la necesidad del principio de legalidad en tanto garantía fundamental del derecho penal, sí cuestionan su plena vigencia en el derecho penal contemporáneo⁵¹. Así, se ha cuestionado, por ejemplo, que hoy el principio de legalidad opere como una efectiva garantía del origen democrático de las leyes penales, en la medida en que éstas muchas

⁴⁶ Para una revisión del proceso de consolidación del principio de legalidad, específicamente de la prohibición de retroactividad, como norma de derecho consuetudinario internacional, véase GALLANT (2012).

⁴⁷ NOVOA (2013), pp. 1 s.; ROXIN (1997), pp. 120 s., 143.

⁴⁸ NOVOA (2013), p. 2; SAAVEDRA (1995), pp. 70, 72.

⁴⁹ *Infra* 2.4.3.

⁵⁰ Por ejemplo, la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, en su artículo 103 n° 2, establece que “[u]n acto sólo podrá ser penado si su punibilidad estaba establecida por ley anterior a la comisión del acto” y la Constitución española, en su artículo 25 n° 1, señala que “[n]adie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”.

⁵¹ Véase SILVA SÁNCHEZ (2015).

veces tienen su origen material en organismos técnicos o se deben a la correlación de fuerzas de los partidos políticos dominantes, que no es siempre expresiva de la voluntad popular⁵².

Por otra parte, ha habido también una cierta *sustancialización* o *materialización* del principio de legalidad⁵³, incorporando en su contenido garantías y principios que obedecen más bien a otros criterios. Como ya se mencionara⁵⁴, en este trabajo se prefiere mantener la distinción conceptual entre el principio de legalidad, en tanto estándar de legitimación formal de la ley penal, de otros principios que pudiesen apuntar a su legitimación material, como el principio de proporcionalidad⁵⁵.

2.2 FUNDAMENTOS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

A continuación se revisarán someramente los distintos fundamentos que se han esgrimido como base del principio de legalidad. Tradicionalmente estos principios se presentan en una relación de complementariedad. El análisis más pormenorizado sobre la pertinencia de estos fundamentos para explicar el contenido y alcance de cada una de las exigencias que se derivan del principio de legalidad se realizará en los apartados en que ello corresponda.

2.2.1 Prevención general

Como ya se expusiera⁵⁶, uno de los fundamentos en los que Beccaria sostenía el principio de legalidad era el objetivo de prevención general de los delitos que debe perseguir la ley penal⁵⁷. Así, para Beccaria era necesario que las conductas delictivas, que se procura no sean cometidas, estén claramente descritas con anterioridad al momento en el que el individuo de que se trate decida actuar en uno u otro sentido, pues solo así el hecho de que tal conducta se encuentre tipificada como delito servirá como “motivo sensible” para no realizarla⁵⁸.

⁵² SILVA SÁNCHEZ (2015), p. 1.

⁵³ SILVA SÁNCHEZ (2015), p. 3.

⁵⁴ *Supra* 2.1.1, especialmente n. 26.

⁵⁵ En contra de esta concepción estrictamente formal del principio de legalidad, aunque desde una perspectiva más bien iusnaturalista, NAUCKE (2000).

⁵⁶ *Supra* 2.1.2.

⁵⁷ Véase FERNÁNDEZ (1989), pp. 80 s. No es pertinente aquí zanjar la discusión sobre los fines de la pena. Para una crítica a la función de prevención general de la pena y una afirmación de su función retributiva, véase MAÑALICH (2007).

⁵⁸ BECCARIA (2000), pp. 215 ss., 218 ss.

Asimismo, Feuerbach elaboró su teoría de la prevención general negativa como justificación de la pena, que concebía la pena como una amenaza, una coacción psíquica que debía producir el efecto de inhibir los comportamientos delictivos. En el mismo sentido que Beccaria, para que esta amenaza cumpliera dicho objetivo, la pena debía estar claramente determinada en la ley con anterioridad al hecho que se busca prevenir⁵⁹. Esto porque el sujeto se abstendrá de realizar conductas constitutivas de delito solo si tiene la certeza de que de este modo no se encuentra expuesto al riesgo que la imposición de una pena representa. Si el sujeto supiera que incluso comportándose conforme a derecho puede ser víctima de la imposición de una pena, entonces la ley penal perdería de forma considerable su potencial disuasivo⁶⁰.

2.2.2 Función de garantía

El principio de legalidad cumple en el Estado de Derecho una función de garantía⁶¹ y es sin duda esta su función principal. Von Liszt se refería a este principio como la “Carta Magna del delincuente”, pero sería más preciso señalar que es en realidad la Carta Magna de aquellos que no delinquen, pues pueden tener la certeza de que no estarán expuestos a la imposición de una pena⁶². El principio de legalidad cumple la función de proteger a quien es objeto de persecución penal de arbitrariedades o abusos que pueda cometer el Estado en el ejercicio de su potestad punitiva⁶³, lo que es especialmente relevante si se tiene en consideración que lo que está en juego es una afectación

⁵⁹ NOVOA (2005), p. 115; STRATENWERTH (1982), p. 29.

⁶⁰ En este sentido, CURY (1988), p. 12, quien afirma que “[s]i la finalidad de la pena es disuadir mediante la amenaza de su imposición, entonces, para que los ciudadanos se sientan efectivamente motivados a desistir de ejecutar el delito, es indispensable que la ley les dirija la advertencia de que el hecho está castigado como tal antes de haberlo realizado”.

⁶¹ En este sentido, CURY (2005), p. 165; URQUIZO (2000), pp. 20 ss.; SAAVEDRA (1995), p. 75; FERNÁNDEZ (1989), pp. 82 ss.

⁶² NOVOA MONREAL (2005), p. 115; URQUIZO (2000), pp. 23, 35 s.

⁶³ En este sentido, ROXIN (1997), p. 137; NOVOA MONREAL (2005), p. 112; URQUIZO (2000), pp. 23 s., 36, 38 s.; COUSINO (1975), p. 83. Considerando que esta función de garantía es una “promesa no cumplida” del principio de legalidad, BOVINO (1998), pp. 77 ss., quien además señala que la consagración del principio de legalidad como límite al ejercicio de la potestad punitiva del Estado cumple efectivamente esta función de límite, pero con el costo de no cuestionar su ejercicio mismo, de impedir que entre en crisis la legitimidad del Estado para imponer coactivamente un castigo, y de considerar como necesaria la relación meramente contingente entre delito y pena, apareciendo la pena como única respuesta posible a la conducta descrita como delito en la ley penal y cerrando la puerta a otras respuestas más racionales. En contra de que la función del principio de legalidad sea sólo de límite a la potestad punitiva del Estado, GANDULFO (2009), p. 295, n. 2, quien afirma que esta concepción “considera al Estado como libre *prima facie* para el ejercicio del poder punitivo, y que la legalidad sólo viene a contener de alguna manera tal poder”, cuando en realidad debiese considerarse al principio de legalidad como constitutivo de la potestad punitiva del Estado, en la medida en que “en un Estado de Derecho, toda actividad estatal, y en especial la restrictiva de los derechos fundamentales, está sometida al imperio absoluto de las normas jurídicas”.

sería de bienes fundamentales de la persona humana⁶⁴. Esta misma función de garantía del principio de legalidad explica la exigencia de que no solo la conducta punible, sino también la pena misma tenga que encontrarse claramente determinada con anterioridad al hecho de cuyo juzgamiento se trata, pues, como señalara Roxin,

“la garantía de constitucionalidad del principio de legalidad tendría poco valor si no pudiera impedir también la posterior transformación de una previsión de pena muy benigna en una muy dura; en tal caso siempre sería posible la arbitrariedad estatal, que la Constitución pretende excluir”⁶⁵.

Por otra parte, la función de garantía del principio de legalidad explica que este permita, aunque no obligue a, por ejemplo, la aplicación retroactiva de una ley penal más favorable o la aplicación analógica *in bonam partem* de la ley penal. En la medida en que lo que persigue el principio de legalidad es, como ya se señalara, poner un límite a la arbitrariedad del Estado en el ejercicio de su potestad punitiva, no es contrario a este propósito, por ejemplo, que quien comete un delito sea castigado con una pena distinta pero menos severa que aquella contemplada por la ley al momento de la comisión del hecho⁶⁶. De este modo, cada una de las exigencias normativas que se derivan del principio de legalidad⁶⁷ representará un imperativo solo en aquella dimensión cuya observancia proteja al imputado⁶⁸.

⁶⁴ En este sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en CIDH, *Caso De la Cruz Flores vs. Perú*, sentencia de 18 de noviembre de 2004, párrafo 81. El Tribunal Constitucional, por su parte, asocia esta función de garantía a la posibilidad de conocimiento anticipado por parte de las personas de los comportamientos que la ley sanciona (TC, rol 24-84, 4 de diciembre de 1984; TC, rol 1973-11, 3 de noviembre de 2011; TC, rol 2154-11, 14 de junio de 2012; TC, rol 2716-14, 10 de septiembre de 2015; TC, rol 2738-14, 24 de septiembre de 2015; TC, rol 2817-15, 28 de enero de 2016; TC, rol 3115-16, 18 de julio de 2016); aunque también reconoce que la posibilidad de conocimiento de la norma es una cuestión relacionada más bien con la culpabilidad y que la función de garantía del principio de legalidad se vincula fundamentalmente al control de la arbitrariedad de la autoridad (TC, rol 2530-13, 21 de agosto de 2014; TC, rol 2738-14, 24 de septiembre de 2015).

⁶⁵ ROXIN (1997), p. 139. Esto es especialmente relevante para que la determinación de la pena a ser impuesta no dependa del impacto que produce en la sensibilidad pública la comisión del delito en cuestión.

⁶⁶ Como lo permite artículo 19 n° 3 inciso 8° de la Constitución Política de la República (“ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”) y como lo ordena artículo 18 incisos 2° y 3° del Código Penal (“si después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término, se promulgare otra ley que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento. Si la ley que exima el hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa se promulgare después de ejecutoriada la sentencia, sea que se haya cumplido o no la condena impuesta, el tribunal que hubiere pronunciado dicha sentencia, en primera o única instancia, deberá modificarla de oficio o a petición de parte”).

⁶⁷ *Infra* 2.3.

⁶⁸ Esto no es del todo pacífico en la doctrina. Por ejemplo, NAVARRO (2010), pp. 17, 93 s., afirma que “el argumento a favor del reo o a favor de la libertad no sirve para relajar totalmente las garantías del mandato de determinación [...]. Pues

Tribunales internacionales de derechos humanos también han comprendido y desarrollado el principio de legalidad desde esta función de garantía. Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a propósito del mandato de determinación de la ley penal, ha señalado que:

“la ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad”⁶⁹.

En un sentido similar, la misma Corte también ha señalado que:

“en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva [...] exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto”⁷⁰.

Además, en los párrafos transcritos de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es posible ver dos formas distintas de entender esta función de garantía que cumple el principio de legalidad. Por una parte, puede entenderse como una forma de controlar la arbitrariedad de los jueces en la decisión del caso concreto y, por otra, puede entenderse como una

la seguridad jurídica no sólo se enfoca a la protección de las esferas de libertad del reo, sino que también protege las libertades del resto de la sociedad mediante la realización del Derecho por los poderes públicos”. En relación con lo anterior, es necesario tener en cuenta que, de todas formas, la vinculación de los jueces a la ley es uno de los elementos esenciales de un Estado democrático de Derecho. Así, el juez no puede apartarse de la ley para resolver el caso concreto, incluso si ello es favorable al imputado. En este sentido se pronuncia MONTIEL (2008), p.16, quien afirma que “la legalidad es algo más que la simple protección de la ciudadanía frente al poder de castigar” y que “abarcaría tanto a la dimensión jurídica que grava las órbitas de libertad individual como las que tienden a ampliarlas o a asegurarlas”. Sin embargo, Montiel admite “la posibilidad de morigerar las exigencias derivadas del principio de legalidad cuando se trata de atenuar o excluir la responsabilidad penal”.

⁶⁹ CIDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, sentencia de 30 de mayo de 1999, párrafo 121.

⁷⁰ CIDH, *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, sentencia de 2 de febrero de 2001, párrafo 106.

garantía de previsibilidad de la sanción por parte de los sujetos, de forma que la sanción de su conducta no sea sorpresiva. Sobre esto se volverá más adelante⁷¹.

2.2.3 Fundamento democrático

Tal como fue referido anteriormente⁷², ya en Beccaria podemos encontrar la fundamentación democrática del principio de legalidad, específicamente de la exigencia de reserva de ley, aunque también de la prohibición de aplicación por analogía de la ley penal. Como ya fuese referido, señalaba Beccaria que “sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social”⁷³. Bajo la teoría del contrato social, que es la teoría sobre la cual Beccaria construye sus postulados, los individuos que renuncian a una porción de su libertad para la constitución de la sociedad civil, que asegura el disfrute de la libertad restante, solo pondrán tal libertad cedida en las manos del legislador en sentido estricto, del poder del Estado cuyas actuaciones son expresiones de la voluntad popular. Y en la medida en que lo que hace el derecho penal es precisamente restringir derechos fundamentales de la persona humana, con mayor razón dicha restricción se justifica solo en la medida en que imponer dichas restricciones no queda al arbitrio de algún sujeto individual, sino solo en manos del órgano legislador⁷⁴, quien tiene la legitimación democrática para imponer dichas restricciones y que se rige por un procedimiento reglado que al menos en teoría permite la deliberación entre distintas posturas. De esta forma, el procedimiento de deliberación de la ley legitima su contenido⁷⁵ y se conecta el fundamento democrático del principio de legalidad con su función de garantía.

Este fundamento democrático del principio de legalidad explica a cabalidad la exigencia de reserva de ley⁷⁶ que se deriva del mismo, según la cual solo la ley en sentido estricto puede ser fuente del derecho penal. Ni la función de prevención general que tradicionalmente se le asigna a la ley penal, ni la función de garantía entendida simplemente como exclusión de la arbitrariedad judicial

⁷¹ *Infra* 5.2.

⁷² *Supra* 2.1.2.

⁷³ BECCARIA (2000), p. 218.

⁷⁴ URQUIZO (2000), p. 29; NAVARRO (2010), p. 37.

⁷⁵ Para esta noción de legitimación procedimental, véase HABERMAS (1991), pp. 159 ss.

⁷⁶ *Infra* 2.3.1.

logran este cometido, pues ambas funciones se cumplen ya si es que las normas que tipifican ciertas conductas como delitos y asocian una pena a su realización se encuentran claramente determinadas de forma previa y cumplen ciertas exigencias mínimas de publicidad, con independencia de cuál sea la fuente de producción de dichas normas. Así, es la exigencia de que las normas penales tengan que ser expresión de la voluntad popular para ser legítimas lo que explica la exigencia de reserva de ley⁷⁷.

Como se señalara, también la prohibición de analogía se deja reconducir a este fundamento democrático⁷⁸, pues lo que el juez hace al aplicar por analogía una determinada norma es aplicarla a casos que no se encuentran sometidos a ella, extendiendo su ámbito de aplicación más allá de la voluntad de la ley. De esta forma, la decisión de aplicar tal norma al caso en cuestión es una decisión que toma el juez, que no se encuentra legitimado democráticamente para ello, y no la ley⁷⁹.

2.2.4 Distribución de poderes del Estado

Estrechamente vinculado al fundamento democrático del principio de legalidad y al cumplimiento de su función de garantía⁸⁰ se encuentra el principio de la división de los poderes del Estado. Este principio tiene su origen en la obra de Montesquieu. Este autor reconoce que todo Estado tiene tres poderes: un poder legislativo, un poder ejecutivo y un poder judicial; y señala que la separación de esos tres poderes es condición necesaria para la libertad política de los ciudadanos. No hay libertad si se reúnen en una misma persona o en un mismo órgano el poder legislativo y el poder ejecutivo, o el poder judicial y cualquiera de aquellos, y con mayor razón no habrá libertad si son los tres poderes los que están reunidos⁸¹. De este modo, corresponde al poder legislativo decidir

⁷⁷ URQUIZO (2000), pp. 28 s.

⁷⁸ BECCARIA (2000), pp. 220 ss.

⁷⁹ Si bien hoy se encuentra superada esta idea según la cual el juez haría simplemente una aplicación mecánica de la ley, se sigue haciendo una distinción entre los casos en los que el juez interpreta la ley y aquellos en los cuales la aplica por analogía a casos no cubiertos por ella, y la objeción a estos últimos sería precisamente que en ellos el juez excede la voluntad contenida en la ley. En este sentido, KLATT (2012), p. 228, quien señala que “interpretación significa siempre que el juez puede presentar su decisión como derivada de la ley”, de modo que “la responsabilidad por la decisión se delega en cierta medida en el legislador democráticamente legitimado”, mientras que en la aplicación por analogía la responsabilidad por la decisión es en último término del juez, pues esta no puede ser reconducida a una valoración legislativa.

⁸⁰ NAVARRO (2010), p. 42.

⁸¹ MONTESQUIEU (1906), pp. 227 ss. Así, en las constituciones contemporáneas, la libertad de los ciudadanos no está protegida solamente por el catálogo de derechos fundamentales reconocidos en las mismas, que opera como un límite

qué conducta debe ser constitutiva de delito y qué pena se asocia a la realización de la misma, mientras que corresponde al poder judicial decidir cuándo tal conducta constitutiva de delito ha sido cometida y es procedente por tanto imponer la pena a ella asociada.

Por su parte, Beccaria fundamenta también el principio de legalidad penal en la necesidad de una clara delimitación de los distintos poderes del Estado para la salvaguarda de la libertad de los individuos. Así, señala por una parte que no le compete a quien juzga, en tanto individuo que integra la sociedad, establecer penas según su voluntad contra otro miembro de la sociedad, sino simplemente aplicar la voluntad de la sociedad contenida en la ley⁸². Pero, por otra parte, limita también el poder del soberano en la dictación de las leyes, pues estima que estas no solo tienen que tener la forma de una ley sino también ser leyes materiales, es decir, leyes generales que obliguen por igual a todos los integrantes de la sociedad⁸³. Además, señala que en ningún caso es quien dicta la ley quien debe juzgar cuándo una persona ha violado el contrato social, sino que debe ser un tercero —el magistrado— quien juzgue si tal violación del contrato social ha tenido lugar o no⁸⁴.

Los postulados de Beccaria en esta materia siguen teniendo hoy plena vigencia⁸⁵. Esto explica también, por ejemplo, que la Constitución, además de consagrar el principio de legalidad en el artículo 19 referido a los derechos fundamentales, refuerce esto estableciendo, en su artículo 63, que serán materias de ley aquellas que son objeto de codificación penal (artículo 63 n° 3), y, en su artículo 64, que el Congreso no podrá delegar en el Presidente de la República la potestad legislativa cuando se trate de materias comprendidas en las garantías constitucionales (artículo 64 inciso 2°). Dado que en la dictación de normas penales hay garantías constitucionales comprometidas (se restringe la libertad de acción de los individuos y se establece bajo qué condiciones tales individuos podrán ser privados de libertad), solo el legislador puede regular esta materia.

a la actuación del Estado, sino también por la distribución orgánica de funciones entre los distintos poderes del Estado. Véase MONTIEL (2017), pp. 7 ss.

⁸² BECCARIA (2000), p. 218.

⁸³ Para una revisión de la generalidad y abstracción de la ley como requisitos para la realización del principio de igualdad, véase NAVARRO (2010), pp. 48 ss.

⁸⁴ BECCARIA (2000), pp. 218 s.

⁸⁵ Esgrimiendo prácticamente los mismos argumentos que Beccaria para afirmar el fundamento democrático del principio de legalidad, URQUIZO (2000), pp. 30 s. Véase también FERNÁNDEZ (1989), p. 81.

2.3 ENUNCIACIÓN DE LAS EXIGENCIAS NORMATIVAS QUE SE DERIVAN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Si bien la comprensión del principio de legalidad y de los requerimientos que impone es una cuestión que varía de autor a autor, es posible afirmar que el principio de legalidad penal puede ser desglosado en cuatro exigencias distintas, aunque, como ya se viera, relacionadas en sus fundamentos: la exigencia de reserva de ley (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta* o *propria*), la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*), el mandato de determinación o de taxatividad y certeza (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*) y la prohibición de aplicación analógica de la ley penal (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*)⁸⁶. A continuación se hará una breve presentación de cada una de ellas, sin perjuicio de que en capítulos posteriores se analizará con mayor profundidad la exigencia de reserva de ley y el mandato de determinación o de taxatividad y certeza, por ser las variantes del principio de legalidad que conciernen al objeto de estudio de este trabajo.

2.3.1 Reserva de ley (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta* o *propria*)

La primera de las exigencias normativas que se derivan del principio de legalidad estaría dada por la exigencia de reserva de ley⁸⁷. Tanto la conducta constitutiva de delito como la pena asociada a la misma deben establecerse en una norma contenida en una ley en sentido estricto: no solo debe tratarse de una norma de rango legal, sino que debe ser una norma contenida en una ley promulgada por el Congreso o el órgano democrático equivalente y de acuerdo al procedimiento establecido para ello en la Constitución⁸⁸.

Como ya se viera⁸⁹, de esta exigencia se deriva una distribución de competencias entre los distintos poderes del Estado, pues solo competirá al legislador la dictación de normas penales. El poder ejecutivo no podrá, ni aun mediante decretos con fuerza de ley —que tienen igualmente rango legal—, dictar normas de sanción penal.

⁸⁶ ROXIN (1997), pp. 140 ss.; URQUIZO (2000), pp. 59 ss.; WELZEL (1997), pp. 25 ss.; FERNÁNDEZ (1989), pp. 83 ss.

⁸⁷ URQUIZO (2000), p. 22.

⁸⁸ MONTIEL (2017), pp. 10 ss.

⁸⁹ *Supra* 2.2.4.

En esta exigencia se refleja asimismo la fundamentación democrática del principio de legalidad⁹⁰, toda vez que la dictación de normas de sanción penal queda de esta manera como competencia exclusiva del órgano legitimado democráticamente para ello y que al menos en teoría asegura la representación de toda la sociedad en el proceso de deliberación que conduce a la decisión de que una determinada conducta sea constitutiva de delito.

Si bien en un comienzo la exigencia de reserva de ley pretendía excluir la posibilidad de que se crearan delitos penales por vía consuetudinaria⁹¹, en la práctica hoy su consecuencia más relevante es excluir la definición de conductas penales por vía reglamentaria. Así, instancias administrativas no pueden asociar una pena a conductas determinadas ni la ley puede delegar dicha determinación a reglamentos infralegales.

2.3.2 Prohibición de retroactividad (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*)

La segunda exigencia es la prohibición de retroactividad de la ley penal. Tanto el delito como la pena deben encontrarse establecidos en una ley que haya sido dictada con anterioridad a la realización de la conducta de cuyo juzgamiento se trata. Esto se explica en primer lugar por la función de garantía que el principio de legalidad desempeña⁹². Solo en la medida en que, para imponer una pena, la consideración como delictiva de la conducta a la que dicha pena se asocia se encuentre estipulada con anterioridad a la realización de esa misma conducta, se pone un límite a la arbitrariedad en el ejercicio de la potestad punitiva del Estado⁹³.

Por otra parte, para quienes la ley penal cumple —y se fundamenta en— una función de prevención general, la prohibición de retroactividad es también especialmente relevante. Como ya fuese señalado⁹⁴, la ley penal no podría cumplir su objetivo (evitar la realización de conductas delictivas) si los individuos no tienen la certeza de que no se verán expuestos a la imposición de una pena si se comportan conforme a derecho.

⁹⁰ *Supra* 2.2.3.

⁹¹ Esto explica que algunos autores, como NAVARRO (2010), p. 14, sigan entendiendo la exigencia de reserva de ley (ley escrita) como una “prohibición de costumbre que fundamente o agrave la pena”.

⁹² *Supra* 2.2.2.

⁹³ URQUIZO (2000), pp. 38 s.

⁹⁴ *Supra* 2.2.1.

Según se anticipara⁹⁵, esta prohibición debe interpretarse a la luz de la función de garantía que el principio de legalidad cumple. Así, no se encuentra prohibida, en razón del principio de legalidad, la aplicación retroactiva de una ley penal más favorable⁹⁶.

2.3.3 Mandato de determinación (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*)

La tercera exigencia es la de determinación de la ley penal, conocida como mandato de determinación o de taxatividad y certeza. Tanto la conducta prohibida como la pena asociada a la misma deben encontrarse claramente determinadas en la ley, de forma razonablemente precisa⁹⁷. No puede la ley recurrir a descripciones ambiguas, abiertas, que no definan con claridad qué conductas quedan cubiertas por la norma y cuáles no, o que entreguen al tribunal o a otros organismos absoluta discreción en la determinación de la pena a ser impuesta.

Esta es una exigencia claramente dirigida al legislador, toda vez que, en virtud de la exigencia de reserva de ley⁹⁸, es de él de quien emanan las normas que tipifican delitos y que asocian penas a su comisión. Así, en la dictación de estas normas el legislador debe satisfacer un estándar de determinación suficiente⁹⁹, tanto en la descripción de la conducta constitutiva de delito como en la pena asociada a la misma.

⁹⁵ *Supra* 2.2.2.

⁹⁶ Conviene tener presente que el que la aplicación retroactiva de una ley más favorable no se encuentre prohibida por el principio de legalidad no significa que se encuentre requerida por el mismo. En este sentido, se verá que en el derecho chileno la Constitución no exige la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable, sino que solo la permite. La exigencia de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable se encuentra consagrada en una norma de rango simplemente legal, en el artículo 18 del Código Penal, por lo que es una norma que vincula al juez a falta de otra norma legal que se aplique preferentemente por especialidad, pero no vincula al legislador, que puede excluir tal aplicación retroactiva. No obstante lo anterior, la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable sí es exigida por tratados internacionales de derechos humanos firmados y ratificados por Chile, incorporados en el derecho interno en virtud del artículo 5° de la Constitución (*infra* 2.4). Si hubiese que fundamentar la exigencia de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable en algún principio general del derecho penal que limite el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, este tendría que ser el principio de proporcionalidad, toda vez que sería a todas luces desproporcionado aplicar a un delito una pena más severa que aquella que expresaría la actual valoración que la sociedad tiene del delito. Véase BASCUÑÁN (2015), pp. 47 ss.

⁹⁷ URQUIZO (2000), p. 21.

⁹⁸ *Supra* 2.3.1.

⁹⁹ Cuál sea ese estándar de determinación suficiente será analizado con mayor profundidad en *infra* 5.3.

El cumplimiento de esta exigencia es fundamental para que la ley penal pueda cumplir la función de garantía que está en la base del principio de legalidad penal. Solo en la medida en que la descripción contenida en la norma sea clara, precisa y determinada, será posible establecer con certeza cuándo una persona debe ser sancionada con una pena y se pondrá un límite efectivo a la arbitrariedad¹⁰⁰. Además, el mandato de determinación resguarda la separación de poderes del Estado, en la medida en que evita que, por la vía de recurrir a cláusulas demasiado generales, la ley delegue la decisión sobre la criminalización de una conducta en los jueces¹⁰¹.

2.3.4 Prohibición de analogía (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*)

La cuarta y última exigencia es la prohibición de analogía. Se entiende que la prohibición de analogía es una prohibición dirigida al juez, a quien se le prohíbe aplicar la norma penal de la que se trate a un caso no regulado por ella, valiéndose del argumento de la semejanza entre el caso no regulado y los casos sí regulados por la norma¹⁰². En virtud de la función de garantía ya descrita del principio de legalidad, la aplicación por analogía de la ley penal se encuentra prohibida solo en la medida en que perjudique al imputado, mas no en el caso en que le beneficie. Así, se ha entendido que sí puede hacerse una aplicación analógica *in bonam partem* de la ley penal¹⁰³.

En el discurso tradicional, se suele recurrir a las nociones de “tenor literal” de la disposición o de su “sentido literal posible”¹⁰⁴ para referirse al límite dentro del cual el juez tendría que moverse a la hora de decidir un caso en particular. Así, se admitirían soluciones que puedan ser enmarcadas dentro del tenor literal o del sentido literal posible de la disposición¹⁰⁵ y quedarían excluidas aquellas que, por el contrario, queden fuera del mismo.

¹⁰⁰ URQUIZO (2000), pp. 36 s.

¹⁰¹ NAVARRO (2010), p. 37.

¹⁰² URQUIZO (2000), p. 37; LABATUT (1963), pp. 76 ss.

¹⁰³ Por ejemplo, hay autores que han considerado que, si bien el estado de necesidad defensivo como causa de justificación no se encuentra expresamente consagrado en nuestro Código Penal, este podría ser construido a partir de la regulación de la legítima defensa. Véase WILENMANN (2014); MAÑALICH (2014c), pp. 513 ss. Para un tratamiento exhaustivo de la posibilidad de recurrir a la analogía *in bonam partem*, MONTIEL (2008). En contra de la aplicación analógica de la ley penal, incluso *in bonam partem*, GANDULFO (2009), pp. 359 s.

¹⁰⁴ Sobre los problemas de una y otra expresión, KLATT (2012), pp. 225 ss. Para la noción de sentidos de posibles de la ley, véase BASCUÑÁN (2014), pp. 279 ss.

¹⁰⁵ En palabras de KLATT (2012), p. 228, “los jueces tienen un margen de tolerancia en la aplicación del Derecho. Los límites semánticos tienen el deber de restringir este margen de tolerancia mediante el significado de la ley”.

Hay autores que han entendido que la prohibición de analogía y el mandato de determinación son la misma exigencia, contemplada en el adagio *nullum crimen nulla poena sine lege stricta*¹⁰⁶. Sin embargo, y como se desprende de lo señalado en el párrafo anterior, conviene mantener conceptualmente diferenciados el mandato de determinación y la prohibición de analogía, en la medida en que el primero es un mandato dirigido al legislador, que lo obliga a ser lo suficientemente preciso en la descripción de la conducta constitutiva de delito y de la pena asociada a la misma, mientras que la segunda es una prohibición dirigida a quien juzga si la realización de una determinada conducta se encuentra contemplada como supuesto de hecho de una norma de sanción penal. Lo anterior no obsta a entender que la prohibición de analogía se encuentra íntimamente relacionada con el mandato de determinación, pues solo en la medida en que el legislador haya cumplido con la exigencia de determinación de la ley penal, será posible establecer qué cuenta como una aplicación estricta de la misma y qué cuenta como una aplicación analógica¹⁰⁷. Así, el mandato de determinación obliga a que la disposición legal sea redactada en términos tales que esta pueda ser una pauta que vincule efectivamente al juez en la labor de aplicación de la norma que se desprende de dicha disposición, mientras que la prohibición de analogía veda al juez la posibilidad de aplicar dicha norma a casos no comprendidos por la misma¹⁰⁸.

Por otra parte, la prohibición de analogía no exige lo que se ha llamado una interpretación restrictiva de la ley penal, no exige siquiera lo que se ha llamado una interpretación estricta de la ley penal. Es decir, la prohibición de analogía no impide que la norma en cuestión sea interpretada extensivamente¹⁰⁹. Determinar qué cuenta como una interpretación extensiva (o como una

¹⁰⁶ En este sentido, BOVINO (1998), p. 73.

¹⁰⁷ Incluso hay quienes han entendido que la verdadera amenaza al principio de legalidad se encuentra en la indeterminación de la ley penal, y no en su aplicación por analogía, y que en la medida en que el legislador satisfaga el mandato de determinación, podría abrirse cierto margen a la aplicación analógica de la misma por parte del juez. En este sentido, CUELLO (1931), pp. 33 ss.; WELZEL (1997), p. 27.

¹⁰⁸ Para la distinción entre “disposición” y “norma”, véase BASCUÑÁN (2014), pp. 269 ss.

¹⁰⁹ En este sentido, NOVOA (2005), p. 137, quien señala que “se ha argumentado que los preceptos de carácter penal deben ser interpretados de manera restrictiva (*poenalia sunt restringenda*) por el rigor contenido en ellos y por la limitación o restricción de libertad individual que imponen, de manera que, si hay dos o más interpretaciones posibles, debe elegirse aquélla que resulte más benigna para el reo. El artículo 23 del Código Civil, aplicable a las leyes penales, no admite ese criterio, porque dispone que lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La misión del intérprete es buscar la auténtica voluntad de la ley y esa voluntad puede ser tanto de benignidad como de severidad. Decidir *a priori* por el sentido más favorable al reo es forzar arbitrariamente la función interpretativa, abandonando los principios que determinan la correcta forma de llevarla a cabo para encontrar el genuino sentido de la ley, que es el único que interesa”. Lo anterior lo complementa bien CURY (2005), p. 197, al afirmar que “[e]ste punto de vista, que significa una extrapolación del principio procesal *in dubio pro reo* al campo de la hermenéutica, carece de fundamento. Puesto que la interpretación tiene precisamente por objeto determinar la verdadera voluntad de la ley, sus resultados no pueden sino ser declarativos, en el sentido riguroso del término. La

interpretación estricta, o como una interpretación restrictiva), y si es posible siquiera efectuar tal distinción, es algo que excede los objetivos de este trabajo, por lo que no será abordado aquí, pero baste tener presente que la prohibición de analogía —o cualquier otra exigencia que se derive del principio de legalidad— no rige la interpretación de la ley penal, sino la aplicación de las normas que se formulen a partir de las disposiciones legislativas por vía de interpretación.

Además, esta prohibición de aplicación analógica de la ley penal también se explica por el fundamento democrático atribuido al principio de legalidad. El juez no está legitimado democráticamente para decidir la imposición de una pena ante un caso no cubierto por una ley, para llenar las lagunas que estime presentes en ella. El juez queda de este modo vinculado por la valoración de la ley, que sí es expresiva de la voluntad de la sociedad¹¹⁰.

2.4 CONSAGRACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DERECHO CHILENO

2.4.1 Consagración del principio de legalidad a nivel legal

El Código Penal, en su versión original de 1875, establecía en su artículo 18 que “[n]ingun delito se castigará con otra pena que la que le señale una lei promulgada con anterioridad a su perpetración” (sic). Aquí hay una consagración expresa a nivel legal de la exigencia de reserva de ley y de la prohibición de retroactividad de la ley penal.

Este mismo artículo establecía también el principio de aplicación retroactiva de la ley más favorable, al señalar que “[s]i despues de cometido el delito i ántes de que se pronuncie sentencia de término, se promulgare otra lei que exima tal hecho de toda pena o le aplique una ménos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento” (sic). Como ya fue expuesto¹¹¹, esta no es una exigencia que se derive del principio de legalidad, pero su admisibilidad sí se encuentra permitida, en atención a la función de garantía que este principio tiene.

interpretación sólo interpreta, no extiende ni restringe. Por eso, cuando de ella resulta que una norma penal se refiere a un número mayor de casos que los que aparecían de su consideración literal, nada obsta para que se la aplique a todos ellos, sin que eso importe violación alguna al principio de legalidad”. Así también, WELZEL (1997), p. 26; ETCHEBERRY (1998a), p. 110. En un sentido distinto, aunque no contrario, MONTIEL (2017), p. 9.

¹¹⁰ URQUIZO (2000), p. 38.

¹¹¹ *Supra* 2.3.2, con nn. 66, 68.

La ley 19.806 de 2002 modificó este artículo 18, agregando, para lo relevante a efectos de este trabajo, un inciso tercero que señala que “[s]i la ley que exima el hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa se promulgare después de ejecutoriada la sentencia, sea que se haya cumplido o no la condena impuesta, el tribunal que hubiere pronunciado dicha sentencia, en primera o única instancia, deberá modificarla de oficio o a petición de parte”¹¹². Lo que hace este inciso es ampliar la aplicación del principio de retroactividad de la ley penal más favorable a aquellos casos en los que ya se hubiese dictado condena, teniendo como efecto la modificación de la misma.

Es el Código Penal el primer cuerpo normativo que recoge en nuestro ordenamiento jurídico el principio de legalidad. Sin embargo, mientras estaba consagrado simplemente a nivel legal, no impedía que el legislador pudiese dictar una ley penal con efecto retroactivo, ni que encomendase a otra fuente de derecho la dictación de normas penales, las que habrían tenido que ser aplicadas por los jueces de acuerdo a la máxima según la cual la aplicación de la ley general cede ante una ley especial. Esto porque, como es evidente, la ley no vincula al legislador, sino solo al juez.

Además, hay otras disposiciones del Código Penal que se relacionan con el principio de legalidad en los términos ya referidos. Así, el art. 1º en su inc. 1º establece que “es delito toda acción u omisión voluntaria penada *por ley*”. Por su parte, el artículo 80 reconoce que el principio de legalidad se extiende también a la fase de ejecución de la pena, al señalar en su inc. 1º que “tampoco puede ser ejecutada pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto”.

2.4.2 Consagración del principio de legalidad a nivel constitucional

La Constitución de 1833 no contemplaba el principio de legalidad entre las garantías que reconocía a todos los habitantes de la República en su artículo 12, ni tampoco consideraba la dictación de normas penales dentro de las materias exclusivas de ley de su artículo 37.

¹¹² La ley 19.806 agregó asimismo un inciso cuarto al artículo 18 del Código Penal, que establece que “[e]n ningún caso la aplicación de este artículo modificará las consecuencias de la sentencia primitiva en lo que diga relación con las indemnizaciones pagadas o cumplidas o las inhabilidades”.

Es la Constitución de 1925 la primera en consagrar en nuestro país el principio de legalidad a nivel constitucional. En su artículo 11, ubicado en el capítulo referido a las garantías constitucionales, establecía que “[n]adie puede ser condenado, si no es juzgado legalmente i en virtud de la lei promulgada ántes del hecho sobre que recae el juicio” (sic). Esta disposición consagra en primer lugar, en términos más bien generales, el derecho a un debido proceso, y luego las exigencias de reserva de ley y de irretroactividad de la ley penal, en términos similares a los utilizados en la versión original del Código Penal, ya descritos. Este texto no hace una distinción explícita entre la necesidad de que la conducta delictiva se encuentre descrita en una ley previa y la necesidad de que la pena a ser impuesta sea objeto de igual determinación legal, pero ambas exigencias parecen estar de todos modos implícitas en la disposición constitucional¹¹³.

Por su parte, la Constitución de 1980, actualmente vigente, consagra también el principio de legalidad, aunque en términos más exhaustivos que los contemplados en el Código Penal o en la Constitución de 1925. En su artículo 19, n° 3, inciso 8° establece que “[n]ingún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”, y, en el inciso 9°, que “[n]inguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”. Al igual que en el Código Penal y que en la Constitución de 1925, la Constitución de 1980 consagra la exigencia de reserva legal y la de irretroactividad de la ley penal —permitiendo, aunque no requiriendo, la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable¹¹⁴—, pero agrega además la exigencia de determinación de la ley penal. Si bien no se consagra expresamente a nivel constitucional la prohibición de aplicación analógica de la ley penal, esta sí podría desprenderse del hecho de que la conducta y la pena tengan que estar ya establecidas en la ley.

¹¹³ NOVOA MONREAL (2005), p. 112.

¹¹⁴ *Supra* 2.3.2, con nn. 66, 68. Que la aplicación de la ley más favorable no se encuentra requerida por la Constitución es suficientemente claro si entendemos que la cláusula “a menos que una nueva ley favorezca al afectado” es una excepción a la prohibición establecida inmediatamente antes (“ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración”), y la excepción a una prohibición es un permiso, no un mandato.

2.4.3 Consagración del principio de legalidad en los tratados internacionales sobre derechos humanos firmados y ratificados por Chile

El principio de legalidad penal se encuentra consagrado también en diversos tratados internacionales sobre derechos humanos que han sido firmados y ratificados por Chile, y que se ha entendido que se incorporan al ordenamiento jurídico chileno en virtud del inciso 2° del artículo 5° de la Constitución Política de la República, que establece que:

“[e]l ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

A continuación, se reseñará en qué términos establecen el principio de legalidad penal los principales tratados internacionales sobre derechos humanos que Chile ha firmado y ratificado.

2.4.3.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos

La Declaración Universal de los Derechos Humanos fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el año 1948, tras el término de la II Guerra Mundial. En el preámbulo de este documento queda de manifiesto que esta declaración es precisamente una respuesta a las atrocidades cometidas durante la primera mitad del siglo XX. Además, el preámbulo también señala que los derechos a los que esta declaración se refiere emanan de la propia naturaleza del ser humano, y por lo tanto la declaración simplemente los reconoce y busca su promoción y resguardo, no los establece ni los constituye.

Uno de los derechos reconocidos en esta declaración es precisamente el principio de legalidad penal. En su artículo 11 n° 2, la Declaración Universal de los Derechos Humanos señala que:

“[n]adie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”.

En esta disposición, se recoge la exigencia de irretroactividad de la ley penal, pero no la exigencia de reserva de ley. Esto se explica porque la consideración como delictiva de la conducta puede estar dada por el derecho internacional, y en el derecho internacional, también en el derecho penal internacional, la principal fuente de derecho es la costumbre¹¹⁵. De esta forma, el que una conducta determinada sea constitutiva de delito en el derecho internacional puede tener origen consuetudinario.

2.4.3.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es un tratado internacional que fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el año 1966, por considerar insuficiente la Declaración Universal de los Derechos Humanos para la consolidación en el plano internacional de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Así, este tratado, junto al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, buscaba establecer obligaciones vinculantes para los Estados parte, no meras declaraciones de principios. Chile ratificó este tratado el año 1989, poco antes del término de la Dictadura Militar.

En este pacto, el principio de legalidad fue incluido en el catálogo de derechos en su artículo 15 n° 1, que señala que:

“[n]adie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

¹¹⁵ Debido a esto, se ha sostenido que en el derecho penal internacional la fórmula en realidad sería “*nullum crimen, nulla poena sine iure*”. Sobre la costumbre como fuente del derecho penal internacional, véase GALLANT (2012); MONTIEL (2012).

Se recoge aquí la exigencia de irretroactividad de la ley penal, pero no explicita la exigencia de reserva de ley, al igual que la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Asimismo, la Convención recoge también el principio de retroactividad de la ley penal más favorable, con la diferencia de que hace obligatoria la aplicación de la ley penal posterior más favorable, y no meramente facultativa. En virtud del ya referido artículo 5° de la Constitución, podría entenderse que lo anterior significa que la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable es obligatoria bajo el derecho chileno vigente.

A su vez, en su artículo 15 n° 2, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que:

“[n]ada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”.

Aquí se reconoce expresamente lo que estaba tan solo implícito en los tratados internacionales referidos anteriormente, es decir, que en el derecho penal internacional la calificación como delictiva de una conducta puede tener su origen en el derecho consuetudinario y, por lo tanto, no rige a este respecto la exigencia de reserva de ley.

2.4.3.3 Convención Americana sobre Derechos Humanos

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, también llamada Pacto de San José de Costa Rica, fue suscrita el año 1969 en la ciudad de San José de Costa Rica y entró en vigencia el año 1978. Chile firmó esta convención en 1969, en el momento de su establecimiento, pero no la ratificó sino hasta el año 1991, tras el regreso a la democracia.

Esta convención reconoce un catálogo de derechos y establece que los Estados firmantes deben respetar tales derechos, garantizar su libre y pleno ejercicio y modificar su derecho interno en lo que sea necesario para lo anterior. Además, este instrumento de derecho internacional crea la

Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que son los órganos competentes para conocer de los incumplimientos de los compromisos adoptados por los Estados parte en virtud de la Convención.

La Convención incluye el principio de legalidad penal dentro del catálogo de derechos, en su artículo 9, titulado precisamente “Principio de Legalidad y de Retroactividad”, que establece que:

“[n]adie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos (sic) según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

El principio de legalidad está aquí consagrado en los mismos términos que en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por lo que lo dicho en el apartado anterior vale también a este respecto.

3 PRESENTACIÓN DEL ARTÍCULO 492 DEL CÓDIGO PENAL

El artículo 492 del Código Penal se encuentra ubicado en el Título X del Libro II del Código Penal, denominado “De los cuasidelitos”, y, junto con los artículos 490 y 491 del mismo Código, establece la punibilidad de los cuasidelitos contra las personas.

En el sistema del Código Penal, la punibilidad de los cuasidelitos se encuentra sometida a un régimen de *numerus clausus*: por regla general los cuasidelitos no son punibles, salvo que la ley disponga expresamente lo contrario. Así lo señala el artículo 10 n° 13:

Artículo 10. Están exentos de responsabilidad criminal:

13. El que cometiere un cuasidelito, salvo en los casos expresamente penados por la ley.

De este modo, los artículos 490 a 492 hacen punibles comportamientos que, de no mediar estas disposiciones, estarían exentos de responsabilidad penal. Los términos en los cuales esta punibilidad se encuentra establecida son los siguientes:

Artículo 490. El que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, si mediara malicia, constituiría un crimen o un simple delito contra las personas será penado:

1°. Con reclusión o relegación menores en sus grados mínimos a medios, cuando el hecho importare crimen.

2°. Con reclusión o relegación menores en sus grados mínimos o multa de once a veinte unidades tributarias mensuales, cuando importare simple delito.

Artículo 491. El médico, cirujano, farmacéutico, flebotomiano o matrona que causare mal a las personas por negligencia culpable en el desempeño de su profesión, incurrirá respectivamente en las penas del artículo anterior.

Iguales penas se aplicarán al dueño de animales feroces que, por descuido culpable de su parte, causaren daño a las personas.

Artículo 492. Las penas del artículo 490 se impondrán también respectivamente al que, con infracción de los reglamentos y por mera imprudencia o negligencia, ejecutare un hecho o incurriere en una omisión que, a mediar malicia, constituiría un crimen o un simple delito contra las personas.

A los responsables de cuasidelito de homicidio o lesiones, ejecutados por medio de vehículos a tracción mecánica o animal, se los sancionará, además de las penas indicadas en el artículo 490, con la suspensión del carné, permiso o autorización que los habilite para conducir vehículos, por un período de uno a dos años, si el hecho de mediar malicia constituyera un crimen, y de seis meses a un año, si constituyera simple delito. En caso de reincidencia, podrá condenarse al conductor a inhabilidad perpetua para conducir vehículos a tracción mecánica o animal, cancelándose el carné, permiso o autorización.

Si bien los artículos 490 a 492 considerados en su conjunto son los que establecen el régimen de punibilidad de los así llamados cuasidelitos contra las personas, en este trabajo se analizará exclusivamente el inciso 1° del artículo 492, por ser la disposición sobre la que se han planteado las cuestiones de constitucionalidad ya reseñadas en la introducción¹¹⁶. Sin perjuicio de lo anterior, lo que se diga a este respecto podría ser pertinente tratándose también de los artículos 490 y 491, en la medida en que las tres disposiciones tienen un núcleo común, cual es el ser disposiciones cuya función es abrir la punibilidad de estos cuasidelitos.

Ya en la literalidad del inciso 1° del artículo 492 aparecen cuestiones que han sido objeto de tratamiento doctrinario y jurisprudencial, y cuya clarificación es necesaria para alcanzar el objetivo que este trabajo persigue. Así, es necesario abordar qué se entiende por “crimen o simple delito contra las personas”, qué significa el vocablo “malicia” en este contexto, qué función cumple la exigencia de “mera imprudencia o negligencia”, si hay alguna diferencia entre lo que debe entenderse por imprudencia y lo que debe entenderse por negligencia, y qué función cumple, en relación con la exigencia de mera imprudencia o negligencia, la exigencia de “infracción de reglamentos”.

¹¹⁶ *Supra* 1.2.

3.1 DELITOS CONTRA LAS PERSONAS

Como ya fuera mencionado, el inciso 1º del artículo 492 del Código Penal hace punible ejecutar un hecho o incurrir en una omisión, por mera imprudencia o negligencia y con infracción de reglamentos, que de mediar malicia “constituiría un crimen o simple delito contra las personas”. A este respecto, podría señalarse que lo que hace este artículo es prever la punibilidad a título de imprudencia de todos los delitos que afectan bienes jurídicos individuales, en la medida en que todos ellos pueden ser entendidos como delitos *contra las personas*, pues son las personas las que son titulares de aquellos bienes jurídicos; o, en términos más restringidos, podría señalarse que se hace referencia a los delitos que afectan bienes jurídicos personalísimos, que son los que directamente afectan a la *persona*, por oposición a los bienes jurídicos instrumentales que se refieren a su propiedad y su patrimonio. Sin embargo, parece ser que no hay en este artículo una referencia general a aquellos delitos que afectan a las personas, sino más bien una referencia hecha en los términos de la propia sistemática del Código Penal, a partir de lo cual habría que entender por “crímenes o simples delitos contra las personas” aquellos delitos que están tipificados precisamente en el Título VIII del Libro II del Código Penal, que se refiere a los “crímenes y simples delitos contra las personas”¹¹⁷. Sin embargo, tampoco todos los delitos tipificados en este título podrían ser punibles a título de imprudencia, pues se ha entendido que algunos de ellos, por su naturaleza y características, sólo serían compatibles con la imputación a título de dolo. Este sería el caso de la injuria, la calumnia y el duelo¹¹⁸, delitos que no obstante lo dispuesto en los artículos 490 a 492 del Código Penal, no serían punibles cuando sean cometidos imprudentemente. De este modo, habría que entender el inciso 1º del artículo 492 del Código Penal en concordancia con los artículos que tipifican los delitos de homicidio y de lesiones corporales, aunque, como se verá, habría también variantes de homicidio y de lesiones que no serían compatibles con la imputación a título de imprudencia.

¹¹⁷ ETCHEBERRY (1998b), p. 17; GARRIDO (2003), p. 173

¹¹⁸ ETCHEBERRY (1998c), p. 343.

3.1.1 Homicidio

Nuestra legislación penal reconoce distintas variantes de homicidio, las que se encuentran tipificadas en las siguientes disposiciones:

Artículo 390. El que, conociendo las relaciones que los ligan, mate a su padre, madre o hijo, a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes o a quien es o ha sido su cónyuge o conviviente, será castigado, como parricida, con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado.

Si la víctima del delito descrito en el inciso precedente es o ha sido la cónyuge o la conviviente de su autor, el delito tendrá el nombre de femicidio.

Artículo 391. El que mate a otro y no esté comprendido en el artículo anterior, será penado:

1°. Con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo, si ejecutare el homicidio con alguna de las circunstancias siguientes:

Primera. Con alevosía.

Segunda. Por premio o promesa remuneratoria.

Tercera. Por medio de veneno.

Cuarta. Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor al ofendido.

Quinta. Con premeditación conocida.

2°. Con presidio mayor en su grado medio en cualquier otro caso.

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

Las disposiciones transcritas tipifican el parricidio (art. 390, inc. 1°), el femicidio como variante nominativa del parricidio (art. 390, inc. 2°), el homicidio calificado o asesinato (art. 391, numeral 1°), el infanticidio (art. 394) y el homicidio simple (art. 391, numeral 2°). Si bien esto ha sido objeto

de cierta discusión, la doctrina mayoritaria entiende que el delito base en esta materia es el homicidio simple¹¹⁹, respecto del cual el parricidio y el asesinato cuentan como variantes calificadas, y el infanticidio, como variante privilegiada. Sin embargo, pese a que tratándose de la realización dolosa de estas variantes de homicidio la pena asignada es distinta para cada una de ellas, tratándose de una conducta que pueda ser descrita como “matar a otro” y que sea realizada de forma imprudente, no es relevante en términos prácticos el análisis pormenorizado de si la tipificación de cada una de ellas es compatible con la imputación a título de imprudencia, en la medida en que todas tienen asignada una pena de crimen, en los términos del artículo 21 del Código Penal. De este modo, en cualquier caso el homicidio imprudente de otra persona será penado con reclusión o relegación menores en sus grados mínimos a medios conforme al artículo 492 en relación con el artículo 490 numeral 1º del Código Penal.

No obstante lo anterior, se ha sostenido que ya la tipificación de los delitos de parricidio, asesinato e infanticidio excluiría la punibilidad de los mismos a título de imprudencia, en atención a qué es lo que califica a los primeros y privilegia al último en relación al homicidio simple¹²⁰. Tratándose del parricidio, el análisis a este respecto se ha centrado en la cláusula “conociendo las relaciones que los ligan”, siendo la interpretación de la misma que cuenta con mayor aceptación en la doctrina aquella que entiende que lo que haría la ley aquí es exigir dolo directo para tener por configurado el parricidio, excluyendo por lo tanto la posibilidad de penar a título de parricidio si el hecho se cometió con imprudencia o incluso con dolo eventual¹²¹.

Tratándose del infanticidio, si bien el Código Penal no establece ninguna exigencia subjetiva especial, podría sostenerse que en todo caso el menor contenido de injusto respecto del homicidio simple que le reconoce la legislación tiene su fundamento histórico en el hecho de que en general

¹¹⁹ En este sentido, ETCHEBERRY (1998b), p. 52. En contra de entender que el homicidio simple es la figura básica de homicidio y afirmando en cambio que la figura básica está dada por el homicidio calificado, respecto del cual el homicidio simple sería un homicidio privilegiado, WILENMANN (2016), pp. 747 ss., 754 ss.

¹²⁰ En este sentido, ETCHEBERRY (1998b), pp. 22, 47.

¹²¹ POLITOFF, GRISOLIA, BUSTOS (1993), pp. 90 ss. Sin embargo, esta afirmación también ha sido objeto de discusión. Por ejemplo, ETCHEBERRY (1998b), pp. 72 s., entiende que la exigencia de conocimiento de las relaciones que los ligan no implica una exigencia especial de imputación subjetiva, sino que es “solamente una referencia superflua”. No obstante lo anterior, de todas formas entiende que el homicidio imprudente de una persona con la que se tiene un vínculo de parentesco en los términos del artículo 390 es de todas formas un homicidio imprudente, no un parricidio imprudente. Para un análisis de las distintas posturas que se han sostenido a este respecto, véase OSSANDÓN (2010).

este delito se comete para ocultar la deshonra que podría significar para la mujer el tener un hijo¹²², lo que no ocurre cuando un recién nacido muere producto de una conducta imprudente imputable a alguno de los familiares a los que se refiere el artículo 394 del Código Penal¹²³.

Por último, lo que califica al asesinato son las circunstancias contempladas en el artículo 391 numeral 1º del Código Penal. De las cinco circunstancias que califican alternativamente el homicidio, sólo la tercera, el uso de veneno, sería en principio compatible con la imprudencia: perfectamente alguien podría envenenar a otro imprudentemente, pero no se podría imprudentemente premeditar un homicidio, matar a otro con alevosía o con ensañamiento, o matar a otro a cambio de premio o promesa remuneratoria. Cabría hacerse la pregunta entonces de si esta tipificación del asesinato implica también un mayor contenido de injusto del homicidio imprudente por la vía de envenenar a alguien, respecto de un homicidio imprudente cualquiera. Y la respuesta a esta pregunta tendría que ser negativa en la medida en que el fundamento de la calificación del homicidio estaría dado por la “mayor perversidad” de que dan cuenta las circunstancias establecidas en el artículo 391 numeral 1º del Código Penal¹²⁴, “mayor perversidad” que sólo se presentaría en el caso de una imputación a título de dolo.

Sin embargo, el análisis anterior no es del todo satisfactorio. Si bien es correcto que en el contexto de los artículos 490 a 492, quien mate a otro imprudentemente será siempre sancionado a título de homicidio (simple) imprudente, no es correcto que esto sea así porque el parricidio o el infanticidio o el homicidio calificado tengan exigencias de imputación subjetiva más exigentes que la de dolo eventual.

Para explicar lo anterior, resulta conveniente recurrir a la ya clásica distinción entre normas de comportamiento y normas de sanción¹²⁵. Bajo esta concepción, el derecho penal no protege directamente bienes jurídicos, sino que está compuesto por normas de sanción que refuerzan normas de comportamiento que protegen bienes jurídicos. En este sentido, las normas de sanción

¹²² GARRIDO (2007), p. 85. De no ser así, difícil sería justificar la existencia del infanticidio como figura privilegiada del homicidio. En este sentido, ETCHEBERRY (1998b), pp. 77 s.

¹²³ No obstante lo anterior, la doctrina mayoritaria entiende que el tratamiento privilegiado que nuestro Código Penal hace del infanticidio es injustificado. En este sentido, GARRIDO (2007), pp. 85 s.; POLITOFF, GRISOLIA, BUSTOS (1993), pp. 106 s.

¹²⁴ GARRIDO (2007), p. 52; ETCHEBERRY (1998b), p. 52.

¹²⁵ MAÑALICH (2010b), pp. 171 ss.; MAÑALICH (2014a), pp. 22 ss.

serían reglas secundarias de adjudicación —en la terminología de Hart¹²⁶—, de forma que lo que hacen es habilitar a los jueces a imponer una sanción cuando se cumple su supuesto de hecho, el que está dado precisamente por la infracción de una norma de comportamiento. Esta es la estructura de las disposiciones de la parte especial del Código Penal: un catálogo de normas de sanción. En la gran mayoría de los casos, las normas de comportamiento no se encontrarán establecidas como tales en la legislación, sino que será necesario desprenderlas a partir de las normas de sanción¹²⁷.

Este ejercicio de identificación de las normas de comportamiento a partir de las normas de sanción contenidas en el Código Penal no es una tarea del todo sencilla¹²⁸. Una primera posibilidad es hacer una identificación una a una, de modo que por cada norma de sanción establecida en el Código Penal, haya una norma de comportamiento correlativa. Si esto fuera así, entonces en el contexto de la regulación de las distintas variantes de homicidio, tendríamos: (i) una norma de comportamiento que prohíbe matar al padre, madre o hijo, o a cualquier otro de los ascendientes o descendientes o a con quien se convive o se ha convivido; (ii) una norma de comportamiento que prohíbe matar a otro, que no sea alguna de las personas contempladas en la norma anterior, con alevosía, por premio o promesa remuneratoria, por medio de veneno, con ensañamiento o con premeditación conocida; (iii) una norma de comportamiento que prohíbe matar al descendiente dentro de las cuarenta y ocho horas posteriores al parto; y por último (iv) una norma de comportamiento que prohíbe matar a otro en cualquier otro caso.

Es evidente que la anterior no es la mejor forma de reconstruir la regulación de las distintas variantes de homicidio en el Código Penal. La individuación de normas de comportamiento a partir

¹²⁶ MAÑALICH (2012a), pp. 580 ss. Ya en la obra de Hart podemos vislumbrar esta distinción entre normas de comportamiento y normas de sanción. Así, HART (1998), pp. 43 s., al refutar la concepción de la nulidad como sanción, señala que “[e]n el caso de una regla del derecho penal podemos identificar y distinguir dos cosas: un cierto tipo de conducta que la regla prohíbe, y una sanción destinada a desalentar dicha conducta” y que “podemos distinguir claramente la regla que prohíbe cierta conducta, por un lado, y el establecimiento de sanciones a ser aplicadas si la regla es transgredida, por otro, y suponer que la primera existe sin la segunda”. Esta misma idea parece estar en NOVOA (2005), p. 213, cuando señala que “no parece conveniente incluir en la definición [de delito] las consecuencias que hayan de seguir, aun cuando necesariamente, a la existencia de un hecho delictuoso. [...] Precisamente, por tener ya un delito, deberán admitirse los resultados propios de él, pero no serán esos resultados los que den vida e integren lo que es su causa o antecedente. [...] Porque hay delito debe imponerse la pena; no es que exista delito en razón de que haya que aplicar pena”. Así, en la medida en que lo que justifica la imposición de una pena es que se cometió un delito, la noción de delito debe poder ser explicada con independencia de la sanción con la que se responde a él.

¹²⁷ MAÑALICH (2010b), p. 171.

¹²⁸ Para el análisis de las distintas formas de individuación de normas de comportamiento a partir de las normas de sanción y su éxito en la reconstrucción racional de la regulación vigente, véase MAÑALICH (2014a), pp. 50 ss.; HAFKE (1995), pp. 135 ss.

de las normas de sanción no necesita ser una a una. Perfectamente puede darse el caso —y de hecho se da— de que varias normas de sanción refuercen una única norma de comportamiento o de que una sola norma de sanción refuerce más de una norma de comportamiento. Esto, como lo notara Mañalich¹²⁹, es además coincidente con el coloquialmente llamado principio de la navaja de Ockham, según el cual “deberíamos trabajar con la hipótesis de que una entidad no existe si su postulación no tiene impacto explicativo”¹³⁰. Así, a partir de las normas de sanción del Código Penal, deben desprenderse el menor número posible de normas de comportamiento que permita reconstruir racionalmente la regulación.

Siguiendo con lo anterior, en el caso de la regulación de las distintas variantes de homicidio, la mejor forma de reconstruir la regulación parece ser plantear una única norma de comportamiento, consistente en la prohibición de matar a otro¹³¹. Para la infracción de esta única norma de comportamiento, el Código contempla varias normas de sanción. De esta forma, las circunstancias que se toman en consideración para calificar el homicidio y sancionarlo ya sea a título de parricidio o a título de asesinato, o para privilegiar el homicidio y sancionarlo a título de infanticidio, son circunstancias que se refieren a la punibilidad del hecho constitutivo de homicidio, pero que no afectan el carácter delictivo del mismo, no son constitutivas del injusto del homicidio¹³².

Lo anterior tiene una consecuencia de la mayor relevancia para efectos de este trabajo. Bajo el modelo que aquí se adopta¹³³, el dolo, en tanto criterio de imputación, se encuentra referido al injusto. Por lo tanto, en cualquiera de las variantes de homicidio, el dolo consiste en la representación de las circunstancias fácticas de las que depende la constitución de ese injusto, es decir, la representación de que la conducta desplegada producirá la muerte de otro con un grado de probabilidad mínimamente suficiente. Así, cuando el artículo 390 del Código Penal exige “conocimiento de las relaciones que los ligan”, este no es un elemento del dolo, sino simplemente una circunstancia adicional tomada en consideración para efectos de determinar la punibilidad de

¹²⁹ MAÑALICH (2014a), pp. 52 s., con n. 119.

¹³⁰ SOBER (1981), p. 145.

¹³¹ MAÑALICH (2014a), pp. 52 s., con n. 121.

¹³² En este sentido debe interpretarse la ya clásica concepción según la cual en los delitos especiales propios la calidad especial del sujeto activo es constitutiva del carácter delictivo del hecho, mientras que en los delitos especiales impropios dicha calidad especial sólo fundamenta la agravación o atenuación de la pena, mas no el carácter delictivo del hecho. En este sentido, POLITOFF, MATUS, RAMÍREZ (2004), p. 187. Para la importancia de distinguir entre elementos que afectan la antinormatividad de un hecho y elementos que afectan su punibilidad, véase HAFKE (1995), pp. 135 ss.

¹³³ *Infra* 3.2.2.

ese homicidio. Lo anterior hace que, tratándose de estas variantes “especiales” de homicidio, la exigencia de imputación subjetiva sea (solo) dolo eventual, exigencia de imputación subjetiva que rige por defecto en nuestro ordenamiento jurídico-penal.

Si lo anterior es correcto, lo mismo también vale para la imprudencia. En tanto criterio de imputación extraordinaria, esta también se encuentra referida al injusto. Según esta comprensión, lo que hacen los artículos 490 a 492 del Código Penal es, como ya se ha mencionado, abrir la punibilidad de los cuasidelitos contra las personas. Esto significa que, en el nivel de las normas de sanción, se contempla la punibilidad de la infracción de estas normas de comportamiento no solo cuando esta puede imputarse a título de dolo, sino también cuando puede imputarse a título de imprudencia. Por lo tanto, cuando estos artículos se refieren a hechos u omisiones que, a mediar malicia, constituirían un crimen o un simple delito contra las personas, se están refiriendo a las infracciones a las normas de comportamiento que pueden desprenderse a partir de las normas de sanción contenidas en el Título VIII del Libro II del Código Penal. Entonces, la punibilidad de la infracción de la norma de comportamiento que prohíbe matar a otro se encuentra establecida, en el nivel de las normas de sanción, por los artículos 390, 391 y 394, que se refieren a las distintas variantes dolosas de homicidio, y por los artículos 490 a 492, que se refieren a las variantes imprudentes de homicidio.

De esta forma, la variante cuyo análisis es relevante para los efectos de este trabajo es la del homicidio simple, en tanto forma básica del delito de homicidio. El Código Penal no utiliza la expresión “homicidio simple”, pero se entiende que esta es la variante residual de homicidio, comprensiva de toda conducta que pueda ser subsumida bajo la descripción típica “el que mate a otro” y que no sea constitutiva de parricidio, ni de asesinato, ni de infanticidio, en los términos ya señalados¹³⁴.

Una pregunta que se ha suscitado a este respecto es si bajo la descripción típica del homicidio cabe entender comprendido solo el homicidio comisivo, o si también resulta punible a este título el homicidio omisivo. Hay autores que han sostenido que aplicar el artículo 391 del Código Penal a casos en los que la muerte de una persona se debe a la omisión de otra vulneraría el

¹³⁴ POLITOFF, GRISOLIA, BUSTOS (1993), p. 43.

principio de legalidad, en la medida en que lo que ahí habría es una aplicación por analogía de la norma en cuestión¹³⁵. Analizar en detalle este asunto excede los objetivos de este trabajo, pero basta decir a este respecto que la doctrina mayoritaria entiende que el homicidio omisivo sí es punible bajo el derecho chileno vigente, lo que tendría apoyo legal en el artículo 492 inciso 1º, objeto de estudio de este trabajo, pues dicha disposición se refiere expresamente a quien “ejecutare un hecho o incurriere en una *omisión* que, a mediar malicia, constituiría un crimen o un simple delito contra las personas”, y en la medida en que en el Título VIII del Libro II del Código Penal no se encuentra tipificado expresamente ningún delito de omisión propia, el artículo 492 inciso 1º daría cuenta de que la ley entiende que tanto el homicidio como las lesiones pueden realizarse tanto por acción como por omisión¹³⁶.

Lo anterior no significa, sin embargo, que en todos los casos pueda entenderse que no evitar la muerte de otro será constitutivo de homicidio por omisión. La pregunta es precisamente cuáles son las condiciones de las que depende que podamos sancionar a título de homicidio a una persona por no impedir la muerte de otra. Mayoritariamente se ha respondido esta pregunta afirmando que se requiere que el sujeto se encuentre especialmente obligado a impedir el resultado por encontrarse en una posición de garante, ya sea porque era responsable de proteger a otro, ya sea porque tenía el control de una fuente de peligro, y que además la omisión del impedimento del resultado sea equiparable a su producción¹³⁷.

3.1.2 Lesiones corporales

La regulación legal de las lesiones corporales se encuentra en las siguientes disposiciones:

Artículo 395. El que maliciosamente castrare a otro será castigado con presidio mayor en sus grados mínimo a medio.

Artículo 396. Cualquiera otra mutilación de un miembro importante que deje al paciente en la imposibilidad de valerse por sí mismo o de ejecutar las funciones

¹³⁵ HERNÁNDEZ (2011a), pp. 23 s.; NOVOA (1984), pp. 189 s.; NOVOA (1987), pp. 98 s.

¹³⁶ POLITOFF, GRISOLIA, BUSTOS (1993), pp. 53 ss.

¹³⁷ Para un análisis de la construcción de los delitos de omisión impropia, véase CONTESSE (2017). Véase también MAÑALICH (2014d).

naturales que antes ejecutaba, hecha también con malicia, será penada con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.

En los casos de mutilaciones de miembros menos importantes, como un dedo o una oreja, la pena será presidio menor en sus grados mínimo a medio.

Artículo 397. El que hiriere, golpeare o maltratare de obra a otro, será castigado como responsable de lesiones graves:

1°. Con la pena de presidio mayor en su grado mínimo, si de resultas de las lesiones queda el ofendido demente, inútil para el trabajo, impotente, impedido de algún miembro importante o notablemente deforme.

2°. Con la de presidio menor en su grado medio, si las lesiones produjeren al ofendido enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de treinta días.

Artículo 399. Las lesiones no comprendidas en los artículos precedentes se reputan menos graves y serán penadas con relegación o presidio menores en sus grados mínimo o con multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.

Artículo 494. Sufrirán la pena de multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales:

5°. El que causare lesiones leves, entendiéndose por tales las que, en concepto del tribunal, no se hallaren comprendidas en el artículo 399, atendidas la calidad de las personas y circunstancias del hecho. En ningún caso el tribunal podrá calificar como leves las lesiones cometidas en contra de las personas mencionadas en el artículo 5° de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar.

Las disposiciones transcritas tipifican las distintas variantes del delito de lesiones corporales. Aquí podemos distinguir entre las mutilaciones y las lesiones corporales propiamente tales. Entre las primeras, podemos distinguir a su vez entre la castración (art. 395), la mutilación de miembro importante (art. 396 inc. 1°) y la mutilación de miembro menos importante (art. 396 inc. 2°). Por su parte, entre las lesiones propiamente tales podemos distinguir, en atención a su gravedad, entre lesiones graves (graves-gravísimas en el art. 397 numeral 1° y simplemente graves en el art. 397

numeral 2º), menos graves (art. 399, siendo esta la figura básica y residual, como aparece en la regulación legal transcrita) y leves (art. 494 numeral 5º)¹³⁸.

Para efectos de este trabajo, no es relevante el análisis de las lesiones leves, debido a que éstas se encuentran tipificadas como un delito constitutivo de falta, por lo que su punibilidad a título de imprudencia se encuentra excluida en la medida en que el artículo 492 se refiere solamente a hechos u omisiones que, a mediar malicia, constituirían *crímenes* o *simples delitos* contra las personas.

Asimismo, parte de la doctrina ha entendido que habría que excluir del análisis las distintas variantes de mutilación, pues tanto el tipo de la mutilación como el de la castración exigen *malicia*, exigencia que ha sido mayoritariamente entendida como una exigencia de dolo directo¹³⁹. De este modo, habría que entender que, en materia de lesiones corporales, la referencia a “crímenes o simples delitos contra las personas” que realiza el artículo 492 del Código Penal se limitaría a las lesiones graves (simplemente graves y graves-gravísimas) y a las lesiones menos graves.

Cabe cuestionar si es que el razonamiento anterior es correcto. Para esto, es necesario esclarecer qué cabe entender por *malicia* en este contexto. Como se señalara en el párrafo anterior, mayoritariamente se ha entendido que cuando el legislador exige *malicia*, estaría exigiendo una especie cualificada de dolo, siendo necesario en este contexto acreditar el dolo directo y no bastando el dolo eventual, que es la exigencia de imputación subjetiva por defecto. Sin embargo, esta no es la única comprensión posible de la exigencia de malicia¹⁴⁰.

El artículo 2º del Código Penal hace equivalentes los conceptos de *dolo* y de *malicia*, al referirse a “acciones u omisiones que cometidas con dolo o malicia importarían un delito”. Esto en principio debería hablar en contra de entender la exigencia de *malicia* como una exigencia de dolo directo, pues si *dolo* y *malicia* son conceptos equivalentes, entonces *malicia* debiese hacer referencia a la forma de dolo por defecto, que es el dolo eventual, y no a una forma cualificada de dolo. Sin embargo, afirmar lo anterior debiese llevarnos a la conclusión de que cuando el Código Penal exige expresamente malicia en algún tipo en particular —lo que nunca hace con el dolo—, simplemente

¹³⁸ POLITOFF, GRISOLIA, BUSTOS (1993), pp. 195 s.

¹³⁹ En este sentido, GARRIDO (2007), p. 149; ETCHEBERRY (1998c), pp. 343 s.; POLITOFF, GRISOLÍA, BUSTOS (1993), pp. 198 s.

¹⁴⁰ Para el razonamiento expuesto a continuación, véase MAÑALICH (2011), pp. 108 ss., 111 ss.

está reiterando la exigencia general de dolo eventual, lo que vulnera la máxima de la interpretación útil. Parece ser conveniente entonces relativizar esta equivalencia entre *dolo* y *malicia*.

La mejor forma de entender esta equiparación entre los conceptos de *dolo* y *malicia* en el artículo 2º del Código Penal es a la luz del modelo causalista, que era el modelo seguido al momento de la dictación del mismo. Bajo este modelo, el dolo se entendía como un elemento de la culpabilidad por el hecho e integraba la consciencia de la antijuridicidad¹⁴¹, de modo que era caracterizado como dolo *malo*. Luego, con el modelo finalista, el dolo pasa a entenderse como un elemento del tipo subjetivo, pero quedando la consciencia de la antijuridicidad en la categoría de la culpabilidad¹⁴². Así, el dolo ya no es caracterizado como dolo *malo* sino como dolo *neutro*. De esta forma, podemos entender que cuando el Código Penal exige malicia, está poniendo el énfasis en la consciencia de la antijuridicidad, que bajo el modelo que éste hace suyo, se encuentra integrada en el dolo.

Lo anterior debe ser relacionado con la presunción de voluntariedad que se establece en el inciso 2º del artículo 1º del Código Penal, según el cual “[l]as acciones u omisiones penadas por la ley se reputan siempre voluntarias, a no ser que conste lo contrario”. Esta presunción de voluntariedad, bajo el modelo causalista, era entendida como una presunción de dolo¹⁴³. Así, se consideraba que el artículo 1º se refería a los delitos dolosos, mientras que el artículo 2º estaría referido a los delitos imprudentes. Sin embargo, bajo el modelo finalista, esta presunción de voluntariedad ya no es entendida como una presunción de dolo, sino como una presunción de culpabilidad en sentido estricto o como una presunción de consciencia de la antijuridicidad¹⁴⁴ (consciencia que también era presumida bajo el modelo causalista, dada la comprensión de la misma como elemento integrante del dolo), que rige tanto para los delitos dolosos como para los delitos imprudentes.

Por lo tanto, si por regla general las acciones u omisiones penadas por ley se reputan “voluntarias” (realizadas con consciencia de la antijuridicidad) a menos que conste lo contrario, cuando el Código Penal exige expresamente que la conducta se realice maliciosamente, estaría

¹⁴¹ NOVOA (2005), pp. 465 ss., 473 ss.; ETCHEBERRY (1998a), pp. 273 ss.; LABATUT (1963), pp. 168 ss.

¹⁴² CURY (2005), pp. 279 s., 303, 305; GARRIDO (2003), pp. 74 ss.

¹⁴³ NOVOA (2005), pp. 220 ss., 491 ss.; ETCHEBERRY (1998a), pp. 302 ss.; LABATUT (1963), pp. 153 ss.

¹⁴⁴ CURY (2005), pp. 306 s.; GARRIDO (2003), pp. 16 s.

exigiendo que se pruebe dicha consciencia de la antijuridicidad, estaría haciendo que no se aplique en dicho contexto la presunción de voluntariedad del inciso 2º del artículo 1º. Esto se explicaría por el hecho de que, en dichos contextos, el carácter prohibido de la conducta parece ser menos evidente que en el ámbito nuclear del derecho penal.

Sin embargo, esta exigencia de malicia, entendida como dolo (eventual) acompañado de consciencia de la antijuridicidad, es una exigencia general a todo hecho constitutivo de delito, no rige sólo respecto de aquellos tipos en los que el Código la exige expresamente. Así, para cualquier infracción a una norma de comportamiento, se requiere, para que ésta sea constitutiva de un hecho punible, que la conducta haya sido realizada con dolo (al menos) eventual y que el sujeto haya tenido consciencia (al menos potencial) de la antijuridicidad. No podemos entender entonces que allí donde se exige malicia, se está excluyendo la posibilidad de sancionar a título de imprudencia, pues como se verá más adelante la imprudencia en tanto criterio de imputación extraordinaria opera precisamente allí donde falla la imputación ordinaria, tanto en el primer como en el segundo nivel de imputación¹⁴⁵. Además, ya en la literalidad de los artículos 490 a 492 se muestra que la imprudencia está contemplada precisamente como criterio de imputación en casos en los que quien actúa lo haga sin malicia, pues estos se refieren al que ejecute un hecho o incurra en una omisión que *a mediar malicia* constituiría un crimen o simple delito contra las personas¹⁴⁶.

Por lo tanto, si lo anterior es correcto, no sólo las lesiones pueden cometerse de forma imprudente, sino también las mutilaciones. Una primera pregunta que se ha planteado a este respecto es la relativa al bien jurídico protegido en unas y otras. Mayoritariamente se ha entendido que tanto las lesiones como las mutilaciones protegen la salud individual¹⁴⁷, siendo en este contexto la principal controversia si el bien jurídico protegido comprende solo la salud corporal o si se protege también la salud psíquica, y si es necesario que se produzca un menoscabo funcional en la

¹⁴⁵ Para el análisis de la imprudencia como criterio de imputación extraordinaria, véase *infra* 3.2.2.

¹⁴⁶ Este podría ser un argumento a favor de entender que, bajo el Código Penal chileno, los casos en los que quien actúa lo hace bajo error de prohibición vencible, debiesen quedar sometidos al régimen de punibilidad previsto para la realización imprudente de dicho tipo de delito, pues los artículos 490 a 492 estarían haciendo expreso que, en los casos en los que no hay malicia, la única posibilidad es que la conducta sea punible a título de imprudencia, nunca a título de dolo. El análisis de esta cuestión excede, empero, los objetivos de este trabajo.

¹⁴⁷ POLITOFF, GRISOLÍA, BUSTOS (1993), p. 179.

salud de una persona para que se configure el delito o si, por el contrario, basta la producción de un sufrimiento, aunque este no tenga como correlato un menoscabo propiamente tal en la salud¹⁴⁸.

No obstante lo anterior, hay también quienes han entendido que las figuras en comento protegerían dos bienes jurídicos distintos: por una parte, la integridad corporal, entendida como la “cantidad, estructura y disposición de las partes del cuerpo, anatómicamente consideradas”, y, por otra parte, la salud, entendida como el “normal funcionamiento, desde el punto de vista fisiológico, de los órganos del cuerpo humano”¹⁴⁹. En este sentido, las mutilaciones afectarían la integridad corporal, con independencia de si ello afecta la salud en términos fisiológicos, mientras que las lesiones afectarían la salud. De esta forma, lesiones y mutilaciones no se encontrarían en una relación de género-especie, sino que tendrían ámbitos de aplicación distintos, que sin embargo pueden superponerse, en cuyo caso lo razonable sería afirmar que debiese aplicarse pena sólo por una de ambas figuras, desplazándose la otra por concurso aparente¹⁵⁰.

Por otra parte, se ha planteado si resultan punibles bajo el derecho chileno solo las formas comisivas de lesiones, o también las omisivas. A este respecto, pueden reproducirse en general los argumentos ya esgrimidos a propósito del homicidio¹⁵¹, en la medida en que se entienda que el delito de lesiones es también un delito de resultado que no exige medios de comisión específicos¹⁵². Sin embargo, hay quienes han sostenido que solo las lesiones menos graves podrían resultar punibles cuando son resultado de una omisión, en la medida en que en la tipificación de las lesiones graves la ley habla de *herir, golpear o maltratar*, todos estos verbos que requerirían una acción¹⁵³.

¹⁴⁸ ETCHEBERRY (1998b), p. 113, entiende que las “simples vías de hecho” quedan incluidas en el delito de lesiones. En el mismo sentido, GARRIDO (2007), p. 155. Por su parte, RETTIG (2015), p. 9, entiende que el delito de lesiones es un delito de resultado y por lo tanto las simples vías de hecho no pueden quedar comprendidas en él, pues “no producen menoscabo alguno para la salud individual”. En el mismo sentido, POLITOFF, GRISOLÍA, BUSTOS (1993), pp. 207 s.

¹⁴⁹ ETCHEBERRY (1998b), p. 112. En contra, POLITOFF, GRISOLÍA, BUSTOS (1993), pp. 179 s., quienes afirman que “la integridad corporal no constituye un valor independiente de la salud, sino una dimensión o aspecto del concepto complejo de salud”. En el mismo sentido, RETTIG (2015), pp. 5 ss., quien afirma que “la integridad corporal es un bien instrumental de la salud individual, que sólo es objeto de protección cuando conjuntamente es afectada la salud individual”, de modo que “la disminución de la integridad corporal debe alterar temporal o permanentemente el normal funcionamiento físico o psíquico del ser humano para afirmar la existencia del delito de lesiones”.

¹⁵⁰ En contra, RETTIG (2015), pp. 6 s.

¹⁵¹ *Supra* 3.1.1.

¹⁵² En este sentido, GARRIDO (2007), pp. 155 s.

¹⁵³ En este sentido, RETTIG (2015), pp. 10, 17 s.; POLITOFF, GRISOLÍA, BUSTOS (1993), pp. 208 ss. En contra, GARRIDO (2007), pp. 155 s.

Además, y en estrecha relación con lo anterior, es necesario dilucidar si *herir*, *golpear* y *maltratar* son modalidades comisivas requeridas por la ley para el delito de lesiones¹⁵⁴, o si, al igual que el verbo *matar* en el tipo del homicidio, se refieren a la producción de lesiones sin prejuzgar el modo como dichas lesiones son causadas. La posición mayoritaria es aquella según la cual las lesiones graves requieren modalidades comisivas específicas, consistentes precisamente en *herir*, *golpear* o *maltratar*, mientras que las lesiones menos graves no requerirían dichas modalidades específicas¹⁵⁵. Sin embargo, se ha sostenido también que, pese a no decirlo expresamente la ley, las lesiones menos graves también se referirían a una conducta consistente en *herir*, *golpear* o *maltratar*¹⁵⁶. Esta cuestión es de especial relevancia para establecer si el artículo 492 satisface el principio de legalidad, específicamente el mandato de determinación, en la medida en que, si la descripción de las lesiones no fuese lo suficientemente determinada, esa indeterminación afectaría también al cuasidelito de lesiones.

Por último, también es objeto de discusión qué es lo que debe cubrir el dolo de lesiones, si el solo hecho de que se produzca un resultado de lesiones, o si también la gravedad de aquel resultado, en tanto la pena asociada depende precisamente de dicha gravedad¹⁵⁷. En el terreno del delito imprudente de lesiones, esta misma pregunta se plantea respecto de la previsibilidad del resultado que es requisito de todo delito imprudente.

3.2 ESTRUCTURA Y PARTICULARIDADES DEL DELITO IMPRUDENTE

3.2.1 Imprudencia en el modelo tradicional o canónico del delito. Tipo imprudente como distinto del tipo doloso

La doctrina penalista tradicional ha definido el concepto de delito como “una acción u omisión típica, antijurídica y culpable”¹⁵⁸. De esta definición se han extraído los elementos que deben concurrir para dar lugar a la responsabilidad penal. En este sentido, para que estemos en presencia

¹⁵⁴ En este sentido, RETTIG (2015), p. 10; POLITOFF, GRISOLÍA, BUSTOS (1993), pp. 208 ss.

¹⁵⁵ En este sentido, RETTIG (2015), p. 10; POLITOFF, GRISOLÍA, BUSTOS (1993), pp. 208 ss.

¹⁵⁶ En este sentido, ETCHEBERRY (1998b), p. 128.

¹⁵⁷ Véase GARRIDO (2007), pp. 169 ss.; RETTIG (2015), pp. 33 ss.; ETCHEBERRY (1998b), pp. 126 ss.; POLITOFF, GRISOLÍA, BUSTOS (1993), pp. 219 ss.

¹⁵⁸ NOVOA (2005), pp. 216 ss.; CURY (2005), pp. 244 s.; ETCHEBERRY (1998a), pp. 164 ss., 166 ss.; GARRIDO (2003), pp. 12 ss.

de un delito se requeriría una conducta humana, que puede adoptar la forma de una acción o de una omisión; esta conducta debe ser típica, esto es, debe adecuarse a la descripción legal que constituye el respectivo tipo penal —exigencia que, como se ha visto, está dada por el principio de legalidad—; esta conducta típica debe ser a su vez antijurídica, lo que quiere decir que debe ser contraria al ordenamiento jurídico considerado en su conjunto y por lo tanto no debe encontrarse cubierta por alguna causa de justificación; y en último término, debe tratarse de una conducta culpable, es decir, que tal conducta pueda ser en definitiva reprochada a su autor, lo que dependería de que el sujeto haya contado con la capacidad para comprender su conducta y determinarse conforme a dicha comprensión, de que haya tenido consciencia de la ilicitud de su conducta y de que en las circunstancias en las que se encontraba le haya resultado exigible un comportamiento conforme a derecho¹⁵⁹.

En esta estructura tradicional, los autores suelen tratar los cuasidelitos o delitos culposos como poseedores de una estructura propia, distinta de la de los delitos dolosos, en la medida en que las reglas de imputación serían esencialmente distintas en uno y otro caso¹⁶⁰. Así, por ejemplo, el delito doloso de homicidio requeriría que el sujeto de que se trata sea consciente de la dimensión de injusto de su conducta y pese a eso decida en contra del bien jurídico protegido, en este caso la vida de la persona que resulta muerta a causa de la conducta del sujeto. Por su parte, en el delito culposo de homicidio lo que habría es la infracción de un deber de cuidado, la realización de una determinada conducta sin observar las exigencias de cuidado que debían acatarse, de modo que el autor de dicha conducta no se representa la realización del resultado lesivo del bien jurídico que en todo caso tiene lugar o bien se lo representa, pero confía en que dicho resultado no se producirá¹⁶¹.

¹⁵⁹ GARRIDO (2003), pp. 12 ss.

¹⁶⁰ STRATENWERTH (2005), p. 500.

¹⁶¹ Los autores que trabajan con este modelo tradicional del delito suelen manejar una concepción *volitivista* del dolo, según la cual la diferencia entre el dolo eventual y la culpa consciente no está dada por las circunstancias fácticas que el autor del hecho se representa, sino por la actitud que el autor adopta respecto de la lesión del bien jurídico en cuestión: así, mientras en el dolo eventual el autor acepta ese resultado lesivo como probable, en la culpa consciente el autor confía en que el resultado no se producirá. En este sentido, MIR PUIG (2015), p. 293. En contraposición a lo anterior, hay autores que han sostenido una concepción *cognitivista* del dolo, según la cual la diferencia entre el dolo eventual y la culpa consciente está dada por el conocimiento con el que cuenta el autor, la representación misma de las circunstancias fácticas relevantes: en el dolo eventual, el autor se representa que su conducta producirá el resultado lesivo con una probabilidad mínimamente suficiente, mientras que en la culpa consciente el autor no cuenta con tal representación. La *consciencia* de la culpa consciente está referida a la infracción de la exigencia de cuidado respectiva, y no a la producción del resultado. En este sentido, no es relevante para el dolo (eventual) qué es lo que haya querido en su fuero interno el autor, sino que basta que este haya sido capaz de reconocer que su comportamiento podía producir el resultado típico con una probabilidad suficiente, pues dicho reconocimiento es suficiente para que el autor tenga que omitir tal acción

Para este modelo de análisis, entonces, el delito doloso y el delito culposo se diferencian ya a nivel de tipo¹⁶². El tipo del delito de homicidio, por ejemplo, consistiría en la descripción “el que mate a otro”, en los términos del artículo 391 del Código Penal, y por lo tanto requeriría por una parte que la conducta desplegada por el sujeto produzca la muerte de otro y por otra parte que este sujeto se represente su conducta como productora de dicho resultado y acepte la producción de ese resultado al menos como posible. En cambio, el tipo del cuasidelito de homicidio incorporaría ya en el tipo la referencia a la culpa, en la medida en que la estructura de todo delito imprudente estaría dada por un lado por la parte objetiva del tipo, consistente en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico afectado y la infracción a la norma de cuidado, y por otro lado por la parte subjetiva del tipo, consistente en haber querido realizar la conducta descuidada y no haber querido provocar la afectación del bien jurídico¹⁶³. De este modo, las exigencias de cuidado cuya inobservancia puede dar lugar a un delito imprudente, si se produce el resultado lesivo, se entienden incorporadas en el tipo mismo del respectivo delito imprudente.

La comprensión anterior del delito imprudente ha llevado a cuestionar su legitimidad, fundamentalmente sobre la base de dos argumentos cuyo mérito será revisado a continuación. En primer lugar, se ha sostenido que los delitos imprudentes tendrían una peligrosa proximidad a los delitos calificados por el resultado, en la medida en que la misma infracción de una exigencia de cuidado será punible o no, dependiendo de si se produce el resultado lesivo para el bien jurídico de que se trate, resultado que no está bajo el ámbito de control del agente¹⁶⁴. Este argumento se ve derrotado desde ya si entendemos, como lo hace el modelo analítico del delito que será abordado en el apartado siguiente, que no hay ilicitud alguna en la sola infracción de una exigencia de cuidado, sino que la ilicitud está en la producción del resultado de homicidio, de lesiones, etc. En este sentido, las exigencias de cuidado no son imperativos categóricos, sino imperativos hipotéticos: su observancia es obligatoria para el agente en la medida en que quiera asegurar su capacidad futura

si quiere adecuar su comportamiento a la norma. Para el análisis de ambas concepciones del dolo, véase RAGUÉS (1999), pp. 53 ss.

¹⁶² Así, por ejemplo, CURY (2005), p. 327, quien afirma que “[e]xcepcionalmente [...] junto al tipo doloso aparece incriminado también el correspondiente *tipo culposo*”.

¹⁶³ MIR PUIG (2015), p. 297.

¹⁶⁴ En este sentido, ETCHEBERRY (1998a), pp. 313 s., quien afirma que “la sanción penal de las conductas culposas es el remanente de una concepción objetivista de la responsabilidad penal, en que la función causal de la acción humana en la producción del resultado es más importante que la noción de voluntad reprochable que le dio origen”.

para evitar la realización del tipo del homicidio, de las lesiones, etc., y es esta realización del tipo la que resulta punible si el resultado se ha producido por la infracción de tales exigencias de cuidado¹⁶⁵.

En segundo lugar, la legitimidad de la punibilidad de los delitos imprudentes también ha sido cuestionada por la vía de alegar que su formulación legal no satisfaría los estándares impuestos por el principio de legalidad, específicamente el mandato de determinación¹⁶⁶. Esto, porque la noción misma de culpa o de imprudencia sería un elemento normativo demasiado amplio, cuya concreción quedaría entregada al tribunal, abriendo la puerta a la arbitrariedad judicial y vulnerando la función de garantía que cumple el tipo penal. Este cuestionamiento, por ser especialmente pertinente para los efectos de este trabajo, será abordado en detalle más adelante¹⁶⁷.

3.2.2 Imprudencia en el modelo analítico del delito. Imprudencia como criterio de imputación subjetiva

En contraposición al modelo tradicional expuesto en el apartado anterior, se ha planteado un esquema distinto, al que podríamos llamar *modelo analítico*, para reconstruir la noción de delito, a partir de los elementos que proporcionan la teoría de las normas, por una parte, y la teoría de la imputación, por otra.

¹⁶⁵ En este sentido, KINDHÄUSER (2015), pp. 24 s., quien afirma que “ha de distinguirse con la mayor exactitud entre la evitación, conforme a deber, de un comportamiento prohibido, por un lado, y la preocupación, adecuada al cuidado esperado, por la capacidad de evitación conforme a deber, por otro. La prohibición de lesionar corporalmente a otro es un imperativo categórico; este tiene que ser seguido incondicionalmente. La exigencia de cuidado, por el contrario, es un imperativo hipotético; este solo tiene que ser seguido bajo la condición de que alguien quiera estar en posición de seguir un imperativo categórico”. En este mismo sentido parece entender la noción de culpa BUSTOS (1995), p. 38, quien señala que “lo que interesa es que se prohíbe un determinado comportamiento (o se manda, si es un delito de omisión), por ejemplo matar, en razón de que se exige, conforme al cuidado que aplican las personas, que tome en relación a su comportamiento (conducir, manipular un arma, etc.) determinadas precauciones para que no sea un comportamiento de matar”. Es precisamente esta idea de las exigencias de cuidado como imperativos hipotéticos la que explica el rol que juega la previsibilidad del resultado en los delitos imprudentes. Si las exigencias de cuidado deben observarse para no causar el resultado típico (por ejemplo, la muerte de otra persona), entonces la posibilidad de encontrarme en una situación en la que seré incapaz de evitar la causación de ese resultado si no observo determinadas exigencias de cuidado debe haber sido previsible, y las exigencias de cuidado que debo observar son aquellas que aseguran esa capacidad de evitación.

¹⁶⁶ En este sentido, aunque para el caso español, TORÍO (1972), p. 56. Por su parte, BUSTOS (1995), pp. 19, 21 s., estima que un sistema de *numerus clausus* para los delitos culposos, como el contemplado en nuestro Código Penal, es en principio compatible con el principio de legalidad, lo que sería dudoso tratándose de un sistema de *numerus apertus*.

¹⁶⁷ *Infra* 5.3.1.

Para los autores que sostienen este modelo, el punto de partida para el análisis es la verificación de la realización no justificada de algún tipo de delito, la que opera como el respectivo objeto de imputación¹⁶⁸. Este objeto de imputación —la realización no justificada del tipo—, debe ser claramente distinguido de los criterios de imputación, de acuerdo a los cuales la conducta a ser imputada a un sujeto puede ser tomada en cuenta como *suya*¹⁶⁹. Así, se hace necesario distinguir entre reglas de comportamiento, que determinan qué cuenta como una instancia de realización no justificada del tipo, por un lado, y reglas de imputación, que establecen los criterios que permiten imputar esa realización no justificada del tipo a un sujeto, por otro¹⁷⁰.

Lo anterior debe ser complementado con una aproximación desde la teoría de las normas. Aquí es necesario incorporar otra distinción, a la que ya se hiciera referencia anteriormente¹⁷¹, entre normas de comportamiento y normas de sanción. El derecho penal, bajo este modelo, no protege directamente bienes jurídicos, sino que establece normas de sanción que refuerzan normas de comportamiento que protegen bienes jurídicos. Así, las normas de sanción lo que hacen es describir una determinada conducta —es decir, *tipificarla*—, y asociar una determinada sanción a la realización imputable de esa conducta. Y es a partir de estas normas de sanción que podemos desprender las normas de comportamiento que prohíben la realización de una conducta —en los delitos comisivos— o que ordenan la realización de una conducta —en los delitos omisivos. Así, cada vez que nos encontramos ante la realización no justificada de algún tipo de delito, lo que tenemos es la infracción de una norma de comportamiento que prohíbe u ordena una determinada conducta. Sin embargo, las condiciones de las cuales depende que un determinado comportamiento pueda ser *imputado* a una persona como la infracción de una norma de comportamiento no pueden estar establecidas en la misma norma que es quebrantada¹⁷². Esto hace que sea necesario que, junto a las normas de comportamiento, haya reglas de imputación que permitan que la realización no justificada del tipo sea entendida como expresiva de un déficit de reconocimiento de la norma como razón eficaz para la acción y, por lo tanto, como un déficit de fidelidad al derecho¹⁷³.

¹⁶⁸ Véase MAÑALICH (2010b), pp. 174 s.

¹⁶⁹ En este sentido, la imputación “es el juicio a través del cual alguien es considerado autor de una acción”. En este sentido, WILENMANN (2017), p. 271.

¹⁷⁰ HRUSCHKA (1994), p. 344. Para el análisis de qué cuenta como una instancia de realización no justificada del tipo, véase MAÑALICH (2014b), pp. 17 ss.

¹⁷¹ *Supra* 3.1.1.

¹⁷² MAÑALICH (2010b), p. 174.

¹⁷³ MAÑALICH (2010b), p. 174.

Así, la constatación de que un determinado tipo de delito se ha visto realizado y que esa realización no se encuentra cubierta por una causa de justificación, es en realidad nada más —y nada menos— que una operación de subsunción, un juicio objetivo que es completamente independiente de cuáles son las capacidades y conocimientos con que cuenta el respectivo destinatario de la norma¹⁷⁴. Que esa realización no justificada del tipo pueda ser entendida como un déficit de fidelidad al derecho de parte de un sujeto determinado dependerá a su vez de que se satisfagan los criterios que hacen posible esa imputación subjetiva.

Llegados a este punto, los autores que recurren a este modelo de análisis distinguen entre dos niveles de imputación¹⁷⁵. La imputación de primer nivel depende de que el comportamiento relevante pueda ser adscrito al sujeto como *in* acción u omisión, lo que depende de que dicho comportamiento haya sido actualmente evitable para él. Esta evitabilidad actual presupone por una parte que el sujeto haya contado con capacidad física de acción y por otra que se haya representado correctamente las circunstancias fácticas relevantes (imputación a título de dolo)¹⁷⁶. Luego, la imputación de segundo nivel se corresponde con lo que tradicionalmente se ha llamado *culpabilidad en sentido estricto*, la que requiere por una parte capacidad de reconocimiento de la norma como razón para la acción (que no estemos ante un caso de inculpabilidad o ante un error de prohibición invencible) y capacidad de motivarse conforme a dicha norma (que no estemos, por ejemplo, ante un caso de miedo insuperable) y por otra parte que en las circunstancias en las que se encuentra el sujeto el seguimiento de la norma resulte jurídicamente exigible (que no concurra ninguna causa de exculpación)¹⁷⁷.

En ambos niveles de imputación es posible fundamentar la imputación tanto ordinaria como extraordinariamente. La imputación será ordinaria cuando se satisfagan los criterios del respectivo nivel de imputación y será extraordinaria cuando falle alguno de esos presupuestos, pero el sujeto pueda ser hecho responsable por dicho déficit. En el primer nivel, si falla alguno de los presupuestos que permiten la imputación ordinaria —el sujeto no contaba con capacidad física de

¹⁷⁴ MAÑALICH (2010b), p. 176.

¹⁷⁵ Véase HRUSCHKA (2003).

¹⁷⁶ Si no se cumplen estos presupuestos, entonces no es posible entender la conducta del sujeto como una conducta libre, por la que este pueda ser hecho responsable. Para la vinculación entre los conceptos de libertad y responsabilidad, véase WILENMANN (2017), pp. 270 ss.

¹⁷⁷ MAÑALICH (2010b), pp. 179 ss.

acción o tenía una errónea representación de las circunstancias fácticas relevantes que excluye el dolo—, queda aún abierta la pregunta por la imputación a título de imprudencia, que en este sentido opera como criterio de imputación extraordinaria. Si la inevitabilidad por parte del autor de la realización no justificada del tipo —esto es, su incapacidad de acción o su errónea representación de las circunstancias fácticas— se explica por una infracción a una exigencia de cuidado (lógicamente previa) que es imputable al propio autor, entonces la realización no justificada del tipo podrá ser imputada a título de imprudencia. Lo mismo ocurre en el segundo nivel de imputación. Si falla alguno de los presupuestos que permiten afirmar la culpabilidad del sujeto por el hecho —capacidad y exigibilidad de motivación conforme a derecho—, pero este es responsable por dicho déficit, sería posible afirmar que el hecho le es de todas formas imputable, aunque extraordinariamente¹⁷⁸.

La legitimidad de la imputación a título de imprudencia, especialmente relevante para los objetivos de este trabajo, estaría dada por el hecho de que las normas de comportamiento que son reforzadas por las normas de sanción penal no sólo requieren de sus destinatarios que estos no realicen la conducta prohibida o no omitan la conducta ordenada, sino también que estos organicen su actividad de tal modo que puedan asegurar su capacidad de evitabilidad futura de la infracción de dichas normas¹⁷⁹.

3.3 EXIGENCIA DE IMPUTACIÓN SUBJETIVA DEL ARTÍCULO 492 DEL CÓDIGO PENAL

3.3.1 “Por mera imprudencia o negligencia”

Como ya fuese expuesto, el inciso 1º del artículo 492 del Código Penal exige *mera imprudencia o negligencia*. Son estos conceptos los que determinan el título de imputación subjetiva necesario para que el correspondiente hecho delictivo resulte punible bajo esta disposición. Para una interpretación sistemática de esta disposición, es necesario contrastar esta exigencia de *mera imprudencia o negligencia*

¹⁷⁸ Si basta en el segundo nivel de imputación la imputación extraordinaria para afirmar la culpabilidad del sujeto por el hecho, o si por el contrario ese déficit de imputación ordinaria debe traducirse en una disminución de la pena o incluso en su punibilidad a título de imprudencia cuando esta esté prevista por el Código Penal y en su falta de punibilidad en los demás casos, es una pregunta que no será zanjada en este trabajo. Esto es especialmente relevante tratándose del error de prohibición, habiendo autores que han afirmado que el error de prohibición vencible no excluiría la culpabilidad —es decir, bastaría en este nivel la imputación extraordinaria. Véase MAÑALICH (2011), pp. 102 ss., 108 ss., 111 ss.

¹⁷⁹ VAN WEEZEL (2008), pp. 254 ss.

con la exigencia de imputación subjetiva del artículo 490, consistente en *imprudencia temeraria*, por una parte, y con la del artículo 491, inciso 1º, consistente en *negligencia culpable en el ejercicio de su función* por parte de alguno de los funcionarios de la salud allí mencionados, por la otra.

En este sentido, una posibilidad es entender que la diferencia entre *imprudencia temeraria*, *negligencia culpable*, y *mera imprudencia o negligencia* radica precisamente en el grado de exigencia de cuidado que se requiere observar. Así, la *imprudencia temeraria* se referiría a un grado máximo de falta de cuidado, que podría asimilarse a lo que en materia civil llamaríamos *culpa grave*¹⁸⁰. Según esta comprensión, la regla general será que los cuasidelitos contra las personas serán punibles solo en la medida en que el autor realice su comportamiento con tal grado de descuido que este permita ser calificado de *imprudencia temeraria*. Lo anterior encontraría su fundamento en el hecho de que la determinación de cuál es el cuidado esperado en cada circunstancia es una tarea no evidente, que requiere de un juicio y prudencia tales que vuelve altamente probable el error, no siempre evitable en el caso concreto para el sujeto en cuestión. En cambio, en el caso de una *imprudencia temeraria*, el discernimiento del contenido del nivel de cuidado que debe ser observado sería previsible para el sujeto, en la medida en que es solo el grave descuido el que podría dar lugar a la imposición de una pena a título de cuasidelito.

Siguiendo con este argumento, en los artículos 491 y 492, el Código Penal *relajaría* este nivel de imprudencia exigida, pues en estos casos la específica posición que ocupa el sujeto o la regulación *ex ante* de la actividad que desempeña permitirían entender que este conocía o debía conocer los específicos deberes de cuidado que debía observar. Además, esto encontraría su fundamento en el mayor riesgo que implica tanto la actividad de los profesionales de la salud como las actividades que se encuentran expresamente regladas —que son regladas precisamente por su mayor peligrosidad¹⁸¹. Así, en el artículo 491, inciso 1º, el Código exige *negligencia culpable*, y esto se ve complementado con el hecho de que el sujeto debe ser un médico, cirujano, farmacéutico, flebotomiano o matrona y debe realizar el hecho en el desempeño de su profesión. En este sentido, lo propio de la *negligencia*, por contraste con la imprudencia, sería que se trata de la inobservancia de deberes de cuidado que

¹⁸⁰ BUSTOS (1995), p. 50.

¹⁸¹ En este sentido, HERNÁNDEZ (2011b), pp. 115 s.; CURY (2005), p. 345. No es pacífica, sin embargo, esta comprensión de la exigencia de *negligencia culpable* del artículo 491. Hay autores que han afirmado que, en este artículo, la exigencia de imputación subjetiva sería también análoga a la culpa grave en sede civil, al igual que en el artículo 490. Así, BUSTOS (1995), pp. 55 s.; MARTÍNEZ (2011). A favor de limitar la responsabilidad de los profesionales de la salud a casos de culpa grave, PERIN (2018).

están determinados precisamente por la profesión que el sujeto desempeña, por la actividad o función propia de quien actúa¹⁸².

Por su parte, en el artículo 492 el Código se exige *mera imprudencia o negligencia*, descuido análogo al de la culpa leve en materia civil¹⁸³, pero esta debe ir acompañada de *infracción de reglamentos*. Cuál sea la función que desempeña en este contexto la infracción de reglamentos será revisado a continuación.

3.3.2 “Con infracción de reglamentos”

Como ya se esbozara, la exigencia de *infracción de reglamentos* tiene que ser entendida en íntima conexión con la exigencia de *mera imprudencia o negligencia*, en la medida en que es precisamente la regulación *ex ante* de la actividad de que se trata por parte de la autoridad respectiva la que permite determinar con mayor precisión los deberes de cuidado que deben ser observados y en tal medida *relajar* la exigencia de culpa en comparación con la imprudencia temeraria exigida por el artículo 490 del Código Penal.

Es importante tener en cuenta que la exigencia de infracción de reglamentos, si bien está funcionalmente conectada con la exigencia de mera imprudencia o negligencia, es una exigencia distinta de esta. De este modo, puede haber infracción de reglamentos sin que concurra la mera imprudencia o negligencia, así como puede darse la segunda sin que concurra la primera. Esta conexión funcional entre la infracción de reglamentos y la mera imprudencia o negligencia queda determinada por el hecho de que la primera es un *indicio* de la segunda, en el sentido de una “aseveración contingente potencialmente refutable”¹⁸⁴.

Puede resultar conveniente a este respecto tener a la vista cómo se ha entendido la noción de *culpa infraccional* en materia de responsabilidad civil extracontractual¹⁸⁵. En dicha sede, se entiende que, cuando una determinada actividad se encuentra regulada, ya sea por el legislador o por la autoridad administrativa, la infracción a dicha regulación es en principio suficiente para tener por

¹⁸² BUSTOS (1995), pp. 49 s.

¹⁸³ BUSTOS (1995), p. 51.

¹⁸⁴ REYES (2014), p. 15.

¹⁸⁵ Para lo expuesto a continuación, véase BARROS (2006), pp. 97 ss.

acreditada la culpa como requisito de la obligación de indemnizar perjuicios. Es posible que, pese a la infracción a la regulación, la conducta no haya sido culpable, por ejemplo porque la infracción se debió a caso fortuito, pero en ese caso corresponderá al demandado acreditar ello, de forma que la infracción a la regulación opera como una verdadera presunción de culpa. En cambio, la observancia de los deberes de cuidado establecidos en dicha regulación no es suficiente para tener acreditada la diligencia, desde ya porque la regulación establecida por regla general no tendrá la pretensión de agotar exhaustivamente los deberes de cuidado que deben observarse en el desarrollo de la actividad de la que se trate. Además, circunstancias particulares del caso concreto pueden determinar que lo diligente sea observar un estándar de cuidado más exigente que el establecido por la regulación. De este modo, la regulación lo único que hace es establecer ciertos deberes de cuidado básicos que en todo caso deben ser observados para disminuir los riesgos que dicha actividad involucra.

Lo anterior ocurre también tratándose de los delitos culposos en materia penal. En el desarrollo de una determinada actividad que se encuentre regulada, la observancia de los deberes impuestos por la regulación no será necesariamente suficiente para descartar la responsabilidad penal por la realización del tipo. Sin embargo, en la medida en que no nos encontremos frente a una infracción de reglamentos, la regla que será aplicable será la del artículo 490 del Código Penal, de modo que será necesario acreditar que se faltó a un deber de cuidado tan elemental, que se satisface la exigencia de imprudencia temeraria que dicho artículo requiere.

Llegados a este punto, queda dilucidar qué debe entenderse por *reglamentos* en este contexto, cuáles son los cuerpos normativos a los que el inciso 1º del artículo 492 del Código Penal está haciendo referencia. La mejor forma de dar cuenta de esto es precisamente desde la ya caracterizada conexión funcional que existe entre la infracción de reglamentos, por una parte, y la exigencia de mera imprudencia o negligencia, por otra. La función de los reglamentos es hacer evidentes deberes de cuidado que deben ser observados en el desarrollo de las actividades que estos regulan¹⁸⁶, de modo que quienes se desempeñan en dichos ámbitos no tengan que discernirlos por ellos mismos en cada situación. Siendo esto así, entonces en estos ámbitos regulados, los sujetos ya no

¹⁸⁶ Es precisa la expresión que utiliza BUSTOS (1995), p. 53, según quien los reglamentos “contienen *llamadas de atención* en relación a precauciones que ha de tomar el sujeto. [...] Cuando hay una infracción de reglamento el legislador puede exigir un cuidado mayor, pues el sujeto ha tenido un *llamado de atención* que le indica que si no toma una precaución determinada está aumentando en forma excesiva el riesgo” (énfasis propio).

responderán por imprudencia *temeraria*, sino por *mera* imprudencia o negligencia. Esto es además coincidente con el hecho de que las penas que establece el Código Penal para los supuestos regulados por el artículo 492 son “las penas del artículo 490”, lo que es expresivo de la valoración simétrica que hace la ley de la imprudencia temeraria, por una parte, y de la mera imprudencia o negligencia con infracción de reglamentos, por otro.

En este sentido, reglamentos serán todos aquellos cuerpos normativos, ya sea legales o reglamentarios¹⁸⁷, que regulen los deberes de cuidado que deben observarse en el desarrollo de una determinada actividad, con el objeto de disminuir los riesgos involucrados en la misma, y que de quien desarrolla dicha actividad pueda esperarse que los conozca¹⁸⁸. Sobre esto se volverá más adelante¹⁸⁹.

¹⁸⁷ Es discutible que este concepto de “reglamentos” incluya también cuerpos normativos extrajurídicos que regulen una determinada actividad. En este sentido, CONTRERAS (2018), pp. 397 s.

¹⁸⁸ En este sentido, HERNÁNDEZ (2011b), pp. 111 s., quien señala que “para la concreción de los deberes de cuidado externo resultan fundamentales, al menos como orientación inicial, las prescripciones estatales que pudieran regular la actividad desde el punto de vista de la prevención de posibles daños, así como fuentes normativas no estatales y descentralizadas, como las prescripciones de la llamada *lex artis* o, en general, reglas técnicas o incluso éticas tendientes a la reducción o control de riesgos”. Así también, BUSTOS (1995), pp. 52 ss. Para el papel que juegan las reglas extrajurídicas en la concreción de los deberes de cuidado, véase CONTRERAS (2018).

¹⁸⁹ *Infra* 4.3.

4 COMPATIBILIDAD DEL INCISO 1º DEL ARTÍCULO 492 DEL CÓDIGO PENAL CON LA EXIGENCIA DE RESERVA DE LEY

4.1 PROBLEMA DE CONSTITUCIONALIDAD

Como ya fuera previamente enunciado, nos corresponde ahora analizar si la formulación del inciso 1º artículo 492 del Código Penal satisface el estándar dado por la exigencia de reserva de ley que se deriva del principio de legalidad penal.

Para presentar el problema, resulta conveniente revisar la impugnación que se hiciera de la constitucionalidad de esta norma ante el Tribunal Constitucional a través de la presentación de un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en la causa RIT 4157-2010 llevada ante el 7º Juzgado de Garantía de Santiago (“Caso Tsunami”). En este sentido, el requerimiento en cuestión señalaba que:

“[s]e infringe el principio de reserva legal, toda vez que el elemento ‘reglamentos’ sería parte del tipo objetivo de acuerdo a la teoría del delito ampliamente aceptada en la dogmática y jurisprudencia nacional, lo que tiene como importante consecuencia que tal referencia es parte del núcleo esencial de la norma penal, ya que sería un comportamiento exigido, en cuanto prohibición, a las personas a las que estaría dirigida, conjuntamente con la ejecución de un hecho o el incurrir en una omisión que constituya crimen o simple delito contra las personas, y no la delimitación o alcance del objeto de un comportamiento”¹⁹⁰.

Asimismo, también se presentó un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 492 del Código Penal en la causa RIT 1604-2010 llevada ante el Juzgado de Garantía de Concepción (“Caso Alto Río”), fundado en que:

“[e]l elemento típico de ‘infracción de reglamentos’ es esencial a esta figura de cuasidelito contra las personas, [...] no se delimita ni siquiera genéricamente cuáles

¹⁹⁰ TC, rol 2716-2014, 10 de septiembre de 2015.

son las infracciones específicas cuya ejecución da lugar al tipo delictual, por lo que se trata de una ley penal abierta e indeterminada.

“[...] esta ley penal abierta se trata de complementar mediante la remisión a las normas técnicas sobre derecho urbanístico, emanadas del Instituto Nacional de Normalización, las cuales no son aptas para ese fin, en la medida que carecen de la debida publicidad y conocimiento del público.

“[...] la conducta punible no se encuentra tipificada ni siquiera en sus elementos esenciales, pues el precepto impugnado contiene remisiones a leyes y reglamentos, entendiendo que hay dos tipos culposos diferentes: por un lado, las acciones u omisiones que de mediar malicia serían crimen o simple delito y, por otro lado, la infracción de reglamentos cometida con mera imprudencia o negligencia”¹⁹¹.

La pregunta a este respecto entonces es si, al exigir dicha norma “infracción de reglamentos”, se está encomendando a la potestad reglamentaria la determinación de la conducta merecedora de sanción penal, cuestión prohibida por la exigencia de reserva de ley, o si bien el núcleo esencial de la conducta sancionada se encuentra suficientemente determinado a nivel legal. Como puede ya intuirse, este análisis está íntimamente ligado con el análisis que se hará más adelante para efectos de establecer si hay alguna incompatibilidad entre el inciso 1º del artículo 492 del Código Penal y el mandato de determinación¹⁹², pues que al exigir infracción de reglamentos no se esté vulnerando el mandato de reserva de ley presupone que en el nivel legal la conducta sancionada se encuentra configurada de manera suficiente, de modo que la remisión a otros cuerpos normativos sea a cuestiones no esenciales.

¹⁹¹ TC, rol 2154-2011, 14 de junio de 2012.

¹⁹² A esta similitud entre las leyes penales en blanco y los tipos penales indeterminados se refiere FERNÁNDEZ (1989), pp. 70 s., al señalar que “el blanco o parte indeterminada del precepto, se llena con la remisión legislativa a otras normas o estatutos, o se libran al poder discrecional del juez, en tal forma que muchas veces implican una delegación de la competencia privativa del legislador para determinar la materia de la punición”. Así, si bien leyes penales en blanco y tipos indeterminados vulneran exigencias distintas del principio de legalidad —reserva de ley y mandato de determinación, respectivamente—, en ambos casos podría afirmarse que hay una delegación por parte del legislador de una facultad que le es privativa, cual es precisamente determinar qué conductas deben ser merecedoras de una sanción penal. Hay autores que incluso tratan ambos problemas con una nomenclatura similar, refiriéndose a los tipos penales indeterminados como “leyes penales en blanco abiertas”. En este sentido, SANTANA (2000), pp. 46 ss. Así también cierta jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC, rol 486-06, 9 de noviembre de 2006; TC, rol 559-06, 7 de junio de 2007; TC, rol 781-07, 27 de septiembre de 2007; TC, rol 1011-07, 26 de agosto de 2008; TC, rol 1351-09, 20 de mayo de 2010; TC, rol 2758-14, 10 de septiembre de 2015; TC, rol 2817-15, 28 de enero de 2016; TC, rol 3115-16, 18 de julio de 2016). Sin embargo, conviene mantener clara la distinción entre unas y otras, en la medida en que el conflicto con el principio de legalidad es distinto. En este sentido, TC, rol 1281-08, 13 de agosto de 2009; TC, rol 2615-14, 30 de octubre de 2014; TC, rol 2716-14, 10 de septiembre de 2015.

4.2 LEYES PENALES EN BLANCO

4.2.1 Concepto

Uno de los principales avances de la dogmática penal durante el siglo XX fue la consolidación del tipo como eje central sobre el que se articula el concepto de delito. De esta forma, para encontrarnos ante un delito —ante el cual el Estado reacciona imponiendo una pena—, es necesario que la conducta que será objeto de la sanción satisfaga un determinado tipo, esto es, una determinada descripción prevista por el derecho como antecedente de la imposición de una pena.

Al vincular lo anterior con el principio de legalidad como estándar de legitimación del derecho penal, resulta que los tipos de delitos operan como el supuesto de hecho de normas de sanción que deben estar contenidas en disposiciones legales que se encuentren vigentes con anterioridad a la conducta sancionada y que determinen de manera suficiente cuál es la conducta que satisface dicha descripción. Esta norma deberá a su vez ser aplicada por el juez penal sin recurrir a la analogía. El problema presentado por las así llamadas “leyes penales en blanco” es un problema propio de este “derecho penal de tipos” sometido al principio de legalidad, y es a partir de ese trasfondo que deben resolverse las cuestiones de legitimidad que su admisibilidad plantea¹⁹³.

El derecho penal está conformado principalmente por normas penales cuya estructura está compuesta por dos partes: la descripción de una conducta que será constitutiva de delito si se satisfacen los presupuestos para ello y la sanción que se impondrá a quien realice dicha conducta¹⁹⁴. La mayoría de las disposiciones que contienen estas normas de sanción penal especifican la conducta constitutiva del supuesto de hecho de la norma y la sanción aparejada a tal conducta, pero hay disposiciones que se remiten a otras para determinar ya sea la conducta típica, ya sea la sanción

¹⁹³ CURY (1988), pp. 1 ss.; NAVARRO (2010), pp. 2 ss., 13 ss.

¹⁹⁴ El derecho penal no sólo está conformado por normas que asocian una sanción a la realización de una conducta determinada (normas de sanción), sino que también integran el derecho penal reglas que establecen los presupuestos de los cuales depende la imposición de dicha sanción (por ejemplo, reglas de imputación) y la forma de determinar en el caso concreto qué sanción se impondrá (reglas de determinación de la pena). No obstante lo anterior, para efectos del análisis realizado en este apartado, el foco estará puesto en las normas de sanción penal.

que se impondrá a quien realice dicha conducta. Son estas disposiciones las que la doctrina ha llamado “leyes penales en blanco”¹⁹⁵.

A este respecto, puede hacerse ya una primera distinción entre leyes penales en blanco propias y leyes penales en blanco impropias, dependiendo de cuál sea el rango normativo de la disposición a la cual la ley penal se remite para ser complementada. Las leyes penales en blanco impropias son aquellas que se remiten a otra disposición legal para efectos de complementar el precepto en cuestión, mientras que las leyes penales en blanco propias son aquellas que se remiten para ello a disposiciones de rango infralegal, típicamente disposiciones reglamentarias¹⁹⁶.

Ya de la definición de leyes penales en blanco propias e impropias podemos concluir que en realidad solamente las primeras podrían presentar problemas de constitucionalidad en relación con el principio de legalidad, toda vez que las segundas son simplemente una cuestión de técnica legislativa, pues tanto la conducta como la pena a ser impuesta se encuentran completamente contenidas en la ley, de forma que no se configura infracción alguna a la exigencia de reserva de ley¹⁹⁷. Un ejemplo de ley penal en blanco impropia estaría dado por el mismo inciso primero del artículo 492 del Código Penal, objeto de análisis de este trabajo. Tal disposición indica lo siguiente:

¹⁹⁵ En este sentido, SANTANA (2000), p. 36, ha definido las leyes penales en blanco como “todas aquellas que realizan una remisión a otro cuerpo normativo”. Por su parte, CURY (1988), p. 38, las ha definido como “aquella[s] que remite[n] el complemento de su precepto a una disposición distinta”. Así también, COUSIÑO (1975), pp. 83 ss.

¹⁹⁶ OSSANDÓN (2009), p. 164; SANTANA (2000), pp. 30, 35; CURY (1988), p. 40.

¹⁹⁷ Así, por ejemplo, FERNÁNDEZ (1989), p. 68, quien señala que “las normas de reenvío no son imperfectas, pues contienen precepto y sanción, solo que ubicadas en distintos lugares de la misma fuente orgánica [...], son normas incriminadoras completas, en sí mismas o por reenvío, es decir, directa o indirectamente”. En el mismo sentido, LABATUT (1963), pp. 75 s. Por otro lado, hay quienes han sostenido que sí podría haber en las leyes penales en blanco impropias una vulneración del principio de legalidad, no específicamente a la exigencia de reserva de ley sino al mandato de determinación, en la medida en que esta técnica de reenvío a otra instancia legislativa podría dificultar el conocimiento de la norma en cuestión por parte de sus destinatarios. Véase CURY (1988), pp. 38 ss., 53 s. Para el análisis de esta comprensión del mandato de determinación, véase *infra* 5.2.1. COUSIÑO (1975), p. 85, va incluso más allá, pues considera que “estas leyes penales en blanco son una aparente excepción al principio *nullum crimen*: en efecto, la verdad es que el precepto o hipótesis de hecho siempre tiene un origen legal, aunque se le defina en documentos administrativos, dictados mediante autorización de la ley. El verdadero reparo que merecen, está en la incertidumbre en que dejan a los habitantes sobre la licitud o ilicitud de sus actos, pues si bien están obligados a conocer la ley, en cambio no rige el mismo principio para las reglamentaciones administrativas”. No es difícil, sin embargo, identificar dónde está el problema en su afirmación, pues muy débil sería la garantía ofrecida por el principio de legalidad, específicamente por la exigencia de reserva de ley, si bastara que el precepto tenga “un origen legal”. En este sentido se pronuncia Jorge Correa Sutil en su voto de minoría a la sentencia TC, rol 486-06, 9 de noviembre de 2006, al señalar que “la carta es exigente y no se cumple su prohibición si el legislador entiende que describir la conducta punible es sólo nombrarla, sin precisar las características de ella y los supuestos de hecho que la hacen típica o encuadrable” (considerando 6º). Por su parte, el Tribunal Constitucional ha reconocido como no problemático el recurso a leyes penales en blanco impropias como técnica legislativa (TC, rol 468-06, 9 de noviembre de 2006; TC, rol 559-06, 7 de junio de 2007; TC, rol 1011-07, 26 de agosto de 2008; TC, rol 1351-09, 20 de mayo de 2010; TC, rol 1973-11, 3 de

Artículo 492. Las penas del artículo 490 se impondrán también respectivamente al que, con infracción de reglamentos y por mera imprudencia o negligencia, ejecutare un hecho o incurriere en una omisión que, a mediar malicia, constituiría un crimen o un simple delito contra las personas.

Al establecer que las que se impondrán en este caso serán “las penas del artículo 490”, el artículo 492 precisamente lo que hace es remitirse a otra disposición de rango legal para efectos de determinar la sanción aplicable para el caso en que se verifique el supuesto de hecho de la norma. De esta forma, la pena aplicable a quien se encuentre en el supuesto de hecho del artículo 492 del Código Penal es de reclusión o relegación menores en sus grados mínimos a medios, cuando el hecho importare crimen, y de reclusión o relegación menores en sus grados mínimos o multa de once a veinte unidades tributarias mensuales, cuando importare simple delito —pena aplicable según el artículo 490 al “que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, si mediara malicia, constituiría un crimen o un simple delito contra las personas”. Como se ve, no hay aquí infracción alguna a la exigencia de reserva de ley, en la medida en que la pena aplicable sigue estando señalada en la ley, como exige el artículo 19 n° 3 inciso 8° de la Constitución. Como ya fuera dicho, aquí lo que hay es simplemente una técnica legislativa que expresa la simétrica valoración del contenido de injusto que hace el legislador respecto de la ejecución por imprudencia temeraria de un hecho que, si mediara malicia, constituiría un crimen o simple delito contra las personas y de la ejecución por mera imprudencia y con infracción de reglamentos de un hecho u omisión que, si mediara malicia, constituiría un crimen o simple delito contra las personas.

Por el contrario, las leyes penales en blanco propias sí podrían presentar problemas de constitucionalidad, pues en ellas la determinación de la conducta constitutiva de delito o de la sanción a imponerse a dicha conducta son encomendadas a normas infralegales. Así, la nomenclatura “leyes penales en blanco” suele reservarse derechamente para las que aquí hemos llamado “leyes penales en blanco propias”¹⁹⁸, pues son éstas las que requieren un análisis particular. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que las leyes penales en blanco son:

noviembre de 2011; TC rol 2154-11, 14 de junio de 2012; TC, rol 2651-14, 23 de diciembre de 2014; TC, rol 3115-16, 18 de julio de 2016).

¹⁹⁸ En este sentido, OSSANDÓN (2009), p. 169.

“[a]quellas leyes que solamente contienen una conminación penal y que respecto del contenido prohibitivo remiten a leyes, reglamentos e incluso actos administrativos, que se han promulgado autónomamente en otro tiempo y lugar. De acuerdo con ello hay que distinguir entre norma sancionatoria y norma complementaria. El tipo de la ley en blanco sólo se forma con la norma complementaria. En consecuencia, las leyes en blanco no cumplen con el doble presupuesto de la ley penal conocido genéricamente como el principio de la legalidad o, delimitadamente, como reserva legal: la descripción de una hipótesis de hecho y la consecuencia jurídica para el evento de que tal hipótesis se cumpla. En otros términos, la conducta punible y la pena que se le aplica”¹⁹⁹.

Por último, como ya se esbozara²⁰⁰, habría que hacer aquí una distinción entre las leyes penales en blanco, caracterizadas por la técnica del reenvío para complementar la determinación de la conducta tipificada como delito, y aquellas disposiciones que recurren a conceptos normativos de contenido indeterminado, en las que se entrega al juez la precisión de dicho contenido —lo que no es necesariamente problemático si entendemos que el alcance de toda norma jurídica debe ser determinado por el juez vía interpretación. Si bien los problemas que plantean una y otra disposición son distintos, el análisis de su compatibilidad con el principio de legalidad puede hacerse desde el mismo punto de partida, en la medida en que la pregunta central es si la disposición que tipifica una conducta como delito, individualmente considerada, satisface el estándar de determinación suficiente en el nivel legal, que es en el que debe estar consagrada la conducta constitutiva de delito.

4.2.2 Admisibilidad de las leyes penales en blanco propias en el derecho chileno

Parece haber cierto consenso en que vulnera la exigencia de reserva de ley una disposición legal que establece que a una conducta determinada se le impondrá una sanción penal, pero encomienda a una disposición infralegal el establecimiento de esa sanción (a este tipo de leyes penales la doctrina les ha llamado “leyes penales en blanco al revés”). Esto porque el principio de legalidad exige que

¹⁹⁹ TC, rol 468-06, 9 de noviembre de 2006. En el mismo sentido, TC, rol 559-06, 7 de junio de 2007; TC, rol 1351-09, 20 de mayo de 2010; TC, rol 1973-11, 3 de noviembre de 2011.

²⁰⁰ *Supra* 4.1, n. 192.

tanto el delito como la pena se encuentren establecidos en una ley en sentido estricto, y en la medida en que se entiende el principio de legalidad como una garantía de protección contra la arbitrariedad de la autoridad²⁰¹, entregar la determinación de la sanción a imponer a un órgano distinto del legislador posibilita dicha arbitrariedad²⁰².

La cuestión es menos clara tratándose de leyes penales en blanco propias en sentido estricto, en las que lo que se encomienda a la norma de rango infralegal es la determinación de la conducta punible, es decir, leyes penales en las que la ley determina cuál es la sanción aplicable, pero describe el tipo delictivo correspondiente sólo de manera parcial, encomendando a otra norma jurídica de rango infralegal la determinación de la conducta punible o de su resultado, ya sea de manera expresa o tácita²⁰³.

A simple vista, pareciera ser que sí hay un problema de constitucionalidad en el empleo de la técnica legislativa de las leyes penales en blanco, en la medida en que lo que el principio de legalidad exige es que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en la ley. Esta exigencia pareciera que no se cumple en las leyes penales en blanco propias, precisamente porque lo que hacen es encomendar a una norma infralegal la determinación de la conducta sancionada. Sin embargo, hay otros elementos que es necesario considerar que hacen que el análisis de este asunto no sea tan simple.

En general los argumentos que se han ofrecido para admitir el recurso a las leyes penales en blanco en nuestro ordenamiento dicen relación con la utilidad práctica que estas presentan, pues la rigidez de la legislación no permitiría que el ordenamiento jurídico se adapte de forma oportuna y satisfactoria a las necesidades que surgen en una sociedad que cambia de forma cada vez más

²⁰¹ *Supra* 2.2.2.

²⁰² En este sentido, CURY (1988), pp. 43 ss. No obstante lo anterior, el legislador no requiere determinar con exactitud cuál es la pena que será impuesta en definitiva en cada caso para satisfacer la exigencia de que la pena se encuentre previamente determinada en una norma legal. Se ha entendido que basta con que el legislador determine el rango dentro del cual debe encontrarse la pena impuesta. De esta forma, el régimen de determinación de la pena en nuestro ordenamiento jurídico combina, por una parte, un nivel de determinación legal de la pena, en el que el legislador establece el marco legal para cada delito y los criterios de modificación o concreción de dicho marco penal, y un nivel de determinación judicial de la pena, en el cual el juez que conoce del asunto determina, de acuerdo a los criterios establecidos por el legislador, la pena concreta a ser aplicada. Véase MAÑALICH (2010a), pp. 41 ss.

²⁰³ CURY (1988), p. 38. Podemos considerar que también hay una remisión tácita en aquellos tipos penales en blanco a los que se refiere SAAVEDRA (1995), p. 72, en los que “la descripción de la conducta es parcial, puesto que se utilizan conceptos que no tienen una clara definición, ni precisión en el ámbito penal y por ello para su cabal comprensión se ha de recurrir a normas extrapenales que definan el vocablo”.

vertiginosa. Así, la forma de hacer frente a este problema sería que el legislador encomiende la determinación concreta de las conductas que serán sancionadas a normas reglamentarias, que sí tienen la capacidad de adaptarse rápidamente por la facilidad con que pueden ser modificadas por la autoridad²⁰⁴. De esta forma, la conclusión a la que llegan quienes han abordado este problema desde este punto de vista es que, si bien en las leyes penales en blanco hay una vulneración de estándares constitucionales de legitimación del derecho penal, esta vulneración sería el precio que hay que pagar para tener un ordenamiento jurídico capaz de resolver los problemas que se presentan en la sociedad que se pretende normar, y entonces “no queda más remedio” que admitir tales leyes en el derecho penal. La ley penal en blanco se justifica entonces por su utilidad práctica, subordinando el cumplimiento del principio de legalidad a esa utilidad²⁰⁵.

Si bien lo que está detrás del razonamiento anteriormente esbozado es una ponderación entre por una parte el principio de legalidad y por otra parte el fin que debe cumplir el ordenamiento jurídico-penal de resolver los conflictos en una sociedad determinada, que cambian según cambia esta, no parece satisfactorio el análisis que se hace a este respecto. Esto porque si concebimos el principio de legalidad como uno de los principios fundantes del Estado democrático de derecho, resulta que no es posible justificar su vulneración atendiendo a la utilidad práctica que cumplen las disposiciones que no se ajustan a él²⁰⁶. En este sentido se han pronunciado quienes, viendo en las leyes penales en blanco una vulneración al principio de legalidad, han sostenido que debe negarse su admisibilidad, asumiendo el costo de la relativa rigidez de la legislación²⁰⁷.

²⁰⁴ CURY (1988), pp. 51 s.

²⁰⁵ En este sentido, CURY (1988), pp. 51 s. Por su parte, LABATUT (1963), p. 76, señala que las leyes penales en blanco encuentran su razón de ser “en la imposibilidad de que las leyes abarquen la infinita variedad de los hechos de la vida, con frecuencia cambiantes en el tiempo” y afirma que “no importan conceder carta blanca al Poder Ejecutivo para que haga uso de facultades represivas, sino un reconocimiento de su potestad reglamentaria, que debe ejercerse de acuerdo con la Constitución y las leyes”.

²⁰⁶ A favor de la posibilidad de ponderar el principio de legalidad con otros principios del ordenamiento jurídico, VAN WEEZEL (2011), p. 18, quien señala que “[e]l principio de tipicidad es contingente, funcional a una determinada estructura de relaciones, variable en el tiempo y también ‘ponderable’ o compensable con otros principios por parte del legislador”.

²⁰⁷ En este sentido ORTIZ (2013), p. 150, quien señala que “ni las características generales del objeto de la regulación, ni la evitación de una casuística supuestamente incompatible con la naturaleza de un tipo penal, ni la mayor o menor dificultad que pueda enfrentar el legislador para precisar la conducta que decide criminalizar, inconvenientes todos ellos superables, pueden servir de excusa para que el Parlamento ceda sus funciones exclusivas y excluyentes a la autoridad de la Administración”. En un sentido similar, COUSIÑO (1975), p. 88, quien afirma que “[p]ara ser fieles al principio *nullum crimen*, los legisladores jamás deben demostrar una excesiva impaciencia, dejando abiertos los preceptos penales, con el propósito de comprender conductas no previstas o conductas futuras, análogas a las consideradas, aunque ello sea con el sano propósito de no reformar con excesiva frecuencia la ley. Bien puede sacrificarse el fin de economía legislativa en holocausto de la libertad”.

Sin embargo, tampoco el análisis anterior parece ser satisfactorio, ya que rechaza cualquier tipo de remisión a una norma infralegal por parte de la ley penal, pero sin analizar el contenido mismo de tal disposición penal y sin reconocer cuál es específicamente el estándar de precisión y determinación que el principio de legalidad impone. De este modo, lo que es necesario determinar es en qué medida se puede recurrir a la técnica de las leyes penales en blanco sin vulnerar la exigencia de reserva de ley que se deriva del principio de legalidad, y esto solo ocurrirá cuando en la disposición legal, individualmente considerada, la determinación de la conducta sea tal que podamos afirmar, pese a la remisión a disposiciones infralegales, que la conducta sancionada se encuentra expresamente descrita en la ley, por ser esta la exigencia que hace el artículo 19 n° 3 inciso 9° de la Constitución.

De esta forma, se ha entendido que las leyes penales en blanco propias son constitucionales y por lo tanto admisibles en el ordenamiento jurídico-penal chileno en la medida en que sea posible afirmar que, de todos modos, la conducta se encuentra expresamente establecida en la ley, pero sin que sea necesario que la ley contemple todos los detalles de la misma. En tal sentido se pronunció tempranamente el Tribunal Constitucional, al señalar que:

“basta, pues, que la conducta que se sanciona esté claramente descrita en la ley, pero no es necesario que sea de un modo acabado, perfecto, de tal manera llena que se baste a sí misma, incluso en todos sus aspectos no esenciales”²⁰⁸.

Lo anterior el tribunal lo fundamenta, en primer lugar, en el tenor literal del artículo 19 n° 3 inciso 9° de la Constitución, interpretado a la luz de la historia fidedigna de la misma²⁰⁹. La Comisión de Estudios de la Nueva Constitución redactó esta disposición en los siguientes términos: “ninguna

²⁰⁸ TC, rol 24-84, 4 de diciembre de 1984. En el mismo sentido, TC, rol 549-06, 30 de marzo de 2007; TC, rol 1973-11, 3 de noviembre de 2011; TC, rol 2716-14, 10 de septiembre de 2015; TC, rol 2758-14, 10 de septiembre de 2015; TC, rol 2817-15, 28 de enero de 2016; TC, rol 3115-16, 18 de julio de 2016.

²⁰⁹ Puede resultar conveniente en algunos casos tener a la vista la historia fidedigna del establecimiento de una ley para entender su dictación en tanto fenómeno, pero esto no significa que sea esta la que determine el sentido que debe atribuírsele a la misma. Desde ya, es necesario tener presente, como señala GANDULFO (2009), p. 310, que “la movilidad temporal del lenguaje hace que el legislador no pueda controlar el sentido ordinario de las palabras, a lo largo del tiempo”. Lo anterior sin perjuicio de que ya en sí mismo resulta problemático el recurso a las actas de la comisión Ortúzar para efectos de interpretar la Constitución de 1980, considerando el serio déficit de legitimidad democrática del que esta adolece.

ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté completa y expresamente descrita en ella”. Esta redacción fue acogida tras una propuesta del profesor Bertelsen, que buscaba “que no quepan reglamentos ni disposiciones emanadas del Gobierno para desarrollar la ley penal”. En este sentido, afirmaba que “la ley penal debe bastarse a sí misma, y si no se basta a sí misma, no hay delito ni pena”²¹⁰. Sin embargo, la Junta Militar modificó este precepto, eliminando la palabra “completa” y dejándolo en los términos actuales, exigiendo solo que la conducta que se sanciona esté *expresamente* descrita en la ley. Teniendo esto en consideración, el Tribunal Constitucional entiende que:

“[e]s evidente que la modificación introducida por la H. Junta de Gobierno (sic) tuvo por objeto suprimir la exigencia de que la ley penal se baste en todo aspecto a sí misma y que, por el contrario, estimó que era suficiente que la ley tipificara en lo esencial la conducta delictual, la que podría ser desarrollada o precisada en aspectos no esenciales, por otra norma emanada de una instancia distinta de la legislativa”²¹¹.

Y agrega que “lo que se incorporó al precepto constitucional es el llamado principio de la tipicidad y, por lo mismo, no consagra una prohibición absoluta a la existencia de las leyes penales en blanco”²¹².

A partir de lo anterior, el Tribunal Constitucional chileno entiende que lo que exige el principio de legalidad en esta materia es que la ley defina el núcleo esencial de la conducta delictiva, siendo admisible que encomiende a la normativa infralegal la concreción de tal conducta o elementos de la misma que no afectan ese núcleo esencial. Así, afirma que:

“[e]stán permitidas [...] aquellas [leyes penales en blanco] cuyo destino de remisión se encuentra establecido expresamente en la ley, aún (sic) cuando sea una norma no

²¹⁰ Actas oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República, tomo XI, p. 663

²¹¹ TC, rol 24-84, 4 de diciembre de 1984. En el mismo sentido, TC, rol 468-06, 9 de noviembre de 2006; TC, rol 559-06, 7 de junio de 2007; TC, rol 1351-09, 20 de mayo de 2010; TC, rol 1432-09, 5 de agosto de 2010; TC, rol 2817-15, 28 de enero de 2016; TC, rol 3115-16, 18 de julio de 2016.

²¹² TC, rol 468-06, 9 de noviembre de 2006. En el mismo sentido, TC, rol 1011-07, 26 de agosto de 2008; TC, rol 1973-11, 3 de noviembre de 2011.

originada en la instancia legislativa, y en la que se describa el núcleo central de la conducta punible”²¹³.

De esta forma,

“es necesario analizar, desde el punto de vista material, si la descripción que contiene la norma impugnada constituye la caracterización suficiente del núcleo central de la conducta. Es decir, si cumple con las exigencias del principio de legalidad desde el punto de vista material o sustantivo. La tipicidad exige que la conducta sancionada se encuentre pormenorizada; que la descripción del núcleo esencial de la conducta punible, junto con la sanción prevista, se encuentre establecida”²¹⁴.

Lo que implica que:

“[a] menos el núcleo esencial de la conducta sancionada esté descrito en forma clara y patente, sin entrar en pormenorización pero tampoco dejándolo tan vago que el intérprete desconozca a qué se aplica o si no se aplica”²¹⁵.

Aquí el Tribunal Constitucional recoge la jurisprudencia constitucional española en la materia²¹⁶, según la cual:

²¹³ TC, rol 468-06, 9 de noviembre de 2006. En el mismo sentido, TC, rol 1011-07, 26 de agosto de 2008; TC, rol 1973-11, 3 de noviembre de 2011; TC, rol 2716-14, 10 de septiembre de 2015.

²¹⁴ TC, rol 1432-09, 5 de agosto de 2010. En el mismo sentido, TC, rol 1443-09, 26 de agosto de 2010; TC, rol 2154-11, 14 de junio de 2012. El Tribunal Constitucional en reiteradas oportunidades distingue entre un aspecto “formal” y un aspecto “material” o “sustantivo” del principio de legalidad, para referirse a la exigencia de reserva de ley y a la exigencia de determinación o taxatividad, respectivamente (TC, rol 1351-09, 20 de mayo de 2010; TC, rol 2817-15, 28 de enero de 2016; TC, rol 3115-16, 18 de julio de 2016). Sin embargo, conviene tener presente que el principio de legalidad es un estándar de legitimación *formal* de la intervención penal, en la medida en que atiende al modo de producción de las normas penales (deben encontrarse en disposiciones contenidas en una ley en sentido estricto que no puede ser aplicada retroactivamente, deben encontrarse en disposiciones cuyo contenido se encuentre suficientemente determinado y no pueden ser aplicadas por analogía), por oposición a otros estándares de legitimación de la intervención penal que son propiamente *materiales*, como el principio de proporcionalidad, que atiende directamente al contenido de la ley penal.

²¹⁵ TC, rol 2817-15, 28 de enero de 2016.

²¹⁶ Esta referencia a la jurisprudencia constitucional española el Tribunal Constitucional la hace de forma explícita en TC, rol 468-06, 9 de noviembre de 2006.

“[l]as exigencias [del principio de legalidad] no suponen que sólo resulte constitucionalmente admisible la redacción descriptiva y acabada en la Ley penal de los supuestos de hecho penalmente ilícitos. Por el contrario, es posible la incorporación al tipo de elementos normativos y es conciliable con los postulados constitucionales la utilización legislativa y aplicación judicial de las llamadas leyes penales en blanco; esto es, de normas penales incompletas en las que la conducta o la consecuencia jurídico-penal no se encuentre agotadoramente prevista en ellas debiendo acudirse para su integración a otra norma distinta, siempre que se den los siguientes requisitos: que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la Ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza, o [...] se dé la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la Ley penal se remite y resulte, de esta manera, salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada”²¹⁷.

Según esta línea jurisprudencial, las leyes penales en blanco serían compatibles con la exigencia de reserva de ley en la medida en que sea la ley la que defina el núcleo esencial de la conducta sancionada, y a disposiciones infralegales se encomiende solo la concreción de aspectos no esenciales de la misma, por medio de una remisión expresa²¹⁸. Además, esto suele ser complementado con la exigencia de que el reglamento que complementa la ley penal en blanco se encuentre ya vigente al momento del hecho²¹⁹ y publicado en los mismos términos en los que lo están las leyes, de modo que sea posible su conocimiento por parte de los eventuales sancionados²²⁰.

²¹⁷ TC español, sentencia 111/1993, 27 de abril de 1993. En el mismo sentido, TC español, sentencia 118/1992, 16 de septiembre de 1992; TC español, sentencia 53/1994, 24 de febrero de 1994; TC español, sentencia 24/1996, 13 de febrero de 1996; TC español, sentencia 120/1998, 15 de junio de 1998.

²¹⁸ En este sentido parece pronunciarse OSSANDÓN (2009), p. 211, quien afirma que “[l]a conducta y su relación con el riesgo para el bien jurídico es el núcleo que debe contener la ley penal”, de modo que de la ley penal sea posible desprender qué es *lo prohibido*. Vinculando esta exigencia de que en la ley se encuentre el núcleo de la conducta con la separación de los poderes del Estado como fundamento del principio de legalidad, NAVARRO (2010), pp. 38 s.

²¹⁹ TC, rol 781-07, 27 de septiembre de 2007; TC, rol 1973-11, 3 de noviembre de 2011; TC, rol 2817-15, 28 de enero de 2016.

²²⁰ CURY (1988), pp. 102 ss.

Sin embargo, lo central para el Tribunal Constitucional parece ser esta posibilidad de conocimiento, más que la formalidad de que el reglamento haya sido publicado en el Diario Oficial²²¹.

En resumen, las variables consideradas por el Tribunal Constitucional a la hora de afirmar la legitimidad de la remisión a normas infralegales son las siguientes:

“[e]n primer lugar, la aptitud para precisar el ‘núcleo fundamental’ contenido en la norma. En segundo lugar, la posibilidad real de conocer las normas complementarias. En tercer lugar, el que la norma reglamentaria existiera al momento de los hechos. En cuarto lugar, el que no se pueda alegar razonablemente desconocimiento de la normativa administrativa si se realiza una actividad en la cual ésta aborda aspectos relevantes”²²².

4.3 ¿ARTÍCULO 492 DEL CÓDIGO PENAL COMO LEY PENAL EN BLANCO PROPIA?

Tradicionalmente la doctrina ha entendido el artículo 492 del Código Penal como una ley penal en blanco propia. Como ya se expuso anteriormente²²³, la comprensión tradicional de los delitos culposos entiende que estos tienen una estructura distinta a la de los delitos dolosos, diferenciándose ya en el nivel del tipo, de modo que el tipo realizado, por ejemplo, en un delito doloso de homicidio sería distinto del tipo realizado en un delito culposo de homicidio. De este modo, el artículo 492 del Código Penal tipificaría los delitos culposos contra las personas, y la exigencia de “infracción de reglamentos” sería entonces parte integrante de ese tipo, lo que haría que tal disposición sea una ley

²²¹ En este sentido, el Tribunal Constitucional validó la remisión al DS 1445 para complementar el art. 299 del Código de Justicia Militar aunque no constara su publicación en el Diario Oficial, pues “los ‘deberes militares’ no constituyen para los militares referencias indeterminadas o desconocidas, sino conceptos precisos con cuyo contenido los oficiales [...] se familiarizan desde el inicio de su formación en las Escuelas Matrices de Oficiales de las Fuerzas Armadas, pues son parte de su malla curricular, y en torno a los que transcurre la totalidad de la vida castrense, además de vincularse directamente al carácter de ‘disciplinadas’ que el artículo 101, inciso tercero de la Constitución Política le otorga a las Fuerzas Armadas” (TC, rol 468-06, 9 de noviembre de 2006). En el mismo sentido, TC, rol 559-06, 7 de junio de 2007; TC, rol 1973-11, 3 de noviembre de 2011. Por otra parte, a propósito de la “infracción de reglamentos” requerida en el art. 492 del Código Penal, el Tribunal Constitucional ha afirmado que “no resulta relevante el que las normas técnicas invocadas por el Ministerio Público no hayan sido todas ellas publicadas en el Diario Oficial. La parte requirente debía estar en conocimiento de las mismas por el hecho de dedicarse a la actividad de construcción [...]. [S]i esas normas, entonces, no pueden ser desconocidas desde el punto de vista de la actividad de construcción, menos pueden ser ignoradas desde el punto de vista penal” (TC, rol 2154-11, 14 de junio de 2012).

²²² TC, rol 2716-14, 10 de septiembre de 2015.

²²³ *Supra* 3.2.1.

penal en blanco propia, en la medida en que la conducta típica no está de forma completa contenida en la ley, sino que esta se remite precisamente a los reglamentos para complementarla.

Bajo la comprensión anterior, la pregunta por la constitucionalidad del artículo 492 del Código Penal debe contestarse verificando si se cumplen los requisitos que hacen que una ley penal en blanco propia sea admisible en nuestro ordenamiento jurídico. La cuestión central pasa a ser entonces si el núcleo esencial de la conducta se encuentra en el artículo 492 o si es necesario recurrir a los reglamentos cuya infracción se exige para configurar ese núcleo esencial, y si la exigencia genérica de “infracción de reglamentos” es suficiente para que las personas puedan conocer la conducta que resulta prohibida bajo tal disposición y para no dar lugar a arbitrariedad judicial a este respecto o para evitar la arbitrariedad de la autoridad, dependiendo de cuál sea el fundamento del principio de legalidad que se afirme²²⁴.

Para lo anterior, es relevante relacionar la exigencia de mera imprudencia e infracción de reglamentos del artículo 492 del Código Penal con la exigencia de imprudencia temeraria del artículo 490 y la exigencia de negligencia culpable en el desempeño de su profesión del artículo 491²²⁵. En las tres disposiciones referidas, tales exigencias se vinculan con los deberes de cuidado que el sujeto debe haber infringido para que estemos ante un cuasidelito contra las personas (cuasidelito de homicidio o cuasidelito de lesiones). La disposición más general es aquella contenida en el artículo 490, que hace punible cualquier hecho que fuese ejecutado por cualquier persona cuando dicho hecho, que de mediar malicia constituiría un crimen o simple delito contra las personas, haya sido ejecutado *por imprudencia temeraria*. Como ya se viera²²⁶, el legislador en esta materia entiende que la determinación en el caso concreto de los deberes de cuidado que deben observarse para no producir un resultado de muerte o un resultado de lesiones es una cuestión compleja, que requiere un discernimiento mayor y que no es siempre evidente en la situación en la que el sujeto debe decidir qué conducta ejecutar y de qué conducta abstenerse. Por esto, lo que se exige es *imprudencia temeraria* y no mera imprudencia, porque si para una persona resulta difícil discernir en cada situación en la que se encuentra cuáles son los deberes de cuidado medios cuya observancia evita el riesgo de producir un resultado de muerte o un resultado de lesiones, no ocurre lo mismo con aquellos

²²⁴ Para una revisión más profunda de esta cuestión, véase *infra* 5.2.

²²⁵ REYES (2014), pp. 32 ss.

²²⁶ *Supra* 3.3.1.

deberes de cuidado tan elementales que su infracción implica total indiferencia respecto de la vida o de la integridad y salud corporal de otra. De esta forma, el criterio de imputación subjetiva en esta disposición sería análogo a la culpa grave en materia civil²²⁷ y haría que la conducta resulte punible sólo en la medida en que el deber de cuidado infringido haya tenido que ser evidente para el sujeto.

En contraste con lo anterior, los artículos 491 y 492 exigen solo negligencia culpable y mera imprudencia respectivamente, estándares de cuidado más exigentes que el de imprudencia temeraria, en la medida en que ahora se trata de la infracción de los deberes de cuidado que una persona prudente observaría en el desarrollo de una actividad —*culpa leve*, manteniendo la analogía con el derecho civil—²²⁸, y no solo de la observancia de los deberes de cuidado más elementales. Y como ya se señalara, la determinación *ex ante* de estos deberes de cuidado requiere un discernimiento mayor, que hace que la probabilidad de errar en ese juicio aumente considerablemente. Esta intensificación de la diligencia exigida se ve compensada por la situación especial en la que se encuentra quien puede ser sancionado según estas disposiciones. Así, en el artículo 491 se trata de un profesional de la salud, que conoce o debiese conocer la *lex artis* que norma su profesión, mientras que en el artículo 492 se trata de un sujeto que desarrolla una actividad en la cual los deberes de cuidado a ser observados se encuentran expresamente regulados por reglamentos que, precisamente por desempeñarse en ese ámbito, debiese conocer. De este modo, al exigirse que haya infracción de reglamentos, además de negligencia culpable o mera imprudencia, la identificación *ex ante* de los deberes de cuidado cuya infracción puede significar la imposición de una sanción penal se vuelve también evidente.

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, al afirmar que:

“[l]a convocatoria a esta normativa administrativa tiene por objeto circunscribir o delimitar la aplicación del delito a ámbitos reglados o reglamentados. La referencia al reglamento establece parámetros o criterios para determinar el estándar o cuidado debido o exigible”²²⁹.

²²⁷ HERNÁNDEZ (2011b), p. 115; GARRIDO (2003), pp. 172 s.

²²⁸ HERNÁNDEZ (2011b), pp. 115 ss.

²²⁹ TC, rol 2154-2012, 14 de junio de 2012. En un sentido similar a este, CURY (1988), pp. 71 ss., admite expresamente la posibilidad de que las leyes penales en blanco encarguen a las disposiciones complementarias “circunstancias” que especifiquen la conducta tipificada en la ley, pues “la introducción en el tipo de circunstancias que condicionan la adecuación de la conducta a sus exigencias, constituye siempre una contracción de la punibilidad”, pues “el ámbito de

De esta forma, se entiende que la exigencia de infracción de reglamentos no afecta el potencial conocimiento de la conducta prohibida por parte de las personas destinatarias de la norma, sino que, por el contrario, lo refuerza, pues, como lo ha afirmado el Tribunal Constitucional, “los sujetos que desarrollan la actividad [...] no pueden alegar desconocer las normas que regulan específicamente su quehacer”²³⁰.

El análisis cambia si se adopta el que se ha llamado *modelo analítico* del delito²³¹. Bajo este modelo, los artículos 490 a 492 del Código Penal son disposiciones referidas a la parte general, que sancionan la realización imprudente de los tipos establecidos en el Título VIII del Libro II del mismo Código (de los “crímenes y simples delitos contra las personas”). La doctrina se encuentra más bien conteste en que las exigencias del principio de legalidad se aplican fundamentalmente a las disposiciones de la parte especial del Código Penal, no así a las disposiciones de la parte general²³². Siendo esto así, entonces el artículo 492 no tendría que cumplir con los requisitos de los que depende que una ley penal en blanco satisfaga las exigencias constitucionales, pues sería un error caracterizarla como tal.

De esta forma, el núcleo esencial de la conducta punible bajo el artículo 492 del Código Penal estaría constituido por la exigencia de que se haya ejecutado un hecho o se haya incurrido en una omisión que, de mediar malicia, “constituiría un crimen o simple delito contra las personas”. Esto pues, en rigor, lo prohibido queda determinado por los tipos del Título VIII del Libro II del Código Penal, que precisamente lo que hacen es establecer crímenes y simples delitos contra las personas. La infracción de los deberes de cuidado a los que hace referencia el artículo 492 posibilita la imputación —a título de imprudencia— de la realización de dichos tipos. Así, no es cualquier infracción a un deber de cuidado la que resulta punible, sino que lo prohibido es matar a otro, en

lo que puede ser castigado ha sido circunscrito en el Parlamento [...] y aunque la disposición complementaria se confíe a una instancia legislativa de inferior jerarquía, esta no podrá hacer más que achicar ese campo, disminuyendo el riesgo de irrupción en la libertad de las personas”.

²³⁰ TC, rol 2716-2014, 10 de septiembre de 2015.

²³¹ *Supra* 3.2.2.

²³² En este sentido, CURY (1988), pp. 48 s., quien afirma que “[s]olo son leyes en blanco las que tipifican delitos. Por consiguiente, quedan fuera de consideración los preceptos de la parte general, cuyo carácter es eminentemente complementario y tienen una estructura diferente. Asimismo, hay que descartar aquellas disposiciones de la parte especial que no están destinadas a configurar delitos sino que tienen también por objeto regular en forma particularizada, para un hecho punible o grupo de ellos, cuestiones pertenecientes a la parte general”.

los términos del artículo 391, mutilar a otro, en los términos de los artículos 395 y 396, y lesionar a otro, en los términos de los artículos 397 y 399, todos del Código Penal, y la exigencia de mera imprudencia e infracción de reglamentos lo que hace es determinar en qué casos es posible afirmar la imputación subjetiva de tal resultado de muerte, de mutilación o de lesiones y por lo tanto aplicar la pena correspondiente al respectivo cuasidelito²³³. En el capítulo siguiente se analizará si esta conducta prohibida se encuentra suficientemente determinada en la ley.

²³³ *Supra* 3.2.2.

5 COMPATIBILIDAD DEL ARTÍCULO 492 DEL CÓDIGO PENAL CON EL MANDATO DE DETERMINACIÓN

5.1 PROBLEMA DE CONSTITUCIONALIDAD

Finalmente, nos corresponde analizar si la formulación del artículo 492 del Código Penal satisface el estándar dado por el mandato de determinación de la ley penal, también conocido como exigencia de taxatividad y certeza, que se deriva del principio de legalidad penal.

Como ya se viera, el artículo 19 n° 3 de la Constitución, en su inciso final, señala que “[n]inguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”. La pregunta entonces es si la conducta sancionada por el artículo 492 del Código Penal se encuentra *expresamente descrita* en la ley.

Para presentar el problema, resulta conveniente volver a tener a la vista el tenor literal del inciso 1° del artículo 492 del Código Penal:

Artículo 492. Las penas del artículo 490 se impondrán también respectivamente al que, con infracción de los reglamentos y por mera imprudencia o negligencia, ejecutare un hecho o incurriere en una omisión que, a mediar malicia, constituiría un crimen o un simple delito contra las personas.

A primera vista, y como se revisará en este capítulo, hay varias cláusulas del artículo 492 cuya satisfacción del mandato de determinación podría ser necesario analizar. ¿Es “con infracción de los reglamentos” una referencia suficientemente determinada?, ¿la expresión “por mera imprudencia o negligencia” provee un límite claro a aquello que puede ser sancionado bajo esta norma?, ¿es “un hecho o [...] una omisión que, a mediar malicia, constituiría un crimen o un simple delito contra las personas” una cláusula que define el núcleo de la conducta que podría ser objeto de sanción bajo esta disposición?

La respuesta a estas preguntas en gran medida depende de cuál sea el fundamento, y por lo tanto cuál sea el objetivo, que se le otorgue al principio de legalidad, y específicamente al mandato

de determinación, como también de cuál sea la comprensión que se tenga del propio artículo 492 del Código Penal²³⁴.

A continuación, (5.2) se retomará la discusión sobre el fundamento del mandato de determinación y (5.3) se analizará si el artículo 492 satisface dicho estándar, a la luz de esa fundamentación.

5.2 CONTENIDO DEL MANDATO DE DETERMINACIÓN

5.2.1 Fundamentación “subjetivista” del mandato de determinación

Una primera posibilidad es entender que el objetivo del mandato de determinación es proveer a las personas de certeza subjetiva respecto de cuáles son las conductas prohibidas por la ley y cuya realización arriesga la imposición de una sanción penal. De esta forma, la ley penal debe contener disposiciones claras y determinadas, pues solo así las personas estarán en condiciones de conocer qué es aquello que se encuentra prohibido y orientar su conducta en tal sentido²³⁵.

Bajo esta comprensión, y en lo que a este trabajo interesa, la pregunta sería si la disposición contenida en el inciso 1º del artículo 492 del Código Penal permite a los destinatarios de la norma conocer cuál es la conducta que es necesario omitir —tratándose de un delito comisivo— o que es necesario ejecutar —tratándose de un delito omisivo— para evitar la imposición de la pena. Así, las personas pueden tener claros los límites de aquello que se encuentra prohibido u ordenado por el derecho penal y tener la certeza de que fuera de dichas conductas, su comportamiento no será merecedor de reproche penal alguno.

²³⁴ *Supra* 3.

²³⁵ VAN WEEZEL (2011), pp. 6 ss. En este mismo sentido, SANTANA (2000), pp. 22 ss., quien afirma que el tipo cumple una “función motivadora”, al ser “un instrumento para advertir a los ciudadanos, desplegando una función de coacción psicológica, de qué conductas están prohibidas”, por lo que sería necesario “formular tipos comprensibles para el ciudadano medio”. Así también, aunque a propósito de la admisibilidad de las leyes penales en blanco, CURY (1988), p. 91, quien afirma que “la disposición complementaria debe formularse de manera que, conjuntamente con la ley en blanco, describa el hecho mandado o prohibido de tal modo que, al conocerlas, un hombre (sic) común sepa precisamente lo que debe hacer o no hacer para evitar la imposición de una pena”. Resulta manifiesta la vinculación que tiene esta concepción del mandato de determinación con las teorías preventivistas de justificación de la pena.

El Tribunal Constitucional parece afirmar esta comprensión del fundamento del mandato de determinación de la ley penal en los dos fallos en los que se ha pronunciado sobre la constitucionalidad del artículo 492 del Código Penal. Así, en el llamado “Caso Alto Río”, el Tribunal Constitucional sostuvo lo siguiente:

“44. Que, de acuerdo a lo señalado, la expresión ‘infracción de reglamentos’ implica delimitar o acotar el ámbito de aplicación del delito culposo contemplado en el inciso primero del artículo 492 del Código Penal. Sobre la base de lo anterior, es fácil advertir que la remisión a los reglamentos no es indeterminada, sino que, por el contrario, implica la consideración exclusiva de aquellas reglas que rijan el ámbito concreto o específico en el que una acción tuvo lugar, excluyendo aquéllas que correspondan a ámbitos distintos.

“45. Que lo anterior tiene una enorme relevancia para la impugnación de la parte requirente relativa a la falta de publicidad de las normas técnicas.

En efecto, que la invocación de las reglas técnicas por parte del Ministerio Público tiene como fundamento el que dichas reglas regulan la actividad concreta que la parte requirente desempeñaba, esto es, la construcción.

Es justamente por eso que no resulta relevante que las normas técnicas invocadas por el Ministerio Público no hayan sido todas ellas publicadas en el Diario Oficial. La parte requirente debía estar en conocimiento de las mismas por el hecho de dedicarse a la actividad de construcción”²³⁶.

Por su parte, en el “Caso Tsunami” el Tribunal Constitucional reafirmó el precedente del “Caso Alto Río” y agregó lo siguiente:

“**TRIGÉSIMO:** Que, por otra parte, los imputados de este delito en el caso que se analiza, son todos funcionarios públicos. Como tales, integraban órganos de la Administración del Estado. Estos se rigen por el principio de legalidad. Ello implica, por una parte, sujeción de la Administración al ordenamiento jurídico [...].

²³⁶ TC, rol N° 2154-11, 14 de junio de 2012.

Por lo mismo, es estructural a su comportamiento el respeto al ordenamiento jurídico. Los órganos del Estado ‘deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella’ (artículo 6°).

Dentro de las normas dictadas conforme a la Constitución, se encuentran los reglamentos del Presidente de la República [...].

“**TRIGÉSIMOSEXTO:** [...] Además, porque es parte de las funciones de quienes fueron imputados, el conocimiento de los deberes establecidos en dichas normas reglamentarias, dadas las competencias que la ley asigna a los organismos en los cuales trabajaban. No se les está exigiendo algo adicional.

Finalmente, la exigencia de reglamentos en el ámbito donde se desenvuelve la acción u omisión, implica que debe haber un ámbito especialmente reglado. Los reglamentos constituyen una advertencia de que el hechor hace caso omiso. Implica ello una valoración del legislador acerca del mayor deber de cuidado exigible en la actividad”²³⁷.

A partir de lo anterior, podemos resumir el razonamiento del Tribunal Constitucional a este respecto del siguiente modo: la exigencia de “infracción de reglamentos” que contempla el inciso 1° del artículo 492 no es problemática porque los imputados debían conocer el contenido de dicha regulación, en el primer caso porque quien se desempeña en el ámbito de la construcción se encuentra en el deber de conocer las normas técnicas que regulan dicha actividad, y en el segundo caso porque los funcionarios públicos no pueden alegar desconocimiento de la regulación que los vincula por disposición expresa de la propia Constitución.

Sin embargo, se han planteado una serie de objeciones a esta comprensión del mandato de determinación. En primer lugar, el efectivo conocimiento de la ley por parte de los sujetos está lejos de ser una realidad en cualquier ordenamiento jurídico, incluyendo el nuestro²³⁸. Además, cómo trata el ordenamiento el error de derecho es distinto según el área del derecho en el que nos encontremos. Por ejemplo, mientras en el derecho civil nos encontramos con una ficción de

²³⁷ TC, rol N° 2716-14, 10 de septiembre de 2015.

²³⁸ Véase OLIVER (2009), quien sin embargo sí vincula el mandato de determinación de la ley penal a la posibilidad de su conocimiento por parte de las personas destinatarias de la misma. Véase también NAVARRO (2010), pp. 27 s.

conocimiento de la ley, que no admite prueba en contrario²³⁹, en el derecho penal nos encontramos con una presunción de conocimiento de la ilicitud, que puede ser derrotada por la defensa²⁴⁰. No obstante lo anterior, en ningún caso es un requisito para la imposición de una pena el conocimiento acabado del contenido de la ley penal, sino simplemente la consciencia de que la conducta desplegada es antijurídica.

Además, y como se insinuara ya en el párrafo anterior, el conocimiento (al menos potencial) de la ilicitud es un elemento de la categoría de la culpabilidad por el hecho en el esquema tradicional del delito, y es por lo mismo una cuestión de imputación. El desconocimiento de la ilicitud podría llevar a una exclusión de la culpabilidad por error de prohibición y, por lo tanto, a una decisión de absolución por parte del tribunal encargado de dirimir el caso; pero esto poco tiene que ver con cómo se encuentre formulada la disposición penal en cuestión y, por lo tanto, poco tiene que ver también con el mandato de determinación en tanto estándar precisamente de formulación de las disposiciones penales²⁴¹.

Por último, la fundamentación subjetivista del mandato de determinación nos podría llevar a validar como constitucionales disposiciones vagas e imprecisas cuando, sin embargo, no pudiera ser verosímil afirmar que el sujeto no sabía que su conducta, por ejemplo, afectaba el bien jurídico protegido por la norma o cuando sea “evidente” que la conducta desplegada es contraria al ordenamiento jurídico, transformando la decisión de constitucionalidad en una decisión *ad hoc*²⁴². Lo anterior es altamente problemático. Por una parte, válida la clásica distinción entre delitos *mala in se* y delitos *mala prohibita*²⁴³, cuando todo el punto del principio de legalidad es que no hay

²³⁹ **Artículo 8º CC.** Nadie podrá alegar ignorancia de la ley después que ésta haya entrado en vigencia.

²⁴⁰ **Artículo 1º CP.** Es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley.

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

Si bien no es pacífica la comprensión del inciso 2º del artículo 1º del Código Penal como una presunción de conocimiento de la ilicitud. Véase *supra* 3.1.2.

²⁴¹ VAN WEEZEL (2011), pp. 141 ss.; NAVARRO (2010), pp. 34 s. En un sentido contrario, entendiendo que el cumplimiento del mandato de determinación es necesario para un posterior reproche de culpabilidad, ROXIN (1997), p. 169; CURY (1988), p. 100.

²⁴² VAN WEEZEL (2011), pp. 141 ss.; NAVARRO (2010), pp. 34 s., 64 s.

²⁴³ El único ámbito en el que esta distinción entre delitos *mala in se* y delitos *mala prohibita* podría tener alguna relevancia es precisamente en sede de culpabilidad, para efectos de la plausibilidad de alegar error de prohibición como eximente de responsabilidad. Tratándose de delitos *mala in se*, difícilmente alguien podría alegar no haber conocido la ilicitud de la conducta.

conductas penalmente ilícitas fuera de aquello definido como ilícito por la ley²⁴⁴, y entonces deja de ser necesaria una ley que tipifique claramente una conducta como delito cuando dicha conducta podría quedar sin mayores dudas comprendida en una descripción vaga y genérica, por la percepción social de su disvalor con independencia del contenido de la ley. Además, incluso la descripción más vaga tendrá un núcleo de casos que con más claridad quedarán comprendidos dentro de la misma, pero no por eso la descripción está suficientemente determinada. Y, por otra parte, es también problemático ya en atención a otros principios fundamentales del derecho penal, como el carácter fragmentario del mismo. No toda conducta contraria al ordenamiento jurídico se encuentra sancionada por el derecho penal, y la garantía del principio de legalidad apunta precisamente a que debe ser la ley la que defina cuáles son las conductas disvaliosas que acarrear la imposición de una pena, y cuáles no, sin perjuicio de que puedan acarrear algún otro tipo de reacción en otras áreas del derecho, y sin perjuicio de que el sujeto pueda reconocer su conducta como contraria a derecho en términos generales.

No obstante lo anterior, es necesario tener presente que la posibilidad —o incluso el deber— de conocer la normativa infralegal que regula una determinada actividad sí es una cuestión relevante en este contexto, si se valida la posición según la cual la única diferencia entre los delitos dolosos y los delitos culposos se encuentra en el criterio de imputación subjetiva, y no en el nivel del tipo u objeto de imputación. Como ya se viera²⁴⁵, bajo este modelo de reconstrucción del delito la función del artículo 492 del Código Penal —y también de los artículos 490 y 491— es abrir la punibilidad a título de imprudencia de aquellos delitos que se encuentran tipificados en el Título VIII del Libro II del mismo Código (“crímenes y simples delitos contra las personas”), no tipificar nuevos delitos, y entonces las cláusulas “por imprudencia temeraria”, “por negligencia culpable en el desempeño de su profesión” y “con infracción de los reglamentos y por mera imprudencia o negligencia” especificarían respectivamente el criterio de imputación subjetiva exigido bajo cada disposición. Y por esto mismo, porque se trata de criterios de imputación subjetiva, es que la posibilidad de conocimiento *ex ante* de los deberes de cuidado cuya infracción pudiese dar lugar a responsabilidad a título de imprudencia —deberes de cuidado que en el caso del artículo 492 se

²⁴⁴ Así, NAVARRO (2010), pp. 31 ss. En contra de esta idea, NAUCKE (2000), pp. 533 s., quien señala que “[l]a ley no crea el hecho punible. Lo que merece pena, se reconoce (se ‘reconoce’, no se decide o consiente) sin necesidad de la ley, y recibe expresión en la forma de la ley”.

²⁴⁵ *Supra* 3.2.2.

encuentran precisamente en los reglamentos— no es algo que resulte indiferente. Sin embargo, este es de nuevo un problema de imputación, y no de determinación de las normas penales.

5.2.2 Fundamentación “garantista” del mandato de determinación

Descartada entonces la fundamentación “subjetivista” del mandato de determinación, queda explorar una fundamentación “garantista” del mismo²⁴⁶. Según esta postura, el mandato de determinación, antes que un instrumento de cognoscibilidad subjetiva de la ley penal, es un mecanismo de protección de las personas frente al poder del Estado²⁴⁷. En este sentido, el objetivo del mandato de determinación es fundamentalmente evitar la arbitrariedad judicial en la imposición de las penas, por la vía de vincular a quien juzga a la ley penal. Solo en la medida en que la ley determine de forma clara y expresa qué es aquello que cuenta como delito, quien juzga puede quedar vinculada por tal valoración. De esta forma se resguarda que la definición de las conductas sancionables sea tomada por la autoridad democráticamente legitimada para ello²⁴⁸. En cambio, si la ley contiene solamente descripciones vagas e indeterminadas, la decisión de criminalización será tomada en último término por quien juzga, pues disposiciones legales así configuradas no confieren criterios para realizar tal definición.

La primera pregunta que habría que responder a este respecto es entonces qué tan determinada tiene que encontrarse la conducta sancionada en la ley para que tal descripción satisfaga el estándar que provee el principio de legalidad. Tenemos aquí fundamentalmente dos posibilidades. Por una parte, hay quienes han afirmado que la ley penal tiene que ser *lo más precisa posible*²⁴⁹. Detrás de esta afirmación está la idea de que la vaguedad es en sí misma un problema y hay que evitarla en la mayor medida posible, de modo que mientras más precisa sea la descripción típica proveída por la ley, mayor cumplimiento se da al mandato de determinación. Sin embargo, esta concepción tiene desde ya el problema de que, por una parte, parece ser que siempre es posible pensar en una

²⁴⁶ VAN WEEZEL (2011), pp. 12 ss.; NAVARRO (2010), pp. 40 ss.

²⁴⁷ En este sentido, ROXIN (1997), p. 169, quien señala que “[u]na ley indeterminada o imprecisa y por ello poco clara no puede proteger al ciudadano de la arbitrariedad, porque no implica una autolimitación del *ius puniendi* estatal a la que se pueda recurrir”. Planteando incluso que habría contraproducción entre esta función de control de la arbitrariedad y el objetivo de conocimiento subjetivo de la regulación penal por parte de las personas, NAVARRO (2010), pp. 20 ss., 29 ss.

²⁴⁸ VAN WEEZEL (2011), p. 15.

²⁴⁹ Para la exposición y crítica de esta posición, véase NAVARRO, MANRIQUE (2005), pp. 820 ss.

formulación en algún sentido más precisa que la que ya tenemos y no siempre contaremos con un criterio que nos permita afirmar definitivamente que una formulación es en términos absolutos más o menos precisa que otra²⁵⁰. Y, por otra parte, no es tan sencillo identificar cuál es la formulación más precisa entre todas las formulaciones posibles, desde ya porque no es sencillo siquiera identificar cuáles son todas esas formulaciones posibles. Además, exigir absoluta precisión en la formulación de las normas penales parece ser incompatible con el principio de que la ley debe contener solo normas generales, aplicables a un sinnúmero de casos que compartan determinadas características, lo que hace que la mayor precisión posible ni siquiera sea un ideal al que apuntar²⁵¹.

La otra posibilidad es entender que, si bien cuán precisa es una determinada formulación es efectivamente una cuestión de grado, y entonces una formulación X_1 puede ser más o menos precisa en comparación a una formulación X_2 , el cumplimiento del mandato de determinación es una cuestión binaria, no de grado. Así, el mandato de determinación establecería un estándar, un umbral²⁵², y de lo único que tiene que preocuparse la ley es de sobrepasar ese umbral. Lo necesario entonces no es que la formulación dada por la ley sea *lo más precisa posible*, sino sólo que sea *suficientemente precisa*. ¿Pero cuándo una formulación es suficientemente precisa? La respuesta debe vincularse precisamente a la función que se le reconozca al mandato de determinación.

En este sentido, el mandato de determinación procura que quien juzga sepa cuáles son específicamente las conductas sancionadas penalmente por la ley —y no, como ya se viera, que los destinatarios de la norma conozcan de forma acabada qué conductas son constitutivas de delito y cuál es la pena cuya ejecución arriesga. Y entonces, bajo esta comprensión del mandato de determinación, la pregunta relevante ya no es si la persona destinataria de la norma podía saber que su conducta estaba prohibida, sino si el inciso 1º del artículo 492 del Código Penal provee de elementos suficientes para que quien juzga se encuentre en condiciones de determinar qué conductas pueden ser sancionadas bajo tal disposición y cuáles, por el contrario, deben quedar

²⁵⁰ GANDULFO (2009), p. 308.

²⁵¹ GANDULFO (2009), pp. 315 s.

²⁵² NAVARRO (2010), pp. 73 ss. Para la exposición y crítica de esta posición, véase NAVARRO, MANRIQUE (2005), pp. 822 ss.

impunes, de forma tal que la decisión de criminalización no quede entregada al ente juzgador²⁵³, sino que la decisión del ente juzgador quede vinculada por la ley²⁵⁴.

Lo anterior hace que el énfasis ya no esté puesto en la certeza (subjetiva), sino en la limitación de la arbitrariedad, lo que se garantiza por la vía de la revisabilidad de las decisiones judiciales a través del sistema recursivo del procedimiento. De esta forma, en la medida en que la ley provea los criterios de acuerdo a los cuales el juez debe fallar el caso concreto, esta decisión podrá ser controlada, de modo que la ley cumple con el mandato de determinación cuando otorga elementos para ejercitar este control jurídico de las decisiones judiciales²⁵⁵. Esto es lo que define cuál es el umbral de determinación que la ley debe sobrepasar. En el apartado siguiente se intentará dar respuesta a esta pregunta en relación con el artículo 492 del Código Penal.

5.3 ¿ARTÍCULO 492 DEL CÓDIGO PENAL COMO LEY PENAL INDETERMINADA?

Antes de analizar en detalle la compatibilidad del artículo 492 del Código Penal con el mandato de determinación, es necesario hacer una prevención. El resultado de este análisis depende de cuál sea la concepción que se tenga de la estructura de los delitos imprudentes, pues se encuentra extendida la idea de que el principio de legalidad no exige el mismo nivel de determinación para las normas de la parte general que para las normas de la parte especial²⁵⁶. Como ya se viera²⁵⁷, para quienes entienden que los delitos dolosos y los delitos imprudentes se diferencian ya en el nivel del tipo, la norma contenida en el artículo 492 del Código Penal sería una norma relativa a la parte especial, por lo que resultaría más exigente a su respecto el mandato de determinación. Por el contrario, para quienes creen que no hay diferencia en el nivel del tipo entre los delitos dolosos y los delitos

²⁵³ Así, GANDULFO (2009), p. 352, quien afirma que “esos criterios o estándares (con los que se juzga la conducta del sujeto) bajo el principio de legalidad penal, deben ser los establecidos o suministrados por la ley”, de modo que “cuando juzga, se ve si el juez necesitó de utilizar como criterio de juzgamiento, los señalados por la ley o si por el contrario debió crear otros”. De esta forma, a diferencia de lo que ocurre en otras áreas del derecho, en el derecho penal “al juez le está vedado, en buena parte, la labor de complementación” (p. 364). En el mismo sentido, ROXIN (1997), p. 169, al señalar que una ley indeterminada o imprecisa “le permite al juez hacer cualquier interpretación que quiera e invadir con ello el terreno del legislativo”.

²⁵⁴ Se ve aquí la relación entre el mandato de determinación y la prohibición de analogía en tanto exigencias que se derivan del principio de legalidad, pues solo en la medida en que el legislador haya dado cumplimiento en primer lugar al mandato de determinación, será posible discriminar qué cuenta como una aplicación subsuntiva de la ley penal y qué cuenta como una aplicación analógica de la misma.

²⁵⁵ NAVARRO, MANRIQUE (2005), pp. 828 ss.

²⁵⁶ En este sentido ROXIN (1997), pp. 173 s.; GANDULFO (2009), pp. 341 s., 362.

²⁵⁷ *Supra* 3.2.

imprudentes, y entienden entonces que la imprudencia es simplemente un criterio de imputación subjetiva, la norma del artículo 492 sería una norma relativa a la parte general, siendo en consecuencia menos exigente el mandato de determinación en esta materia²⁵⁸.

5.3.1 “Con infracción de reglamentos y por mera imprudencia o negligencia”

Tradicionalmente, el problema de la compatibilidad de la regulación de los delitos imprudentes con el mandato de determinación se ha enfrentado desde la perspectiva de los así llamados elementos normativos del tipo, pues se señala que el concepto de imprudencia, en sus distintas manifestaciones, sería precisamente eso, un elemento normativo del tipo.

En este sentido, se afirma que, por la diversidad de riesgos que busca cubrir el delito imprudente, este es necesariamente más amplio que el delito doloso, y por lo mismo no es posible que el legislador especifique de forma acabada y detallada todas las conductas que podrían dar lugar al delito imprudente, por lo que se hace necesario recurrir a conceptos normativos abiertos que deberán ser concretados por el juez en el caso concreto que deba fallar²⁵⁹. Esto no vulneraría el principio de legalidad, precisamente porque la propia naturaleza del delito imprudente impediría mayor precisión en su descripción²⁶⁰. Además, se señala que los elementos normativos del tipo serían necesariamente más abiertos e indeterminados que los elementos descriptivos del tipo, en la medida en que se recurre a conceptos valorativos cuyo contenido queda en gran medida entregado a la valoración que haga el juez²⁶¹. Este razonamiento es coincidente con aquella concepción que

²⁵⁸ Hay autores que incluso han afirmado que la pregunta por la satisfacción del principio de legalidad no es siquiera pertinente a este respecto. En este sentido, REYES (2015), pp. 66 ss., quien afirma que “el mandato de determinación sólo puede reclamar pertinencia en el ámbito del injusto objetivo”, de ahí que “alegar indeterminación del concepto de imprudencia como una infracción del principio de legalidad sea simplemente una impropiedad”. Esto debido a que “la única indeterminación que puede ser relevante para el principio de legalidad es la indeterminación de la descripción típica: si no está clara la conducta prohibida o mandada entonces hay infracción del mandato de determinación. Y [...] un concepto de imprudencia bien entendida sólo se discute en la imputación de la conducta como infracción culpable de deber y nunca en la discusión sobre la subsunción del comportamiento en la norma”. De esta forma, no tendría sentido preguntarse si una disposición como la contenida en el artículo 492 del Código Penal satisface o no el mandato de determinación, porque no es una disposición que se encuentre sometida a tal exigencia. En un sentido similar se pronuncia GANDULFO (2009), pp. 341 s., quien afirma que “el uso de la generalidad viene restringida (sic) en la parte que permite la referencia base de la previsión respecto de la posible coacción estatal: la parte especial del Derecho Penal. Sobre el catálogo de delitos y penas es donde el Derecho Penal pretende poner la máxima rigurosidad posible”.

²⁵⁹ BUSTOS (1995), pp. 21 s.

²⁶⁰ MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARÁN (2010), p. 284.

²⁶¹ OSSANDÓN (2009), pp. 110 ss.

entiende el delito imprudente como un tipo distinto del delito doloso y, por lo tanto, entiende la imprudencia como un elemento del tipo.

Así, en el inciso 1° del artículo 492 del Código Penal, la cláusula “por mera imprudencia o negligencia” cumpliría esta función de ser un elemento normativo del tipo. Y como ya fuera expuesto²⁶², lo que habría aquí sería una exigencia análoga a la culpa leve en materia civil. En este contexto, podría señalarse que es excesivo sancionar toda conducta simplemente imprudente o negligente, en atención al principio de fragmentariedad del derecho penal, según el cual solo las conductas que el ordenamiento jurídico considera de mayor gravedad deben llevar aparejada una sanción penal. Ante eso, que el artículo 492 exija además “infracción de reglamentos” evita esta expansión desmedida de la punibilidad de la imprudencia, y es además coherente con el principio de culpabilidad, en la medida en que el hecho de que los deberes de cuidado que debían ser observados hayan estado establecidos en un reglamento hace que los mismos hayan tenido que ser evidentes para el sujeto que desarrolla la actividad regulada²⁶³.

El Tribunal Constitucional intuye esta función de restricción que cumple la exigencia de infracción de reglamentos. En este sentido, en el “Caso Alto Río”, el tribunal afirma lo siguiente:

“**37.** [...] la función de la referencia a la infracción de los reglamentos no se vincula con el juicio sobre la negligencia o imprudencia, sino que con circunscribir o precisar el ámbito en que el injusto debe materializarse.

“**39.** Que, en consecuencia, la infracción de reglamentos tiene por objeto circunscribir o delimitar la aplicación del tipo”²⁶⁴.

Esto el tribunal lo apoya en una referencia a Bustos, que en la misma línea afirma que:

“[a]quí no sólo está claramente establecido en la ley el injusto, ya que la ley determina el grado de culpa y además en relación a una afección a la vida o la salud, sino que

²⁶² *Supra* 3.3.1, 4.2.3.

²⁶³ *Supra* 4.3.

²⁶⁴ TC, rol N° 2154-11, 14 de junio de 2012.

la remisión al reglamento es precisamente para restringir el injusto, cumple una función garantista, pues esos injustos sólo se castigarán si además hay una infracción de reglamento; en caso contrario, a pesar de que se den, quedarán impunes. Se trata entonces de un requisito complementario del tipo legal respectivo, que restringe su aplicación”²⁶⁵.

No obstante lo anterior, es necesario hacer explícito que este es un análisis distinto del análisis que aquí nos atañe, sobre la compatibilidad de la disposición en cuestión con el mandato de determinación. El mandato de determinación exige claridad respecto de las conductas que pueden ser subsumidas bajo la descripción legal, pero no exige que este conjunto de conductas sea más o menos extenso. La consideración de que un tipo penal abarca conductas que no debiesen ser punibles puede tener pertinencia a la luz del principio de proporcionalidad o de fragmentariedad del derecho penal, mas no a la luz del principio de legalidad y específicamente del mandato de determinación²⁶⁶.

Por otra parte, para quienes entienden el delito imprudente como diferente del delito doloso solo en el nivel de la imputación subjetiva, no así en el nivel del tipo, la pregunta por la suficiente determinación de la conducta prohibida en el contexto del artículo 492 del Código Penal es la pregunta por la suficiente determinación de las disposiciones que tipifican los crímenes y simples delitos contra las personas, pregunta que será respondida en el apartado siguiente.

5.3.2 “Crimen o simple delito contra las personas”

Como ya se viera²⁶⁷, en este contexto la cláusula “un hecho [...] o una omisión que, a mediar malicia, constituiría un crimen o un simple delito contra las personas” debe entenderse como una referencia a aquellos crímenes y simples delitos tipificados en el Título VIII del Libro II del Código Penal, titulado precisamente “Crímenes y simples delitos contra las personas”. De esta forma, la

²⁶⁵ BUSTOS (1995), p. 53.

²⁶⁶ En contra, NAVARRO (2010), pp. 42 ss.

²⁶⁷ *Supra* 3.1.

compatibilidad del artículo 492 con el mandato de determinación depende en gran medida de que las descripciones típicas contenidas en dicho título satisfagan tal estándar.

En este contexto, conviene tener en consideración que todos los tipos de delitos que en este contexto nos atañen son delitos de resultado. En ellos, lo que la ley describe es un determinado resultado, cuya producción está prohibida, y entonces resultará en principio jurídico-penalmente relevante cualquier conducta que pueda ser descrita como la causación de dicho resultado —a menos que la propia ley limite a su vez los medios que deben emplearse para que la conducta pueda resultar sancionada. Se podría afirmar que esto conlleva una cierta indeterminación, pues no estaría descrita en la ley la conducta determinada de la que el sujeto debe abstenerse para no satisfacer el supuesto de hecho de la norma de sanción. Sin embargo, parece evidente que el argumento anterior no puede llevar a afirmar que todo delito de resultado sería indeterminado. En la medida en que el objetivo del mandato de determinación es el control de la arbitrariedad judicial, es claro que la determinación del resultado cuya producción se prohíbe es suficiente para que el órgano adjudicador quede vinculado a la ley en su decisión: deberá imponer una pena a quien realice una conducta que pueda ser descrita como productora del resultado prohibido, siempre que se cumplan los requisitos para dicha punibilidad.

Tratándose del homicidio, el análisis no tiene mayor complejidad. La disposición relevante a este respecto es la del artículo 391 n° 2 del Código Penal, que tipifica el homicidio simple como variante básica de homicidio. Así, habrá un cuasidelito de homicidio en los términos del artículo 492 cuando una persona, con infracción de reglamentos y por mera imprudencia o negligencia, “mate a otro”. Lo mismo ocurre tratándose de las mutilaciones: habrá un cuasidelito cuando una persona, con infracción de reglamentos y por mera imprudencia o negligencia, “castrare a otro” (artículo 395) o produzca “cualquiera otra mutilación” (artículo 396).

La situación es algo más compleja tratándose del delito de lesiones. Aquí, las disposiciones relevantes son los artículos 397 y 399 del Código Penal. Como ya fuera expuesto²⁶⁸, la redacción de estos dos artículos ha generado cierto debate, precisamente en lo relativo a su determinación. El artículo 397, que tipifica las lesiones graves, se refiere al que “hiriere, golpear o maltratare de obra

²⁶⁸ *Supra* 3.1.2.

a otro”. En este contexto, la postura ampliamente mayoritaria entiende que aquí estamos frente a un delito de resultado de medios comisivos específicos, y entonces sólo se podrá sancionar bajo este título en la medida en que la conducta en cuestión, además de haber producido un resultado constitutivo de lesiones graves, pueda ser descrita como *herir, golpear* o *maltratar de obra*²⁶⁹.

En cambio, el artículo 399 se refiere simplemente a “las lesiones no comprendidas en los artículos precedentes”, sin incluir verbo alguno. Las posturas aquí divergen. Por una parte, hay quienes han entendido que también aquí solo resultarían punibles las conductas que puedan ser descritas como *herir, golpear* o *maltratar de obra*²⁷⁰. Por otra parte, hay quienes entienden que el artículo 399 tipificaría un delito de lesiones puramente resultativo, por oposición al artículo 397 que sería un delito de resultado de medios comisivos específicos, y entonces bajo el artículo 399 quedarían comprendidas no solo las lesiones menos graves, sino también aquellas lesiones graves en los términos del artículo 397, pero que son producto de conductas que no pueden ser descritas como *herir, golpear* o *maltratar de obra*²⁷¹.

A partir de lo anterior, se ha puesto en duda la compatibilidad de la regulación de los delitos de lesiones con el mandato de determinación, pues no estaría suficientemente determinado qué conductas serían constitutivas del delito de lesiones, en sus distintas variantes. Lo que parece estar detrás de tal consideración es la idea de que no toda lesión a otro puede ser sancionada penalmente y que, por lo tanto, el legislador debe proveer de criterios adicionales para determinar qué lesiones son lo suficientemente graves como para merecer tal sanción. Sin embargo, tal y como se afirmó respecto de la imprudencia, este sería un problema de proporcionalidad y no de determinación. E incluso desde el punto de vista del principio de proporcionalidad, la regulación de las lesiones en el Código Penal parece ser satisfactoria, en la medida en que la falta de lesiones leves del artículo 494 n° 5 abarca precisamente aquellos casos que no tienen la gravedad suficiente para que se justifique su sanción a título de simple delito de lesiones menos graves. En todo caso, excede el objetivo de este trabajo analizar en profundidad si la regulación de las lesiones satisface las exigencias del principio de proporcionalidad.

²⁶⁹ En este sentido, RETTIG (2015), p. 10; POLITOFF, GRISOLÍA, BUSTOS (1993), pp. 208 ss.

²⁷⁰ En este sentido, ETCHEBERRY (1998b), p. 128.

²⁷¹ En este sentido, RETTIG (2015), p. 10; POLITOFF, GRISOLÍA, BUSTOS (1993), pp. 208 ss.

Volviendo al análisis desde el mandato de determinación, la regulación de las lesiones parece suficientemente determinada, por las mismas consideraciones que ya se esgrimieron a propósito del homicidio y de las mutilaciones. Lo prohibido es en este contexto lesionar a otro y la sanción de dichas lesiones depende de la gravedad de las mismas, y entonces podrá ser sancionado como autor de un cuasidelito de lesiones el sujeto que produzca tal resultado con infracción de reglamentos y por mera imprudencia o negligencia.

6 RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES

El objetivo central de este trabajo era determinar si el artículo 492 del Código Penal cumple con las exigencias derivadas del principio de legalidad penal, específicamente con la exigencia de reserva de ley y con el mandato de determinación o de taxatividad y certeza.

Para lo anterior, se comenzó presentando el principio de legalidad en perspectiva histórica, con el objetivo de mostrar que su consolidación como principio limitador y legitimador del ejercicio del *ius puniendi* del Estado está íntimamente relacionada con su concepción como garantía para los sujetos frente al poder absoluto. Luego, se presentaron los distintos fundamentos que se le han dado al principio de legalidad, las cuatro exigencias que clásicamente se han desprendido de él — reserva de ley, prohibición de retroactividad, mandato de determinación y prohibición de analogía— y la consagración del mismo en nuestro ordenamiento jurídico, tanto a nivel legal como a nivel constitucional, y en tratados internacionales de derechos humanos.

A continuación, se hizo una reconstrucción del artículo 492 del Código Penal, desde las distintas posiciones que ha tenido la doctrina chilena al respecto. En primer lugar, se afirmó que, cuando el artículo 492 señala que debe tratarse de hechos u omisiones que a mediar malicia *constituirían un crimen o un simple delito contra las personas*, debe entenderse como una referencia hecha a los crímenes y simples delitos tipificados en el Título VIII del Libro II del Código Penal, que precisamente se titula “Crímenes y simples delitos contra las personas”. En este contexto, se analizó especialmente la compatibilidad de las distintas variantes de homicidio y de las distintas variantes de lesiones con la imputación a título de imprudencia.

En lo que al homicidio respecta, se expuso la posición tradicional según la cual el parricidio, el infanticidio y el homicidio calificado tendrían exigencias de imputación subjetiva incompatibles con la imputación a título de imprudencia, de modo que solo podría configurarse un homicidio simple imprudente. Si bien se comparte en este trabajo la conclusión de que solo tiene sentido hablar de homicidio imprudente, y no de parricidio, infanticidio u homicidio calificado imprudente, se objetó la reconstrucción a partir de la cual la doctrina mayoritaria en nuestro país llega a dicha conclusión. Así, se afirmó que tras la regulación de las distintas variantes de homicidio en nuestro Código Penal subyace una única norma de comportamiento, que prohíbe “matar a otro”, y que las

distinciones entre una variante y otra son distinciones establecidas en el nivel de las normas de sanción para la punibilidad de las infracciones a dicha única norma de comportamiento. Esto hace que las figuras “especiales” de homicidio no tengan exigencias de imputación subjetiva calificadas, sino que respecto de ellas baste la imputación a título de dolo eventual —que es la exigencia de imputación subjetiva que rige por defecto en nuestro ordenamiento jurídico-penal—, pues el dolo, en tanto criterio de imputación, se refiere al injusto, constituido por la infracción no justificada de la norma de comportamiento, y por lo tanto no abarca las circunstancias o elementos que la ley tiene en consideración simplemente para la punibilidad de dicho injusto. Lo anterior vale también para la imprudencia, en tanto criterio de imputación extraordinaria, pues esta también se encuentra referida a la infracción no justificada de la norma de comportamiento.

Por su parte, en lo que respecta a las lesiones se mostró que ocurre algo similar. La posición tradicional entiende que solo las lesiones en sentido estricto pueden ser cometidas por imprudencia, pues al exigir la ley la concurrencia de *malicia* en las distintas variantes de mutilación, se estaría excluyendo la posibilidad de que se sancionen mutilaciones imprudentes. Esto es coincidente con la comprensión que tiene dicha doctrina de la exigencia de *malicia*, pues la entiende como una exigencia de dolo directo. Sin embargo, se mostró también que esta no es la única forma de entender la exigencia de *malicia*, sino que es posible entenderla como una exigencia de acreditar positivamente la consciencia de la ilicitud, en la medida en que lo que hace la ley al exigir malicia es volver inoperativa en dicho contexto la presunción de voluntariedad del artículo 1° del Código Penal, la que a su vez debe ser entendida como una presunción de consciencia de la ilicitud. Además, tampoco es coherente en términos sistemáticos entender que allí donde el Código exige malicia se excluye la posibilidad de castigar el hecho cometido por imprudencia si los artículos 490 a 492 explícitamente establecen que se aplican en los casos en que no concurra malicia. Si lo anterior es correcto, entonces no solo puede haber lesiones imprudentes, sino también mutilaciones imprudentes.

En segundo lugar, se presentaron las distintas concepciones que se han sostenido de la estructura del delito de imprudente. Por una parte, hay quienes entienden que el delito imprudente se diferencia del delito doloso a nivel de tipo, incorporándose en el tipo las exigencias de cuidado que los sujetos deben observar. Esta es la posición mayoritaria de la doctrina chilena actual. Pero por otra parte hay quienes entienden que a nivel de tipo no hay diferencias entre el delito imprudente

y el delito doloso, pues en ambos casos se trata de la misma infracción a una norma de comportamiento, y que la diferencia se encuentra exclusivamente en el nivel de la imputación, siendo el dolo el criterio de imputación ordinaria y la imprudencia, el criterio de imputación extraordinaria, pertinente cuando ya se ha descartado la imputación a título de dolo. Bajo este modelo, las exigencias de cuidado que los sujetos deben observar no son normas de comportamiento, sino que su inobservancia opera como criterio de imputación. Este es el modelo que adopta este trabajo.

En tercer lugar, se analizó específicamente la exigencia de imputación subjetiva del artículo 492 del Código Penal. Se afirmó en dicho contexto que la exigencia de *mera imprudencia o negligencia* debía interpretarse en relación con la exigencia de *imprudencia temeraria* del artículo 490 y con la exigencia de *negligencia culpable* del artículo 491. De estas tres disposiciones, la regla general la constituye el artículo 490, que sanciona a quienes por *imprudencia temeraria* ejecutan un hecho que, si mediara malicia, constituiría un crimen o un simple delito contra las personas. Esta exigencia de *imprudencia temeraria* se refiere a un grado máximo de falta de cuidado, que podría asimilarse a lo que en materia civil llamaríamos *culpa grave*, lo que se justifica en la consideración de que se trata de la inobservancia de exigencias de cuidado elementales, que debiesen ser evidentes para los sujetos. En contraste con esta exigencia de *imprudencia temeraria*, las exigencias de *negligencia culpable* y de *mera imprudencia o negligencia* suponen una *relajación* del nivel de imprudencia exigida, y por lo tanto ya no se trata de exigencias de cuidado elementales, sino que se debe observar un estándar de cuidado más exigente. La justificación de esta mayor exigencia de cuidado se encuentra en el mayor riesgo que suponen las actividades en las que dichas disposiciones deben ser aplicadas. En el caso del artículo 491, se trata de profesionales de la salud que no observan las exigencias de cuidado que están precisamente determinadas por la profesión que desempeñan y que debiesen conocer. Por su parte, en el caso del artículo 492, se trata de actividades en las que, por el riesgo que involucran, se han detallado en distintas regulaciones las exigencias de cuidado que quienes desarrollan dichas actividades deben observar, y que por lo tanto también debiesen conocer. Esto es lo que explica además que el artículo 492, conjuntamente con *mera imprudencia o negligencia*, exija también *infracción de reglamentos*: se trata de la inobservancia de exigencias de cuidado expresamente regladas, lo que justifica que se exija *mera imprudencia o negligencia*, y no *imprudencia temeraria*, en los términos del artículo 490.

En seguida, se analizó si el artículo 492 del Código Penal, específicamente la exigencia de *infracción de reglamentos*, satisface la exigencia de reserva de ley que se deriva del principio de legalidad penal. Se mostró la estrecha conexión que existe entre esta exigencia de reserva de ley y la construcción del derecho penal como un “derecho penal de tipos”: son los tipos de delito los que deben estar expresamente descritos en la ley, en los términos del inciso 9º artículo 19 n° 3 de la Constitución. Se mostró en este sentido la conexión entre la exigencia de reserva de ley y el mandato de determinación: la descripción del tipo debe ser suficiente y debe encontrarse establecida en una ley en sentido estricto.

En este contexto, se presentó el concepto de ley penal en blanco, en los términos en los que ha sido entendido tanto por la doctrina nacional como por la doctrina comparada, y se expuso la concepción que ha tenido de las mismas la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno. Así, por leyes penales en blanco, para efectos de lo que es relevante en este trabajo, deben entenderse aquellas disposiciones legales que no describen acabadamente la conducta a ser sancionada, sino que encomiendan el complemento de la descripción legal a disposiciones reglamentarias de rango infralegal.

La cuestión pasa entonces por determinar si estas leyes penales en blanco son admisibles en nuestro ordenamiento jurídico-penal o si, por el contrario, infringen la exigencia constitucional de reserva de ley. En este punto, se afirmó que no es satisfactoria la posición según la cual las leyes penales en blanco serían “un mal necesario” en atención a la utilidad práctica que tiene la remisión a disposiciones infralegales para darle dinamismo a la regulación penal. Asimismo, tampoco se consideró satisfactoria la posición que toda remisión a disposiciones infralegales infringe la exigencia de reserva de ley. Antes bien, se consideró necesario determinar en qué medida se puede recurrir a la técnica de las leyes penales en blanco sin vulnerar la exigencia de reserva de ley que se deriva del principio de legalidad penal. Esto ocurrirá cuando en la disposición legal, individualmente considerada, la determinación de la conducta sea tal que podamos afirmar, pese a la remisión a disposiciones infralegales, que la conducta sancionada se encuentra expresamente descrita en la ley.

En sintonía con lo anterior, se expuso la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno en esta materia, que, recogiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, ha entendido que lo que exige el principio de legalidad en este punto es que la ley defina el *núcleo esencial* de la

conducta delictiva, siendo admisible que esta encomiende a la normativa infralegal la concreción de tal conducta o elementos de la misma que no afecten ese núcleo esencial. Esto suele ser complementado con la exigencia de que el reglamento que complementa la ley penal en blanco se encuentre ya vigente al momento del hecho y publicado en términos tales que hagan posible su conocimiento por parte de los eventuales sancionados.

Para cerrar este capítulo, se analizó si, a partir de lo recién expuesto, el artículo 492 del Código Penal es una ley penal en blanco y si satisface la exigencia de reserva de ley. Tradicionalmente se ha entendido el artículo 492 como una ley penal en blanco. Esto es coincidente con la posición hoy mayoritaria que entiende que los delitos culposos se diferencian de los delitos dolosos ya en el nivel del tipo: bajo esta comprensión, las exigencias de cuidado cuya infracción es constitutiva de imprudencia son parte del tipo culposo y, por lo tanto, al exigir el artículo 492 *infracción de reglamentos*, se está encomendado a disposiciones infralegales la determinación de un elemento del tipo. La cuestión central pasa a ser entonces si en el artículo 492 se contiene el *núcleo esencial* de la conducta tipificada, a lo que la doctrina y la jurisprudencia constitucional responden afirmativamente, argumentando la mayor indeterminación que sería intrínseca a los delitos culposos.

Sin embargo, bajo el modelo que entiende que la diferencia entre los delitos culposos y los delitos dolosos no es una diferencia en el nivel del tipo, sino en el nivel de los criterios de imputación, siendo el tipo el mismo en uno y otro caso, las disposiciones contenidas en los artículos 490 a 492 del Código Penal son disposiciones relativas a la parte general, no a la parte especial del Código. Y, habiendo consenso en que las exigencias del principio de legalidad se aplican fundamentalmente a las disposiciones de la parte especial del Código Penal, no así a las disposiciones de la parte general, sería un error entender el artículo 492 como una ley penal en blanco. El núcleo esencial de la conducta punible bajo el artículo 492 estaría constituido por las disposiciones del Título VIII del Libro II del Código Penal (crímenes y simples delitos contra las personas), pues son éstas las que determinan qué cuenta como *lo prohibido*.

Finalmente, se analizó si el artículo 492 satisface la exigencia del mandato de determinación que se deriva del principio de legalidad penal. Para lo anterior, se revisó en primer lugar cuál es el fundamento de dicho mandato. En este punto, se descartó la operatividad de entender que tal

fundamento esté dado por el objetivo de proveer de certeza subjetiva a quienes pueden eventualmente resultar sancionados, desde ya porque el efectivo conocimiento de la ley por parte de los sujetos está lejos de ser una realidad en cualquier ordenamiento jurídico. Por lo demás, el problema de la consciencia de la ilicitud del propio comportamiento es un problema de culpabilidad, y por lo tanto un problema de imputación, cuestión que es independiente de cómo se encuentren formuladas las disposiciones penales. Sin embargo, en el contexto del artículo 492 del Código Penal, sí puede resultar relevante la posibilidad de conocimiento que tenía el sujeto de la normativa infralegal, precisamente porque es una disposición relativa a los criterios de imputación subjetiva de la infracción de una norma de comportamiento.

Descartada de este modo la fundamentación “subjetivista” del mandato de determinación, se afirmó su fundamentación “garantista”. Bajo esta concepción, el mandato de determinación es un mecanismo de protección frente al poder del Estado, por lo que su objetivo es fundamentalmente evitar la arbitrariedad judicial en la imposición de las penas, por la vía de vincular a quien juzga a la ley penal. Es en función de este objetivo que hay que evaluar si una disposición penal satisface el mandato de determinación.

Teniendo claro lo anterior, se procedió a analizar en particular si el artículo 492 del Código Penal satisface el mandato de determinación. En primer lugar, se analizó la cláusula “con infracción de reglamentos y por mera imprudencia o negligencia”. En este contexto, se reconstruyó dicha cláusula bajo el modelo que entiende que los delitos culposos se diferencian de los delitos dolosos ya en el nivel del tipo. Bajo dicho modelo, la *mera imprudencia o negligencia* sería un elemento normativo del tipo y la exigencia de que haya al mismo tiempo *infracción de reglamentos* cumpliría la función de restringir el ámbito de conductas imprudentes que pueden ser sancionadas según el artículo 492. Tal recurso a un elemento normativo del tipo no vulneraría el mandato de determinación, pues la propia naturaleza del delito imprudente impediría mayor precisión en su descripción.

No obstante lo anterior, para quienes entienden el delito imprudente como diferente del delito doloso solo en el nivel de la imputación subjetiva, la pregunta por la suficiente determinación de la conducta prohibida en el contexto del artículo 492 del Código Penal es la pregunta por la suficiente determinación de las disposiciones que tipifican los crímenes y simples delitos contra las personas. En segundo lugar, se procedió entonces a realizar dicho análisis.

Se revisó el argumento según el cual los tipos de homicidio y de lesiones —y, en general, todos los delitos de resultado— conllevarían cierta indeterminación, pues la ley no señalaría específicamente cuáles son las conductas que satisfarían el supuesto de hecho de las normas de sanción respectivas. Se desechó aquí este argumento, pues en la medida en que el objetivo del mandato de determinación es el control de la arbitrariedad judicial, es claro que la determinación del resultado cuya producción se prohíbe es suficiente para que el órgano adjudicador quede vinculado a la ley en su decisión.

Considerando lo anterior, tratándose del homicidio y de las mutilaciones el análisis no tiene mayor complejidad: habrá un cuasidelito de homicidio cada vez que una persona, con infracción de reglamentos y por mera imprudencia o negligencia, “mate a otro” y habrá un cuasidelito de mutilación cada vez que una persona, con infracción de reglamentos y por mera imprudencia o negligencia, “castrare a otro” o produzca “cualquier otra mutilación”.

Respecto del delito de lesiones, ha habido más discusión, precisamente debido a que la ley no determinaría de manera suficiente qué conductas serían constitutivas del delito de lesiones, en sus distintas variantes. Sin embargo, detrás de tal afirmación parece estar la idea de que no todo resultado de lesiones debiese ser sancionado penalmente, lo que es un problema de proporcionalidad o de fragmentariedad del derecho penal, y no de determinación. Se afirmó que la regulación de las lesiones parece suficientemente determinada, por las mismas consideraciones esgrimidas a propósito del homicidio y de las mutilaciones. Lo prohibido en este contexto es lesionar a otro y la sanción de dichas lesiones depende de la gravedad de las mismas, y entonces podrá ser sancionado como autor de un cuasidelito de lesiones el sujeto que produzca tal resultado con infracción de reglamentos y por mera imprudencia o negligencia.

Espero haber contribuido con este trabajo a esclarecer la pregunta por la compatibilidad del artículo 492 del Código Penal con el principio de legalidad, que ha generado debate tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, y de paso, espero haber contribuido también a una adecuada reconstrucción dogmática de tal disposición.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. BARROS, Enrique (2006), *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
2. BASCUÑÁN, Antonio (2014), “El mito de Domat”, en GREZ, Pablo, WILENMANN, Javier, FUENZALIDA, Pablo (coords.), *Una vida en la Universidad de Chile: celebrando al profesor Antonio Bascuñán Valdés*, Santiago, Thomson Reuters, pp. 263-349.
3. _____ (2015), “El principio de *lex mitior* ante el Tribunal Constitucional”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, n° 23, pp. 11-68.
4. BECCARIA, César (2000), *De los delitos y de las penas*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica.
5. BOVINO, Alberto (1998), “Contra la legalidad”, en *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Buenos Aires, Editores del Puerto, pp. 71-85.
6. BUSTOS, Juan (1995), *El delito culposo*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
7. CONTESSE, Javier (2017), “La omisión impropia como hecho punible. Acerca de la incorporación de una regla general de punibilidad de los así llamados ‘delitos de omisión impropia’ en el Anteproyecto de Nuevo Código Penal”, en AMBOS, Kai *et al* (coords.), *Reformas Penales*, Santiago, DER Ediciones, pp. 11-49.
8. CONTRERAS, Lautaro (2018), “Reglas extrajurídicas y creaciones de riesgos toleradas o desaprobadas en los delitos culposos de homicidio y lesiones”, en *Política criminal*, vol. 13, n° 25, pp. 387-444.
9. COUSIÑO, Luis (1975), *Derecho Penal Chileno*, tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
10. CUELLO, Eugenio (1931), *El Derecho penal de Rusia Soviética seguido del Código penal ruso de 1926*, Barcelona, Librería Bosch.
11. CURY, Enrique (1988), *La ley penal en blanco*, Bogotá, Editorial Temis S.A.
12. _____ (2005), *Derecho Penal Parte General*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile.
13. ETCHEBERRY, Alfredo (1998a), *Derecho Penal. Parte general*, tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
14. _____ (1998b), *Derecho penal. Parte especial*, tomo III, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

15. _____ (1998c), *Derecho penal. Parte especial*, tomo IV, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
16. FERNÁNDEZ, Juan (1989), *Derecho penal fundamental*, vol. I, Bogotá, Editorial Temis.
17. FOUCAULT, Michel (2008), *Vigilar y castigar*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores.
18. GALLANT, Kenneth (2012), “La legalidad como norma del derecho consuetudinario internacional: la irretroactividad de los delitos y de las penas”, en MONTIEL, Juan Pablo (editor), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires y Sao Paulo, Marcial Pons, pp. 315-354.
19. GANDULFO, Eduardo (2009), “¿Qué queda del principio de *nullum crimen nulla poena sine lege*? Un enfoque desde la argumentación jurídica”, en *Política criminal*, vol. 4, n° 8, pp. 292-382.
20. GARRIDO, Mario (2003), *Derecho Penal, Parte General*, tomo II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
21. _____ (2007), *Derecho Penal, Parte Especial*, tomo III, 3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
22. GÓMEZ, Juan Facundo (2005), *Tipicidad penal*, Buenos Aires, Editorial Fabián J. Di Plácido.
23. HABERMAS, Jürgen (1991), *Escritos sobre moralidad y eticidad*, Barcelona, Buenos Aires, México, Ediciones Paidós.
24. HAFFKE, Bernhard (1995), “El significado de la distinción entre norma de conducta y norma de sanción para la imputación jurídico-penal”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (ed.), SCHÜNEMANN, Bernd, DE FIGUEIREDO DIAS, Jorge (cords.), *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal. Libro-Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, J. M. Bosch Editor.
25. HART, H.L.A. (1998), *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
26. HERNÁNDEZ, Héctor (2011a), “Comentario al artículo 1º”, en COUSO, Jaime, HERNÁNDEZ, Héctor (dir.), *Código Penal comentado*, Santiago, AbeledoPerrot, pp. 7-105.
27. _____ (2011b), “Comentario al artículo 2º”, en COUSO, Jaime, HERNÁNDEZ, Héctor (dir.), *Código Penal comentado*, Santiago, AbeledoPerrot, pp. 105-123.
28. HRUSCHKA, Joachim (1994), “Reglas de comportamiento y reglas de imputación”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 47, pp. 343-356.
29. _____ (2003), “La imputación ordinaria y extraordinaria en Pufendorf”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, n° 12, pp. 213-252.
30. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis (1964), *Tratado de Derecho Penal*, tomo I, Buenos Aires, Editorial Losada.

31. KINDHÄUSER, Urs (2015), “Acerca de la fundamentación de las exigencias de cuidado”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, n° 22, pp. 15-29.
32. KLATT, Matthias (2012), “El límite del tenor literal”, en MONTIEL, Juan Pablo (editor), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires y Sao Paulo, Marcial Pons, pp. 225-249.
33. LABATUT, Gustavo (1963), *Derecho penal*, tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
34. MAÑALICH, Juan Pablo (2007), “La pena como retribución”, en *Revista de Estudios Públicos*, n° 108, pp. 117-205.
35. _____ (2010a), “¿Discrecionalidad judicial en la determinación de la pena en caso de concurrencia de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal?”, en *Informes en derecho*, Centro de Documentación, Defensoría Penal Pública, pp. 41-67.
36. _____ (2010b), “Norma e imputación como categorías del hecho punible”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, n° 12, pp. 169-190.
37. _____ (2011), “El delito como injusto culpable. Sobre la conexión funcional entre el dolo y la consciencia de la antijuridicidad en el derecho penal chileno”, en *Revista de Derecho*, vol. XXIV, n° 1, pp. 87-115.
38. _____ (2012), “Reglas primarias de obligación. Las ‘reglas del derecho penal’ en el concepto de derecho de H.L.A. Hart”, en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, n° 11, pp. 571-585.
39. _____ (2014a), “La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno. Una reconstrucción desde la teoría de las normas”, en *Revista Ius et Praxis*, año 20, n° 2, pp. 21-70.
40. _____ (2014b), *Norma, causalidad y acción*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo, Marcial Pons.
41. _____ (2014c), “Normas permisivas y deberes de tolerancia”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, n° 2, pp. 473-522.
42. _____ (2014d), “Omisión del garante e intervención delictiva. Una reconstrucción desde la teoría de las normas”, en *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, año 21, n° 2, pp. 225-276.
43. MARTÍNEZ, Marco (2011), “La graduación del deber de cuidado en el delito culposo por actos de mala praxis médica: un análisis dogmático, jurisprudencial y económico”, en *Política criminal*, vol. 6, n° 12, pp. 214-252.

44. MIR PUIG, Santiago (2015), *Derecho Penal, Parte General*, 9ª edición, Montevideo y Buenos Aires, Editorial BdeF.
45. MONTESQUIEU (1906), *El espíritu de las leyes*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez.
46. MONTIEL, Juan Pablo (2008), *Fundamentos y límites de la analogía in bonam partem en el derecho penal*, Tesis doctoral, Barcelona, Universitat Pompeu Fabra.
47. _____ (2012), “La ‘mala costumbre’ de vulnerar derechos humanos: análisis y pronóstico de la costumbre como fuente del derecho penal internacional”, en MONTIEL, Juan Pablo (editor), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires y Sao Paulo, Marcial Pons, pp. 399-434.
48. _____ (2017), “Estructuras analíticas del principio de legalidad”, en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 1, disponible en: <http://www.indret.com/pdf/1273.pdf>
49. MUÑOZ CONDE, Francisco, GARCÍA ARÁN, Mercedes (2010), *Derecho penal. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch.
50. NAUCKE, Wolfgang (2000), “La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado”, en ROMEO CASABONA, Carlos (dir.), *La insostenible situación del derecho penal*, Granada, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt, pp. 531-549.
51. NAVARRO, Irene (2010), *Mandato de determinación y tipicidad penal*, Granada, Editorial Comares.
52. NAVARRO, Pablo, MANRIQUE, Laura (2005), “El desafío de la taxatividad”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo LVIII, mes 3, pp. 807-836.
53. NOVOA, Eduardo (1984), *Fundamentos de los delitos de omisión*, Buenos Aires, Ediciones Depalma.
54. _____ (1987), *Cuestiones de derecho penal y criminología*, Santiago, Editorial Jurídica Ediar-Conosur.
55. _____ (2005), *Curso de derecho penal chileno, Parte General*, tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
56. _____ (2013), *Reafirmación de los principios de legalidad y de respeto de la libertad*, disponible en: <https://sanasideas.files.wordpress.com/2013/05/novoa-monreal-en-parrafos-reafirmacion-respeto-legalidad.pdf>
57. OLIVER, Guillermo (2009), “Seguridad jurídica y derecho penal”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, nº 11, pp. 181-199.

58. ORTIZ, Luis (2013), “De la conducta requerida en las leyes penales en blanco”, en VAN WEEZEL, Alex (editor), *Humanizar y renovar el derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury*, Santiago, Thomson Reuters, pp. 143-161.
59. OSSANDÓN, María Magdalena (2009), *La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
60. _____ (2010), “La faz subjetiva del tipo de parricidio”, en *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, pp. 415-457.
61. PERIN, Andrea (2018), “La redefinición de la culpa (imprudencia) penal médica ante el fenómeno de la medicina defensiva. Bases desde una perspectiva comparada”, en *Política criminal*, vol. 13, n° 26, pp. 858-903.
62. POLITOFF, Sergio, GRISOLIA, Francisco, BUSTOS, Juan (1993), *Derecho Penal Chileno, Parte Especial: Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas*, 2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
63. POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, RAMÍREZ, María Cecilia (2004), *Lecciones de derecho penal chileno. Parte general*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
64. RAGUÉS, Ramón (1999), *El dolo y su prueba en el derecho penal*, Barcelona, José María Bosch Editor.
65. RETTIG, Mauricio (2015), “Los delitos de lesiones. Crítica a la regulación del Código Penal chileno y bases para una reforma”, en *Doctrina y jurisprudencia penal*, n° 23, Universidad de Los Andes, Thomson Reuters, pp. 3-40.
66. REYES, Ítalo (2014), *Falta de cuidado y riesgo permitido: una clave de lectura del art. 10 n° 8 del Código Penal*, Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
67. _____ (2015), “Sobre la construcción de la exigencia de cuidado”, en *Política criminal*, vol. 10, n° 19, pp. 56-91.
68. ROUSSEAU, Jean-Jacques (1986), *Del contrato social*, Madrid, Editorial Alianza.
69. ROXIN, Claus (1997), *Derecho penal, Parte general, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid, Editorial Civitas.
70. SAAVEDRA, Edgar (1995), *Constitución, derechos humanos y proceso penal*, Santa Fe de Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
71. SANTANA, Dulce María (2000), *El concepto de ley penal en blanco*, Buenos Aires, Ad-Hoc.
72. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2015), “¿Legalidad penal líquida?”, en *InDret Penal*, n° 3, disponible en: <http://www.indret.com/pdf/editorial.1.pdf>

73. SOBER, Elliott (1981), “The Principle of Parsimony”, en *The British Journal for the Philosophy of Science*, vol. 32, n° 2, pp. 145-156.
74. SOLER, Sebastián (1987), *Derecho Penal Argentino*, tomo I, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina.
75. STRATENWERTH, Günter (2005), *Derecho penal. Parte general. El hecho punible*, tomo I, Buenos Aires, Hammurabi.
76. TORÍO, Ángel (1972), “Sobre los límites de la ejecución por imprudencia”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 25, mes 1, pp. 53-88.
77. URQUIZO, José (2000), *El principio de legalidad*, Lima, Editorial Gráfica Horizonte.
78. VAN WEEZEL, Alex (2008), “Lesiones y violencia intrafamiliar”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, n° 2, pp. 223-259.
79. _____ (2011), *La garantía de tipicidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Santiago, AbeledoPerrot.
80. VON LISZT, Franz (2005), *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.
81. WELZEL, Hans (1997), *Derecho penal alemán*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
82. WILENMANN, Javier (2014), “El fundamento del estado de necesidad justificante en el derecho penal chileno. Al mismo tiempo, introducción al problema de la dogmática del estado de necesidad en Chile”, en *Revista de Derecho*, Valdivia, vol. XXVII, n° 1, pp. 213-244.
83. _____ (2016), “El sistema de graduación de la pena del homicidio en el derecho chileno”, en *Política Criminal*, vol. 11, n° 22, pp. 721-765.
84. _____ (2017), “Concepto de responsabilidad y estructura de los modelos de imputación”, en SCHOPF, Adrián, MARÍN, Juan Carlos (eds.), *Lo público y lo privado en el derecho. Estudios en homenaje al Profesor Enrique Barros Bourie*, Santiago, Thomson Reuters, pp. 263-297.