

Aspectos básicos de la teoría del delito y de la teoría del caso conforme a la legislación chilena*

Juan Andrés Hernández Islas**

Sumario: I.- Introducción; II.- Planteamiento del Problema. III.- Desarrollo. IV.-Conclusiones; V.- Bibliografía.

Resumen: La Teoría del Delito, está vinculada necesariamente con la Teoría del Caso, ahora con el sistema Acusatorio que se implementará en nuestro país; la trilogía Delito, Responsabilidad y Pena, juega un papel fundamental.

* Conferencia dictada el 9 de Septiembre del 2010, en Centro de Estudios de Derecho Penal, de la Universidad de Talca, Campus Santiago de Chile.

** Licenciado, Maestro y Doctor por la Universidad Nacional Autónoma de México. Catedrático de esta Facultad en las materias *Teoría del Delito* y *Derecho Procesal Penal*. Autor del libro *Mitos y realidades de la teoría del delito*. Mercedor del premio universitario por la dirección de la mejor tesis en doctorado por la Universidad Autónoma de Tamaulipas. Colaborador desde 1999 del Seminario de derecho Penal de la Facultad de Derecho.

I.- INTRODUCCIÓN

Buenas tardes a todos, me da mucho gusto estar aquí en este país tan esplendido; me he sentido muy a gusto, muchas gracias por la invitación a la universidad de Talca, en este Campus de Santiago; es para mí un placer y un gusto venir a platicar con gente de mucha especialidad en la materia¹; en esta apasionante área del Derecho Penal o del Derecho Criminal².

Ahora vamos a ver de qué se trata eso, lo vamos a conocer desde el principio, al Doctor Raúl Carnevali³ muchas gracias por esta atenta invitación, para exponer aspectos desarrollados en la elaboración de mi teoría, investigaciones hacia mi doctorado, en la Universidad Nacional Autónoma de México.

II.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Mi investigación siempre cuestionó: ¿Qué es el Derecho Penal?;

¹ Tal es el caso del Dr. Carnevali Rodríguez Raúl, Cuestiones de Política Criminal en los tiempos actuales, 1ª Edición, Editorial de Jurídica Chile, Colección Estudios Jurídicos, República de Chile 2009, 256 págs. Obra fundamental para el tema que se expone.

² Sobre el tema, véase mi obra: Mitos y Realidades de la Teoría del Delito, edición privada, limitada, México 2010.

³ Director del Centro de Estudios de Derecho Penal, de la Universidad de Talca, Santiago de Chile.

en este caso, lo vamos a vincular con cuestiones de la práctica; esto es, cinco años en los que me desempeñé como Defensor Federal y doce años que llevo como Juez Penal; todo ello derivará en una cuestión sobre: ¿Qué está pasando con la dogmática en los juicios; esto es, ¿la aplicará el defensor?; ¿la postulará el fiscal?; ¿Qué debemos hacer los jueces en cuanto a la dogmática?; les propondré un esquema muy amplio; lo observo luego de las investigaciones en varios libros especializados; teóricos Alemanes, Italianos, Colombianos, etcétera; tanta bibliografía existente deriva un desorden en cuanto a las ideas que a continuación expongo y someto a consideración de ustedes.

III.- DESARROLLO

Sobre la estructuración del Derecho Penal, aprecio un desorden en las ideas centrales, intento, procuro ordenar los temas y “comienzo desde el principio”⁴.

Sobre nuestra apasionante materia, en un principio nos dijeron que se llamaba: Derecho Penal; para llegar a su correcta denominación comenzaremos de lo general a lo particular; vamos a ir revisando algunos puntos; de qué trata el Derecho Penal a parte del delito, qué otros temas estudia, que más abarca. En relación a las Penas y Medidas de Seguridad el Código Penal

⁴ Valga la expresión, para reordenar las ideas básicas desde un inicio.

Chileno, no las delimita o determina de manera precisa⁵.

En España hay una espléndida obra que trata sobre las Medidas de Seguridad⁶; en ella se puede apreciar toda la evolución de las Medidas de Seguridad incursionadas por Carl Stos en ese proyecto de Código Penal Suizo de 1893.

Recordemos que a partir del nacimiento de las medidas de seguridad, que no fueron aceptadas inicialmente en Alemania; fueron aceptadas paulatinamente, estaban previstas en leyes accesorias; hasta los años 70, fueron incursionadas en su Código Penal; antes de la década de los setentas, se prevenían sólo penas; tengamos presente: es en este momento, cuando la dogmática acuña el apelativo del *Derecho Penal de la Doble Vía*; es cuando nos dicen: ya no es solamente la pena, el castigo, la sanción, sino que también hay que darle una alternativa para la persona.

En este caso, las medidas establecidas en el proyecto suizo de Carl Stos, fueron planteadas para personas que tenían hábitos de consumir drogas, padecían alcoholismo inclusive, medidas para adolescentes.

⁵ El Código Penal de la República de Chile, no tiene previsto un capítulo relativo a las Medidas de Seguridad; solo se puede apreciar en su Art. 23. La caución y la sujeción a la vigilancia de la autoridad podrán imponerse como penas accesorias o como medidas preventivas, en los casos especiales que determinen este Código y el de Procedimientos.

⁶ Barreiro Agustín Jorge, *Las Medidas de Seguridad en el Derecho Español*; Editorial Civitas, Madrid, España, 1976, 363 P.

Esa doble vía, no debe confundirse con la dualidad de Delito y Pena, figuras que han prevalecido, contenido del Derecho Penal, con el paso de los años.⁷

¿Qué más estudia el Derecho Penal como tal?: En efecto, estudiará aquellas personas que cometen un delito; y ¿cómo se les llamará? ¿Delincuentes?; ubicando las ideas, no se puede decir: Estudian a las personas, porque hay muchas ciencias que estudian a las personas: la Sociología, la Psicología y la Antropología, entre otras.

¿El Derecho Penal estudia los Delincuentes? Si estuviéramos en la era de César Lombroso, se podría afirmar: efectivamente se estudia al delincuente, como los tres evangelistas del positivismo: Lombroso, Garófalo y Ferri.

Tengamos presente: cuando se realizan los estudios propiamente del delincuente, *Criminal Nato Lombrosiano*, nacia la ciencia llamada Criminología, empero ellos, los positivistas no le llamaban Criminología, le seguían llamando Derecho Penal.

Cuando se enfocaron específicamente al delincuente, las causas que lo motivaron u orillaron a delinquir, los índices delictivos, las etapas estacionarias del año en las que se producen los delitos, temas insertados como estudio de nuestra materia, Derecho Penal, sufriendo un profundo

⁷ Delito, Pena y Proceso, 1ª Edición, Editorial Jurídica Chile, Libro homenaje a la memoria del profesor Tito Solari Peralta, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Colección Tratados Jurídicos, República de Chile 2008. 832 págs.

desvío; umbral del nacimiento de la Criminología.

El máximo tratadista de Derecho Penal de todos los tiempos: Don Luís Jiménez de Asúa, sobre el contenido del Derecho Penal, determina su estructura y composición por: el delito, el delincuente y la sanción; al respecto, no estamos de acuerdo en que el Derecho Penal estudie al delincuente, porque cuando se estudia como tal, estaremos hablando de estudios antropométricos, psiquiátricos entre otros, derivados de la Ciencia Criminológica.

Si no estamos de acuerdo con el segundo elemento del Derecho Criminal, Delincuente; ¿Entonces cuál es? Es una gran interrogante; le denominaremos: la Responsabilidad, porque incluso el Código Penal Chileno, no obstante su Libro Primero empieza con el Delito, inmediatamente trata sobre las circunstancias que eximen de Responsabilidad;⁸ ¿pero responsabilidad de quién? Por supuesto, de la persona que está implicada en los hechos.

Ubiquemos, ahora sí la trilogía componente del Derecho Criminal, es lo que vengo a proponer en este momento, porque si la aceptamos como tal, todo lo que devenga va a tener un reacomodo y entonces ahí entra todo lo que implica la Teoría del Delito, que deberá ser llevada a la Teoría del Caso en el Juicio Oral; estos temas; insisto, reitero, el delito, la responsabilidad, las penas y medidas de seguridad, darán

⁸ Código Penal de la República de Chile: Título I, § 2. De las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal, Art. 10. Están exentos de responsabilidad criminal:....

la pauta para reubicar el contenido de los temas.

Como temas de estudio del Derecho Penal; ¿Qué falta: o con esto tres elementos se cubrirá todo? Hagamos reflexiones: Si hablamos sobre temas de: aborto, violación, secuestro, ¿dónde se ubican en esa trilogía? dónde ubicaremos el hurto, la estafa. En el delito; los temas: autoría, participación, cómplice: los ubicaremos en la responsabilidad; y obviamente, si se tratan tópicos como: prisión, multa, trabajo a favor de la víctima o de la sociedad, desde luego que se ubican en las penas y medidas de seguridad, tercer elemento de la trilogía propuesta por el expositor.

¿Faltará algo? No. Como temas centrales del Derecho Criminal, consideramos que todo el esquema del aspecto sustantivo está cubierto; a partir de esta tríada, se derivará toda una cascada de ideas, discusiones y cuestionamientos.

Si se pensara: la víctima no figura dentro de la trilogía; consideramos que no es un tema de estudio a profundidad en el Derecho Criminal, como los podría hacer la Victimología; más bien en el proceso criminal, se atenderá a la situación propia de la víctima⁹ sobre quién y de qué manera tienen derecho de la Reparación del Daño y a los apoyos institucionales.

⁹ Sobre el particular y temas específicos del proceso, puede consultarse la magnífica obra del jurista: Tavolaro Raúl, Instituciones del Nuevo Proceso Penal, Cuestiones y casos, Reimpresión de la 1ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Colección: Tratados, República de Chile 2007, 440 pp.

Nótese que se ha preferido la denominación *Derecho Criminal* a Derecho Penal porque la pena, como se ha expuesto no es único tema central, se suman el Delito y la Responsabilidad.

Antes de abordar los aspectos básicos, me gustaría profundizar un poco más sobre cómo le han denominado a los estudios de Derecho Penal; se le ha denominado Derecho de Penas con Feuerbach; Derecho Represivo, Ernesto Puglia en Italia; Derecho Penal protector de los Criminales, con Pedro Dorado Montero; Defensa Social denominado en Cuba por José Antonio Martínez; Derecho de lucha contra el Crimen a decir de Thomsen; y Derecho Criminal por Francesco Carrara y su maestro Giovanni Carmignani, entre otros.

¿Cuál será la denominación correcta? Todo lo que se exponga tendrá que ser, en estricto rigor jurídico, debidamente fundado y motivado.

¿Cuál es el correcto? lo correcto es denominarle: Derecho Criminal; aplica incluso para la legislación penal y procesal Chilena.

El término Criminal se puede apreciar desde la propia Constitución Política de la República de Chile¹⁰; el capítulo tercero de los derechos y deberes individuales constitucionales, artículo 19, numeral 7º.- El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual, en consecuencia: el inciso "F" trata sobre las causas Criminales; es decir, si la Carta fundamental lo refiere, estare-

¹⁰ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. <http://www.leychile.cl/N?i=242302&f=2010-01-07&p=>.

mos facultados para usar el término Criminal; en su artículo 76, se establece la facultad del poder judicial, para conocer causas civiles y Criminales, entonces de cierto modo lo Criminal, no se aparta de nuestra Constitución.

Sobre el elemento Responsabilidad¹¹, también se aborda en la Constitución Chilena, propiamente en el artículo 17, donde se establece que pueden recuperar la ciudadanía, una vez extinguida la responsabilidad penal.

El Código Penal de la República de Chile¹², también se refiere a lo criminal; en su libro primero, se denomina La responsabilidad criminal y comienza el numeral 1, como subtítulo de los delitos y el artículo 1º versa sobre lo que debe entenderse por delito; consecuentemente, previo a la responsabilidad criminal, es determinar el o los delitos.

El Código Procesal Penal¹³ Chileno, en sus artículos: 7º, 72, 113, 128, 171, 173, 176, 249, 251, 264, 271,

¹¹ Se puede apreciar: Capítulo III DE LOS DERECHOS Y DEBERES CONSTITUCIONALES Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas: Párrafo sexto del numeral 3º, La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal.

¹² Código Penal, LIBRO PRIMERO, responsabilidad criminal, 1. De los delitos. Artículo 1º Es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. <http://www.leychile.cl/N?i=1984&f=2010-03-18&p=>.

¹³ Código Procesal Penal, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, <http://www.leychile.cl/N?i=176595&f=2008-03-14&p=>.

306, 324, 374, 424, 460, 471 y 473, se refieren al término: *Criminal*.

Como podemos apreciar, la trilogía mucha de las veces está dispersa tanto en la redacción, como en las ideas; esto es, mucha de las veces, comienzan al revés, para la aplicación de una pena, previamente el sujeto tiene que ser responsable de un delito; si observamos las redacciones, nos podemos dar cuenta que el legislador se pierde o no ubica, la estructura lógica de la trilogía.

Muchos de los problemas se han suscitado, porque aspectos de la responsabilidad, los mezclan con el delito y viceversa; en cuanto a la responsabilidad del sujeto, tendremos que ver si el órgano impartidor de justicia o el propio legislador es de corte causalista, finalista u otro aspecto dogmático. Si se hace un juicio de reproche o atribubilidad, se está adoptando una postura finalista¹⁴; si se determina que en la responsabilidad se puede ubicar el dolo y la culpa y sobre todo, se establece la relación de causalidad¹⁵, será obviamente una postura causalista.

¿Qué dice la gramática de la Real Academia?, ¿Por qué no nos podemos apartar de ella?, ¿Cuántos asuntos

jurídicos no se han resuelto por una palabra?, ¿Cuánta jurisprudencia se ha pronunciado por una frase o por una palabra que teníamos mal entendida?, muchas veces tenemos que acudir a nuestra raíz; Criminal conforme a la Real Academia¹⁶, deriva del latín *Criminalis*, que significa: Perteneciente al crimen o que de él toma origen; leyes institutos o acciones destinadas a perseguir y castigar los crimines o delitos, aquí ya encontramos delitos y faltas de las que también trata el Código Penal Chileno; en una cuarta acepción se establece “que ha cometido o procurado cometer un crimen”.

En la misma Real Academia volvemos encontrar esos aspectos de la trilogía de nuestra factura.

Por todo lo expuesto, el término *CRIMINAL*, lo encontramos tanto en la Constitución de la República de Chile, en el Código Penal, así como en la Real Academia de la Lengua; entonces, de entrada los investigadores, los máster en Derecho, –los estudiantes que seguimos siendo- tenemos que ser más precisos y prácticos en los conceptos que usamos porque toda esa fraseología, a veces nos puede confundir; el mismo Código Penal Chileno refiere: están exentos de responsabilidad Criminal: el que obre en defensa de su persona, en efecto, la defensa legítima le excluirá de responsabilidad Criminal, pero si tomamos el punto de vista que los que mezclan el

¹⁴ Welzel Hans, Derecho Penal Alemán, Reimpresión de la 4ª edición en español, Editorial Jurídica de Chile, Colección: Traducciones Jurídicas, Traducción: Juan Bustos R. y Sergio Yáñez P., República de Chile, 2002, 344 pp.

¹⁵ Novoa Monreal Eduardo, Curso de Derecho Penal Chileno, Parte General, Tomo I, Tercera parte. 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Colección: Clásicos Jurídicos, República de Chile, 2005, 1064 pp.

¹⁶ Diccionario de la Real Academia Española, voz: Criminal. Vigésima segunda edición, <http://www.rae.es/rae.html>.

delito con la responsabilidad, dirán en la dogmática, que no hay delito.

Si la defensa legítima, el estado de necesidad y todas esas causas son el elemento contrario a la antijuridicidad, entonces no habrá delito.

Si se priva de la vida a una persona, mediante una causa de justificación, como es, la Defensa Legítima, dogmáticamente se establece que no hay delito. ¿Será esto cierto?; ¿Qué hago entonces con el occiso?, ¿Habrá investigación? Habrá un juicio para determinar la forma en que el sujeto actuó. Si se obra en legítima defensa, entonces ¿No hay delito?: Si hubo homicidio, si se privó de la vida a una persona.

En este sentido es acertado el Código Penal de la nación, cuando establece en su artículo 10 que están exentos de responsabilidad criminal, su numeral 4 determina: el que obra en defensa de su persona o derechos...¹⁷

Ese es el grave problema, mezclar temas la trilogía, esto es, temas del delito, con la Responsabilidad; una cosa es el delito y otra muy distinta es la responsabilidad.

Muchas veces ubican al dolo en el tipo, ofrezco mil disculpas por no estar de acuerdo y sé que causará mucho revuelo; en los tipos Penales previstos en el Código Penal Chileno, no se aprecia tal afirmación.

Si analizamos de manera objetiva el artículo 391 de la legislación penal Chilena: "El que matare a otro...",

¿dónde está el dolo inserto en el tipo?; no se encuentra porque se puede cometer el homicidio imprudencialmente o dolosamente.

IV.-CONCLUSIONES

1.- **N**o se tiene hasta el momento un esquema general de la Teoría del Delito, que pudiera aplicarse a la Teoría del Caso.

2.- Lo anterior es consecuencia de no tener bien establecido el contenido del llamado Derecho Penal.

3.- Llamamos Derecho Criminal, al conjunto de conocimientos y disposiciones legales, relativos al estudio del Delito, La Responsabilidad, las Penas y Medidas de Seguridad.

4.- La trilogía que se propone, cambiará todo el esquema planteado hasta hoy por a dogmática penal.

5.- De lo anterior ahora si se justifica una Teoría del Delito.

6.- Se justifica una Teoría de la Responsabilidad.

7.- Adicionalmente a una Teoría de las Penas y Medidas de Seguridad.

8.- Existe similitud en las legislaciones penales y procesal penal mexicana, como en la legislación penal Chilena, para enlazar los temas del Derecho Criminal.

¹⁷ Código Penal, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. <http://www.leychile.cl/N?i=1984&f=2010-03-18&p=>.

V.- BIBLIOGRAFÍA

- Carnevali Rodríguez Raúl, Cuestiones de Política Criminal en los tiempos actuales, 1ª Edición, Editorial de Jurídica Chile, Colección Estudios Jurídicos, República de Chile 2009, 256 págs.
- Hernández Islas, Juan Andrés, Mitos y Realidades de la Teoría del Delito, edición privada, limitada, México 2010.
- Código Penal de la República de Chile.
- Barreiro Agustín Jorge, Las Medidas de Seguridad en el Derecho Español; Editorial Civitas, Madrid, España, 1976, 363 P.
- Delito, Pena y Proceso, 1ª Edición, Editorial Jurídica Chile, Libro homenaje a la memoria del profesor Tito Solari Peralta, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Colección Tratados Jurídicos, República de Chile 2008. 832 págs.
- Tavolario Raúl, Instituciones del Nuevo Proceso Penal, Cuestiones y casos, Reimpresión de la 1ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Colección: Tratados, República de Chile 2007, 440 pp.
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. <http://www.leychile.cl/N?i=242302&f=2010-01-07&p=>.
- Welzel Hans, Derecho Penal Alemán, Reimpresión de la 4ª edición en español, Editorial Jurídica de Chile, Colección: Traducciones Jurídicas, Traducción: Juan Bustos R. y Sergio Yáñez P., República de Chile, 2002, 344 pp.
- Novoa Monreal Eduardo, Curso de Derecho Penal Chileno, Parte General, Tomo I, Tercera parte. 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Colección: Clásicos Jurídicos, República de Chile, 2005, 1064 pp.
- Diccionario de la Real Academia Española, voz: Criminal. Vigésima segunda edición, <http://www.rae.es/rae.html>.
- Código Penal, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. <http://www.leychile.cl/N?i=1984&f=2010-03-18&p=>.

Cultura Jurídica de los Seminarios de la Facultad de Derecho, editada por la Facultad de Derecho, se terminó de imprimir el 8 de julio de 2011 en los talleres de CREATIVA IMPRESORES S.A. de C.V. calle 12, número 101, local 1, colonia José López Portillo, Iztapalapa, 09920, México, D.F. Tel. 5703-2241. En su composición se utilizaron tipos Arial y Calibri. Tipo de impresión offset, las medidas 17 x 23 cm. Los interiores se imprimieron en papel ahuesado de 75 grs. y los forros en cartulina sulfatada de 14 pts. La edición estuvo al cuidado del Lic. Alberto J. Montero.
La edición consta de 1000 ejemplares.

CRITERIOS PARA LA PRESENTACIÓN DE ORIGINALES

Deberán entregarse en las oficinas de los Seminarios de la Facultad de Derecho de acuerdo a la materia del artículo.

CRITERIOS EDITORIALES

- Se deberá entregar la versión definitiva en sus versiones impresa y electrónica grabada en un disco compacto. No se hace la devolución de los materiales originales.
- El texto deberá estar en formato *Word for Windows*, en tanto que las imágenes deberán realizarse en formato *jpg* o *tif*, las cuales se colocaran en un archivo por separado indicando el lugar que les corresponde en el texto.
- La versión impresa en hojas tamaño carta en una sola cara; letra *Times new roman* de 12 puntos; espacio y medio en el interlineado; márgenes superior e inferior de 3 centímetros y 2.5 en izquierda y derecha; no se colocarán espacios entre un párrafo y otro, únicamente entre el título y el texto; entre los títulos de los apartados, entre estos y el texto.
- Las notas al pie de página serán escritas en letra *Times new roman* de 10 puntos; espacio sencillo. Se puede emplear el estilo Harvard, con el mismo tamaño de fuente que el resto del texto, o el sistema mixto.
- Las voces extranjeras y los latinismos deberán escribirse en cursivas o itálicas.
- Se deberá cuidar el uso de las mayúsculas, utilizándolas sólo para los nombres propios, los nombres completos de las leyes u ordenamientos que se citen, y cuando se corra el riesgo de confundir una voz de uso común con un concepto cuya connotación tenga un significado específico en la terminología jurídica: ej. Estado y Constitución, y no en el caso de la voz: derecho, derecho penal, derecho civil, etc.
- Si se requiere enfatizar o resaltar alguna palabra deberá escribirse en cursivas o itálicas, no se deberán emplear las negritas, ni subrayados.
- Las transcripciones que excedan de cinco líneas deberán ponerse en párrafo separado, el cual deberá tener una sangría izquierda de dos centímetros a partir del margen. El tamaño de la fuente deberá ser de 11 puntos y con interlineado sencillo. Esto también se aplicará cuando se realicen transcripciones literales de leyes y jurisprudencias.

LOS ARTÍCULOS DEBERÁN CONTENER

- -Título
- -Sumario (de preferencia utilizar el sistema mixto: números romanos, arábigos y letras)
- -Resumen (máximo diez líneas)
- -Una breve semblanza curricular al pie de página (máximo cinco líneas)
- -Introducción
- -Desarrollo
- -Conclusiones
- -Fuentes
- -Extensión mínima de quince cuartillas y máxima de veinticinco