

CARRASCO-JIMÉNEZ, Edison: “La estructura del delito subyacente en el Código Penal chileno”.

Polít. Crim. Vol. 17 N° 34 (Diciembre 2022), Art. 5, pp. 567-597
[<http://politerim.com/wp-content/uploads/2022/11/Vol18N34A8.pdf>]

La estructura del delito subyacente en el Código Penal chileno*

The structure of the underlying crime in the Chilean Penal Code

Edison Carrasco-Jiménez

Doctor en Derecho Penal, Universidad de Salamanca, España.
International Institute of Humanities, Cultural Criticism and Social Sciences.

ecj@outlook.cl

<https://orcid.org/0000-0002-8217-1553>

Fecha de recepción: 26/11/2020.

Fecha de aceptación: 09/06/2021.

Resumen

El objetivo del trabajo es identificar algún tipo de estructura del delito que hubiese permitido elaborar una teoría del delito vernacular. La metodología ocupada será la siguiente: en primer lugar, se procederá a efectuar un estudio descriptivo sobre el estado de cosas respecto de la interpretación del art. 1° del Código Penal; en segundo lugar, se describirá de qué forma se fue introduciendo la teoría del delito germana en la legislación penal; en tercer lugar, se recurrirá al análisis del art. 1° en su relación sistemática con el resto del núcleo primitivo del Código Penal de 1874 que constituiría su parte general (arts. 1° al 10), para la identificación desde este núcleo de una estructura del delito subyacente. En cuarto lugar, fuera del elemento sistemático en la relación del art. 1° con el resto de la parte general del Código Penal atinente, se hará revisión de la historia de la ley. Es así como se nos hizo posible inferir una estructura del delito que se encontraría subyacente en el art. 1° del Código Penal, desde el cual podría haberse elaborado una teoría del delito vernacular. Es así como se hizo posible, considerando el núcleo más primitivo del Código Penal. Partir desde estos significados para abrir el sentido y/o las descripciones, es operar desde adentro hacia afuera.

Palabras claves: teoría del delito, doctrina penal chilena, artículo 1° código Penal

Abstract

The objective of this paper is to identify some type of crime structure that would have allowed the elaboration of a vernacular crime theory. The methodology used will be the following. In the first place, a descriptive study will be carried out on the situation regarding the interpretation of art. 1 of the Criminal Code, secondly, to describe how the German crime theory was introduced into criminal law. Thirdly, the analysis of art. 1st in its systematic relationship with the rest of the primitive core of the Criminal Code of 1874 that would constitute its General Part (arts. 1 to 10), for the identification from this core of a structure of the underlying crime. Fourth, Outside the systematic element in the relationship of art. 1°

* Este estudio se enmarca en un proyecto de investigación patrocinado por el *International Institute of Humanities, Cultural Criticism and Social Sciences*, proyecto titulado “Hacia la construcción de una teoría dogmática de la responsabilidad penal en Chile”, 2018, Code 0018.

with the rest of the “general part” of the relevant Penal Code, a review of the History of the Law will be made. This is how it became possible for us to infer a structure of the crime that would be found underlying in art. 1 of the Penal Code, from which a vernacular crime theory could have been developed. This is how it became possible, considering the most primitive core of the Penal Code. Starting from these meanings to open meaning and/or descriptions is to operate from the inside out.

Keywords: legal theory of crime, chilean criminal doctrine, article 1 Penal Code.

Introducción

En Chile, ha habido una recurrencia en la utilización de la teoría del delito germana en el sistema jurídico penal. En primer lugar, no ha dejado de existir una fuerte tendencia a efectuar el análisis del Código Penal chileno haciendo uso de la teoría del delito germana.¹ En segundo lugar, ha existido al menos desde 1990 una introducción de la teoría del delito germana al interior de la legislación penal chilena mediante diversas reformas legislativas.

El art. 1° del Código Penal chileno contiene una definición de delito, la cual proviene del texto primitivo de 1874, fecha de su promulgación. Básicamente, aquella sería la piedra angular de una teorización sobre el delito, si es que aquello pudiere hacerse. Tal vez no fue posible elaborar ninguna interpretación propia derivada del texto del Código Penal que condujera a una estructura del delito, pero, ¿es tan así? ¿Se hace posible identificar algún tipo de estructura que hubiese permitido elaborar una teoría del delito vernacular? El objeto de este artículo es identificar algún tipo de estructura del delito que hubiese permitido elaborar una teoría del delito vernacular.

En primer lugar, se procederá a efectuar un estudio descriptivo sobre el estado de cosas respecto de la interpretación del art. 1° del Código Penal, para, en segundo lugar, describir de qué forma se fue introduciendo la teoría del delito germana en la legislación penal. En tercer lugar, se recurrirá al análisis del art. 1° en su relación sistemática con el resto del núcleo primitivo del Código Penal de 1874 que constituiría su parte general (arts. 1° al 10), para la identificación desde este núcleo de una estructura del delito subyacente. Ello se hará de este modo porque el art. 1° es el principal para este objeto por contener un concepto de delito y porque siendo la base primitiva, el resto son normas que tributan a aquel. Además, al considerar el núcleo, se despejan los elementos de la teoría germana en la legislación penal que lo podrían contaminar.

Fuera del elemento sistemático en la relación del art. 1° con el resto de la “parte general” del Código penal atingente, se hará revisión de la historia de la ley. Se toma, además, como base de análisis, el Código Penal español de 1848, aun con sus reformas de 1850 que en todo caso no alteran en nada lo que será principal objeto de estudio aquí, y particularmente, el art. 1° Código Penal español, el que, conteniendo la definición de delito, sirvió de base para el Código Penal chileno de 1874. Se añade el uso de algunos comentarios doctrinarios relativamente coetáneos a la dictación de dicho Código Penal español y hasta 1881 como

¹ Alguna idea general sobre el uso de la literatura alemana, en MATUS (2008). Consecuencialmente véase la controversia entre Matus y van Weezel: VAN WEEZEL (2008), *passim* y MATUS (2009), *passim*.

límite, ya que en esta fecha se introduce en la ciencia penal germana el rudimento del modelo clásico Liszt-Beling, lo que podría haber afectado la interpretación de la doctrina penal española con posterioridad, pese a su mayor cercanía en aquella época con el derecho penal italiano.² Así, se utilizarán los comentarios de Pacheco³ al Código Penal español, como principal fuente doctrinaria, sin perjuicio de los comentarios, en las partes pertinentes, de Viada y Vilaseca, Lozano Vizmanos y Álvarez, Vicente y Caravantes, y Gómez de la Serna y Montalbán.

1. Tendencia en el uso de la teoría del delito germana en el análisis del Código Penal chileno y de su art. 1°

1.1. Teoría del delito germana e interpretación doctrinal chilena

Para Jescheck y Weigend, la teoría del delito (germana) se ocuparía de los “presupuestos jurídicos generales de la punibilidad de una acción”⁴, tratando aquellos “aspectos del concepto del delito que son comunes a todos los hechos punibles”, revisando aquellas categorías como la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad, y numerosos subconceptos que se desglosan, tales como elementos objetivos y subjetivos del tipo, requisitos objetivos y subjetivos en las causales de justificación, y elementos negativos y positivos de la culpabilidad.⁵ Establecen una diferencia entre estructura del delito y teoría general del delito, definiendo al primero como un “armazón del concepto de delito” en el cual se basaría la “parte general” del Código Penal (StGB).⁶

Liszt es el que aporta a la base de esta teoría, fuera de la acción, la *Rechtswidrigkeit* (“antijuricidad”) en su variante objetiva y separada de la culpabilidad,⁷ según como es tomada de modo idéntico que en Jhering.⁸ Beling inserta dentro del esquema tripartito diseñado por Liszt la categoría del *Tatbestand* (“tipo penal”), al que Beling hace equivaler semánticamente en las primeras páginas de su *Die Lehre vom Verbrechen* como *Typus*,⁹ fundamento para la construcción de una “nueva teoría” o *Typentheorie*.¹⁰ En paralelo la culpabilidad era observada por Frank en una perspectiva normativa que luego cobraría relevancia.¹¹ A este esquema causalista naturalista, se proponía uno neoclásico del delito para introducir modificaciones al esquema desde el plano subjetivo, valores y fines, haciendo transitar la acción desde su abandono hasta una concepción social de acción,¹² o

2 Hablamos de teoría del delito “germana” y no alemana, porque no todas las contribuciones a la misma provienen de autores alemanes, como es del caso de LISZT, quien era austríaco.

3 Si bien la obra usada de PACHECO data de 1881, ésta es idéntica en lo que se refiere a los pasajes citados de la cuarta edición de la misma obra de 1870. PACHECO (1870), *passim*.

4 JESCHECK y WEIGEND (2014), p. 290. Mismo sentido, ROXIN (1997), p. 192.

5 JESCHECK y WEIGEND (2014), p. 290.

6 JESCHECK y WEIGEND (2014), p. 292.

7 LISZT (1911), p. 146.

8 LLOREDO (2018), p. 12. Vid, las diferencias entre sentido objetivo y subjetivo, lesión del derecho objetivo, la relación entre derecho objetivo y subjetivo. Confróntese: JHERING (2018), p. 51, 69, 85, 94. Para el origen del concepto, JESCHECK y WEIGEND (2014), p. 344.

9 BELING, 1906, p. V.

10 BELING, 1906, pp. VI-VII

11 Véase FRANK (1907).

12 JESCHECK y WEIGEND (2014), pp. 303-304.

considerándola principal y adjetivando el tipo penal a esta¹³ e introduciendo los elementos subjetivos¹⁴, que representarían una “grieta profunda”¹⁵ entre la concepción meramente objetiva del injusto. El contenido de finalidad en la acción propuesta por Welzel, como dirección cibernética,¹⁶ tendría serias repercusiones en el esquema, con una serie de consecuencias, aunque la más visible fuere el traslado del dolo y la culpa al tipo penal. Luego el esquema no sería alterado, salvo por la adopción de prismas “político-criminales” por quienes llevaron el finalismo hasta sus últimas consecuencias con los llamados “funcionalismos”.¹⁷

El conocimiento de la teoría del delito germana en España se debería en gran parte por la traducción del *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts* de Liszt por Jiménez de Asúa en 1917, bajo el nombre de “Tratado de derecho penal alemán”, por subsiguientes traducciones de otras obras semejantes por otros penalistas, y por la introducción de las categorías de acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad por Jiménez de Asúa en 1931.¹⁸ Luego, su influencia sería llevada a Argentina debido a su exilio en 1939 y su asentamiento en la Universidad de La Plata.¹⁹ En Argentina ya se encontraba el trabajo de investigación de Sebastian Soler, quien se encontraba vinculado a la dogmática germana, y el cual publica la traducción de *Grundzüge des Strafrechts* de Beling en 1944 bajo el título de “Esquema de derecho penal. La doctrina del delito-tipo”.²⁰ Pero aun antes en Chile, Jiménez de Asúa dictó tres conferencias en 1925.²¹ Fontecilla, por otro lado, habría introducido en Chile el concepto de “tipicidad” de Beling, y un concepto de antijuricidad cercano a Mayer.²² Otros penalistas en Chile como Luis Cousiño continuarían con la adopción de la teoría del delito germana.²³

Ahora en cuanto a la teoría del delito germana y su relación con el art. 1° del Código Penal chileno, si bien Garrido expresa que “la tendencia actual es construir una teoría del delito partiendo del sistema jurídico de cada país”,²⁴ admite a la antijuricidad y la culpabilidad como las grandes categorías del delito.²⁵ Cousiño expresa que el principal problema de la definición de delito del Código Penal es que no menciona la tipicidad y la antijuricidad.²⁶ Cury propone como definición de delito el que es una “acción u omisión típicamente antijurídica y culpable”, que es aceptada por la doctrina nacional, señalando que la definición del art. 1° del Código Penal coincide con esta, y que la concepción alemana se ha impuesto en toda la tradición continental europea. La estructura del delito propuesta por el autor estaría así regida por esta visión.²⁷ Etcheberry acepta para una estructura del delito las categorías germanas y

13 MEZGER (1958), p. 80.

14 MEZGER (1958), p. 135 y ss.

15 WELZEL (1997), p. 73.

16 WELZEL (1997), p. 44.

17 ROXIN (1997), *passim*; JAKOBS (1997), *passim*.

18 BACIGALUPO (2019), p. 2, p. 12.

19 ROLDÁN (2019), p. 217.

20 CESANO (2010), pp. 90-92.

21 JIMÉNEZ DE ASÚA (2006), p. 10.

22 MATUS (2011), p. 50.

23 COUSIÑO (1975), *passim*; MATUS (2011), p. 51.

24 GARRIDO (2015), p. 10.

25 GARRIDO (2015), p. 13.

26 COUSIÑO (1975), p. 258.

27 CURY (2005), pp. 243-247.

que la definición doctrinal del delito como acción típica, antijurídica y culpable, no exigiría ni más ni menos que la definición del delito del art. 1° del Código Penal.²⁸

1.2. La doctrina sobre la definición del art. 1° y el problema del significado del término “voluntaria” en el art. 1° del Código Penal chileno

Para Etcheberry, la definición del Código Penal perseguiría la consagración positiva de dos postulados del derecho penal liberal, esto es, la exteriorización de los pensamientos en una acción u omisión, y que dichas acciones sean sancionadas por la ley y no dependan de otro criterio.²⁹

Novoa, por su parte, sostiene sobre el punto diversas cuestiones. En primer lugar, que es una “definición” híbrida por limitarse a señalar el “concepto de delito” de forma “nominal” y no ser una “definición real”. En segundo lugar, que su carácter de híbrida se debe a que toma diversos elementos del Código Penal español de 1822. En tercer lugar, que es una definición insuficiente y defectuosa, ya que no contemplaba la antijuricidad, que no hay referencia clara de la tipicidad, que introduce el término de “voluntaria” lo que ha originado disensiones entre la doctrina, que al ocupar esta palabra deja fuera los cuasidelitos, que incluye a la pena legal no obstante ser una consecuencia y no un elemento del delito.³⁰

Novoa, además, se refiere a la posibilidad de obtener del Código Penal un “concepto genérico que abarque todos los hechos que originan responsabilidad penal”, añadiendo al art. 1°, al art. 2° (cuasidelito), al art. 10 para las causales de justificación y de exclusión de la “culpabilidad”, a la Constitución y al art. 18 (principio de reserva legal) y los libros II y III del Código Penal para la tipicidad, cuestión que con ello se comprobaría los elementos esenciales del delito.³¹

Esta última idea es compartida por la doctrina, como en Garrido³² y en Cury, al señalar que las causales de antijuricidad y exclusión de la responsabilidad penal se extraen del art. 10 mediante una “interpretación contextual”.³³ De igual modo, Politoff y otros, quienes expresan que la definición del art. 1° debiese ser integrada con otros elementos que surgen de los preceptos de la propia legislación, como el art. 10 del propio Código Penal.³⁴ En cuanto al término “voluntaria” y “voluntarias”, del inc. 1° y 2° respectivamente, ha sido ampliamente discutido en la doctrina nacional, existiendo seis tesis sobre el significado del término “voluntario”.

La tesis del dolo es sostenida por la mayoría de los autores, como Fuensalida, Fernández, Labatut, Bunster y Novoa.³⁵ Novoa, entiende que el término “voluntario” equivale a dolo, dedicándose el art. 1° a definir los delitos dolosos y el art. 2° al culposo. Entre los argumentos

28 ETCHEBERRY (1997), p. 167.

29 ETCHEBERRY (2010), pp. 166-167

30 NOVOA (2005), pp. 224-225.

31 NOVOA (2005), pp. 224-225.

32 GARRIDO (2015), p. 250.

33 CURY (2005), p. 243 y 245

34 POLITOFF *et al.* (2006), p. 32 y ss.

35 NOVOA (2005), pp. 224-225; BUSTOS (2002), pp. 51-53; LABATUT (2000), p. 153.

que se ofrecen para sostenerla, se encuentran los siguientes: a) como esta disposición está tomada del art. 1 del Código Penal español de 1848 y su principal redactor y comentarista de dicho código es Joaquín Francisco Pacheco, quien sostiene esta tesis, entonces esta debe ser la interpretación dominante; b) existen variados fallos —Labatut consigna nueve— que contemplan esta interpretación³⁶. Además, se agrega el hecho que habría de ser la opinión de la mayoría de los miembros de la Comisión Redactora del Código Penal chileno³⁷. Novoa señala como argumento en defensa de la tesis del dolo, el que la discusión sobre los cuasidelitos se dejó para después, donde se redactó posteriormente en la sesión 117 la definición del art. 2° y que en la sesión 120 en que el Sr. Rengifo intenta reponer la discusión anterior con el objetivo de eliminar la definición de cuasidelito, en el entendido que la del art. 1° ya la contenía también, pero que el resto de la comisión habría rechazado la propuesta³⁸.

La tesis del elemento subjetivo del delito sostiene que el término “voluntaria” es sinónimo de un elemento subjetivo del delito. Considera que el art. 1° define tanto los delitos dolosos como los culposos. Esta última posición la sostendría Del Río en Chile³⁹.

La tesis de la actuación libre sería sostenida por Ortiz. Labatut señala que esta posición, que según él no tiene ningún asidero legal, se refiere a la acción sin incluir su resultado, por lo que incluye a todo tipo de acción, sea dolosa, culposa, incluso el caso fortuito⁴⁰. Para Novoa implicaría un “movimiento corporal que realiza el sujeto activo, mirado en sí mismo”, en cambio, el art. 2° estaría refiriéndose a la “culpabilidad”, “reprochabilidad” y/o responsabilidad penal. Esta posición es observada por Novoa, en el sentido de aparecer “con las modernas construcciones dogmáticas”⁴¹. Para Bustos estaría indicando una actuación libre y sin ningún tipo de coacción.⁴²

La tesis de la conciencia de la antijuricidad o conocimiento de la ilicitud de la *conducta* considera que el término “voluntaria” es sinónimo de conciencia o conocimiento de la antijuricidad o ilicitud de la conducta, y que, como conocimiento de obrar contra la norma prohibitiva, integraría entonces la culpabilidad. Garrido señala que no puede referirse al aspecto volitivo de la acción porque sería redundante⁴³. Esta es la posición del finalismo chileno, entre ellos, Garrido y Bustos⁴⁴. Siendo así, la presunción del art. 1° inc. 1° sería presunción del conocimiento de la ilicitud de la conducta⁴⁵.

La tesis de la culpabilidad, posición sostenida por Cury, Etcheberry (en la versión de su

36 LABATUT (2000), p. 153.

37 NOVOA (2005), pp. 221; LABATUT (2000), p. 153.

38 NOVOA (2005), pp. 221.

39 NOVOA (2005), pp. 221.

40 LABATUT (2000), p. 153.

41 NOVOA (2005), p. 221.

42 BUSTOS (2002), pp. 51-66.

43 GARRIDO (2015), p. 250.

44 GARRIDO (2015), p. 250; BUSTOS (2002), pp. 55.

45 GARRIDO (2015), p. 250.

“Derecho penal” del 2010⁴⁶) y Náquira⁴⁷, el término “voluntaria” es sinónimo de culpabilidad. Conforme a lo que es posible deducir de lo señalado por Náquira que la presunción del inc. 2° se estaría refiriendo a la presunción de culpabilidad, en cuanto situación normal de cualquier persona en su actuación, y que las causales de exclusión de la culpabilidad son las que han de ser investigadas y probadas, de lo contrario, se considerarían inexistentes y se mantendría lo presumido por la ley.⁴⁸ Para Etcheberry “voluntaria” es libre en el sentido de exenta de alguna causal de exclusión de “culpabilidad”.⁴⁹

Para una tesis del sentido transversal a toda la estructura del delito, Cousiño señala que la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia de su tiempo entendían que la expresión “voluntaria” era equivalente al dolo no incluyendo los delitos culposos. Consigna además que esa interpretación estaba acorde con las enseñanzas de Pacheco sobre el Código Penal español de 1848.⁵⁰ El autor, sin embargo, cree que el término es mucho más amplio, aludiendo a que él involucra la libertad y la inteligencia “ligados a la acción típica, a su antijuricidad a la culpabilidad”.⁵¹

1.3. Introducción de la teoría germana al interior de la legislación penal chilena

Desde 1953 a 1972 se dictan una serie de leyes modificatorias al Código Penal que tuvieron como objeto aspectos prácticos, otras de tipo sincrónicas al cambio social, y penológicas, como la modificación al catálogo y a los marcos penales (Ley N°11.183, Ley N°11.625, Ley N°15.123, Ley N°17.902, Ley N°17.155, Ley N°17.266, Ley N°17.727). Hasta este punto de la historia del Código Penal chileno, la estructura del delito, salvo la referencia a la “responsabilidad”, no era diferente al esquema anteriormente presentado. Sin embargo, un nuevo cuerpo de leyes a partir de los últimos dos decenios del siglo pasado, comienzan a modificar esta estructura bipartita.

Las modificaciones a partir de la democracia son las que comienzan a introducir cuestiones más relacionadas con la teoría germana, esto es, con la existencia de un Congreso Nacional. También por la formación de los abogados dentro del Congreso (congresistas y asesores) en sus facultades y escuelas de derecho en que dominaba sin contrapeso la teoría del delito germana, debido a sus profesores de derecho penal. Asimismo y en gran parte, desde 1998, por la presencia en el Congreso como diputado de Juan Bustos Ramírez, de formación doctoral española y germana,⁵² el cual estuvo ejerciendo su influencia en la discusión de las leyes en el parlamento hasta el 2008, fecha de su fallecimiento.⁵³

Es así como se introduce una serie de normas que incluyen dentro de sus disposiciones ciertos elementos del tipo penal que obligarían al juez a la revisión del ordenamiento jurídico, tales

46 ETCHEBERRY (2010), pp. 166-167.

47 NÁQUIRA (2015), pp. 21 y ss.; ETCHEBERRY (2010), pp. 166-167; CURY (2005), p. 78.

48 NÁQUIRA (2015), pp. 230-231.

49 ETCHEBERRY (2010), p. 167

50 COUSIÑO (1975), pp. 257-258.

51 COUSIÑO (1975), pp. 754.

52 JIMÉNEZ DE ASÚA (2006), p. 11.

53 HORMAZÁBAL (2009), p. 5.

como “indebidamente”,⁵⁴ y en los que claramente aparece la referencia contextual a un momento diferente (sea indiciario o sea efectivo) a los de la estructura clásica del delito conforme al entramado existente. Pertenecen a este grupo las leyes N°19.450 de 1996 que introduce el art. 188, la Ley N°18.765 de 1988 que introduce modificaciones al art. 291 del Código Penal, y la Ley N°20.720 del 2014 que introduce modificaciones al art. 464.3 del mismo cuerpo normativo.

Es justamente esta última ley que, al modificar el art. 463, podría estar efectuando una referencia a la antijuricidad material y formal, conforme al cual y por cuyo texto se castiga a quien “ejecutare actos o contratos que disminuyan su activo o aumenten su pasivo sin otra *justificación* económica o *jurídica* que la de *perjudicar* a sus acreedores”(la cursiva es nuestra). Una “justificación jurídica” podría referirse a la necesaria comprobación por el juez de causales de justificación específicas, lo cual abre la discusión de la norma sobre su antijuricidad formal, más aún si de los debates parlamentarios se consignó la opinión, sin ser contradicha, que la expresión legal “sin otra justificación económica o jurídica” se refiere a una “causal de justificación genérica”.⁵⁵ Además, si la disposición hace uso de la expresión “perjuicio” y que en todo caso no alude a una condición objetiva de punibilidad⁵⁶, y si la doctrina, en una interpretación desde el bien jurídico, ha comprendido que la disminución o aumento que exige el tipo penal es la de ser ellos relevantes, en el sentido de producir un desvalimiento de los acreedores,⁵⁷ proporciona la idea de materialidad para configurar la antijuricidad. Asimismo, es posible colegir igual interpretación, cuando la ley N°21.020 del 2017 incorpora el art. 291 ter y la definición legal de maltrato de animales como “toda acción u omisión, ocasional o reiterada, que *injustificadamente* causare *daño*, dolor o sufrimiento al animal” (el resaltado es nuestro).

Hasta aquí, la terminología para este momento podría haber considerado la palabra “injustificación”. Pero, dos disposiciones del Código Procesal Penal del 2000, como lo son los arts. 455 inciso 1° (“al enajenado mental que hubiere realizado un hecho típico y antijurídico”) y 463.c (“La sentencia absolverá si no se constatare la existencia de un hecho típico y antijurídico”) introducen directamente la denominación de “antijurídico”. Son, a nuestro parecer, este grupo específico de normas las que incorporan, dentro de la estructura del delito que el Código Penal chileno ofrecía, el momento de la antijuricidad. No compartimos la opinión de la doctrina que hubiese de entenderse ella por la sola presencia de las causales de justificación del art. 10 del Código Penal, según expresamos anteriormente. Estas, a lo más, representarían ese conjunto de normas excepcionales a la regla general que representaba el delito, y que eran interpretadas como antijuricidad formal.

Las mismas disposiciones recién nombradas del Código Procesal Penal, esto es, los arts. 455 y 463.c, estarían además introduciendo el término “hecho típico”, como pudo ya notarse, de la ciencia penal germana, además de un elemento de su familia léxica como “tipificación” (art. 436 inc. 2°, Código Procesal Penal; igualmente la Ley N°20.084 en el art. 1°, inc. 3° y Ley N°19.968, art. 102-A). Tales cuestiones parecen indicar que se pretendió introducir por

54 Respecto del art. 291, MATUS (2013), pp. 137-166.

55 HISTORIA DE LA LEY N°20.720 (2014), p. 1359.

56 HISTORIA DE LA LEY N°20.720 (2014), pp. 1358-1359.

57 MAYER (2017), p. 270.

el legislador, como momento dentro de la estructura del delito, a la tipicidad.

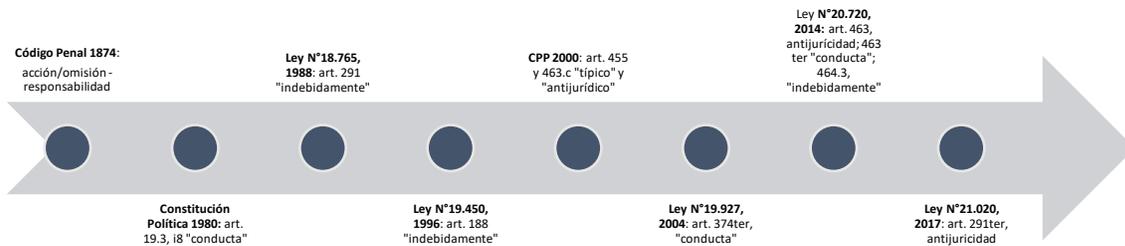


Figura 1: Introducciones legislativas de categorías y elementos de la teoría del delito germana.

Básicamente la *responsabilidad* no ha sido tan alterada con la nueva legislación. Además, la ciencia penal chilena continúa consignando una estructura no tan diferente a la apreciación del art. 1° del Código Penal español de 1848 y las observaciones de Pacheco, que, a su vez, se corresponden con las cuestiones clásicas de la culpabilidad, tales como, la inimputabilidad y el dolo.⁵⁸

Sin embargo, la Ley N°20.0480 del 18 de diciembre del 2010 introduce el actual art. 10.11 del Código Penal, la cual y para admitir la situación de las mujeres maltratadas que, posteriormente, son victimarias, es que se introduce el estado de necesidad exculpante o disculpante con base en el concepto de culpabilidad germana⁵⁹.

Por su parte, el término acción/omisión no tenía disputa en la legislación penal chilena sino hasta la Constitución Política de 1980 que introduce al ordenamiento jurídico penal, en su art. 19.3 inc. 8, el término “conducta” (“Ninguna ley podrá establecer penas sin que la *conducta* que se sanciona esté expresamente descrita en ella”), del cual la doctrina nacional ya había hecho la mención.⁶⁰ Dicho término es refrendado más tarde por la Ley N°19.927 del 2004 que la incorpora al Código Penal a través del nuevo art. 374 *ter*, y que luego y con la ley N°20.720 del 2014, adiciona al código del ramo el art. 463 *ter*, usa la “conducta” como una denominación general, y a la acción (N°1) y la omisión (N°2) como especificaciones y modalidades de aquella.

Pero el recién nacido concepto habría de encontrarse de entrada con un problema de contenido por razón de la antijuricidad introducida como elemento, según así lo vimos. El “daño” ha estado presente en el Código Penal desde siempre (arts. 10.4, 10.7, 141, 215, 235, 236, etc.), generalmente como un producto o resultado que agrava las consecuencias penales del acto. El concepto de daño se altera con las modificaciones legales, donde ya no opera como un resultado que agrava la penalidad, que es como había sido tratado por el Código

58 POLITOFF *et al.* (2004), p. 242.

59 HISTORIA DE LA LEY N°20.480 (2010), p. 8.

60 POLITOFF *et al.* (2004), p. 242.

Penal de 1874, sino que ahora operaría como un elemento dentro del injusto, por cuya virtud fundamentaría la punibilidad del hecho desde un plano no meramente normativo, sino para ser la norma leída desde la relación social (Ley N°20.236 del 2007 por el que introduce el 268 *quáter* N°4; Ley N°21.020 del 2017, introduce modificaciones al art. 291 *bis* y el art. 291 *ter*).

Ello podría dar pie a que pueda rastrearse el rudimento de una antijuricidad material. Si bien la antijuricidad material no es expresada o sugerida claramente por el sistema. Sin embargo, podríamos identificar algunas características. El art. 1° de la Ley N°20.000, expresa en su inc. 1° que las sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o síquica objeto de la ley penal, siendo ellas, las que son “capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud”. ¿Y si no producen efecto tóxico o daño? El inciso 2° se encarga de contestar: “Si se tratare de otras drogas o sustancias de esta índole que no produzcan los efectos indicados en el inciso anterior, podrá rebajarse la pena hasta en un grado”. Para nosotros, esta disposición estaría excluyendo una antijuricidad material tratándose de la Ley N°20.000. Y comprendemos que ha necesitado expresarlo, porque que el tejido normativo chileno subentendería la antijuricidad material para todos los otros casos, esto es, el *nullum crimen sine injuria*. Por lo que se podría decir, que, si bien en este caso podría ser una ley penal de características genéricas, y, por ende, una infracción *penal*, el delito en la Ley N°20.000, en cambio, tendrá característica de infracción de reglas administrativas. Lo que trae, además, como consecuencia, el que toda ley penal entendida como tal por su estructura, concibe al delito como damnificación. Un segundo elemento surge, además, el cual es introducido por el Código Procesal Penal del 2000, y que podría tener cabida dentro de la antijuricidad: el bien jurídico. Los arts. 241 y 351 introducen el término, y algunas cuestiones relativas, aunque mínimas, a su función. El art. 351 establece una relación directa entre delito y bien jurídico.

El art. 351 si bien se refiere al concurso homogéneo general⁶¹, se está reconociendo al bien jurídico como un elemento del delito. Y al prescribir los arts. 241 y 351 que los delitos “afectan” bienes jurídicos, podría dar paso a relacionar el bien jurídico con una antijuricidad material, al igual que las posiciones modernas de alguna doctrina en el sentido de intentar radicar, con menor o mayor importancia, en el bien jurídico las cuestiones relativas al daño⁶². Con ello y, por un lado, el bien jurídico sería dogmáticamente exigido para su inclusión en el análisis de la estructura general del delito, fuera de su función político-criminal⁶³; por otro lado, daño y bien jurídico se podrían relacionar dentro de esta estructura, tanto por cómo han sido descritas dichas relaciones en la antijuricidad por la ciencia penal⁶⁴, como por la relación que dogmáticamente podría hacerse, entre daño y objeto de damnificación penal.

2. Estructura subyacente del delito en el Código Penal chileno

61 BUSTOS y HORMAZÁBAL (2012), pp. 32 y ss.

62 ROXIN (1997), pp. 52 y ss.; JESCHECK y WEIGEND (2002), p. 226 y ss.; BUSTOS y CABALLERO (2002), pp. 51-66; HORMAZÁBAL (1991), pp. 127 y ss.

63 Sobre la doble perspectiva del bien jurídico en una faz político-criminal y dogmática, véase entre otros, MIR (2016), p. 36; LASCURAÍN (2007), pp. 119-163.

64 HORMAZÁBAL (1991), pp. 127 y ss.

2.1. El Código Penal español de 1848 y los comentarios de Pacheco como influencia declarada para el Código Penal chileno

La doctrina penal está conteste en señalar que el Código Penal español de 1848, es la principal fuente del Código Penal chileno, sobre todo, en lo concerniente a la definición de delito,⁶⁵ cuestión comprobable a través de la historia legislativa del código.

En efecto, así y en la sesión 2° de la Comisión Redactora del Código Penal en Chile, el Sr. Reyes propuso tener como base al Código Penal español antes que el Código Penal belga, ya que las costumbres nacionales eran más semejantes a las españolas que a las belgas.⁶⁶ Para la redacción de una definición de delito, se menciona, en una primera instancia, que se tendrá en cuenta el Código Penal español (Sesión 3°).⁶⁷ Esta afirmación podría llevar a confusión, toda vez que no se menciona a qué código específico se refiere, más aún que en la propia discusión se hace mención del Código Penal español de 1822. Sin embargo, se menciona que los incisos 2° y 3° se tomaran íntegramente para el art. 1° del Código penal chileno, y siendo que ellos son casi idénticos al Código Penal español de 1848, es este mismo la referencia directa para la redacción de dicho art. 1°.

Si bien existió en un principio discusión sobre la definición de delito, y en principio, motivación para elaborar una definición propia —de hecho, es el Sr. Reyes quien aporta la definición más parecida a la del Código Penal en su inc. 1° del art. 1° (“delito o falta es toda acción u omisión voluntaria castigada por la lei penal”) —, y donde aparece la palabra “voluntaria”⁶⁸—, conforme al resultado del texto del art. 1° del Proyecto en Sesión 121, se entiende que finalmente se optó casi íntegramente (salvo por la referencia del español a la inclusión de las faltas en su definición), por el inc. 1° del art. 1° del Código Penal español de 1848.

Tabla 1: Comparación entre Código Penal español 1848 y chileno

Art. 1°, Código Penal español 1848	Art. 1°, Código Penal chileno
“Es delito ó [sic] falta toda acción u omisión penada por la ley. Las acciones ú omisiones penadas por la ley se reputan siempre voluntarias, á no ser que conste lo contrario. El que ejecutare voluntariamente el hecho, será responsable de él, é incurrirá en la pena que la ley le señale, aunque el mal recaiga sobre persona distinta de aquella á quien se proponía ofender” ⁶⁹ .	“Es delito toda accion u omision voluntaria penada por la lei. Las acciones u omisiones penadas por la lei se reputan siempre voluntarias, a no ser que conste lo contrario. El que cometiere delito será responsable de él e incurrirá en la pena que la lei señale, aunque el mal recaiga sobre persona distinta de aquella a quien se proponia ofender. En tal caso no se tomarán en consideracion las circunstancias, no conocidas por el delincuente, que agravarían su

65 GARRIDO (2015), p. 250; IÑESTA (2006), pp. 295-296.

66 COMISIÓN REDACTORA DEL CÓDIGO PENAL CHILENO (1873), p. 248.

67 COMISIÓN REDACTORA DEL CÓDIGO PENAL CHILENO (1873), pp. 248-249.

68 COMISIÓN REDACTORA DEL CÓDIGO PENAL CHILENO (1873), p. 249.

69 CÓDIGO PENAL DE ESPAÑA DE 1848 (1848), *passim*; CÓDIGO PENAL VIGENTE (1907), *passim*.

	responsabilidad; pero sí aquellas que la atenúen.”.
--	---

Como puede apreciarse en la tabla 1, los textos del art. 1° del Código Penal español de 1848 y el del Código Penal chileno son casi idénticos en los dos primeros incisos, con la diferencia del llamado que hace el Código Penal español a las faltas, que no aparece en el Código Penal chileno. El inciso 2° es igual, y solo difieren en el inciso 3°, el cual, en la primera parte, solo se diferencian en la redacción de un mismo contenido (“El que ejecutare” / “El que cometiere”), y en la indicación de a qué se están refiriendo: mientras el Código Penal español habla aún de “hecho”, el chileno ya habla derechamente de “delito”. Esta modificación a indicación del Sr. Gandarillas fue para que la expresión “delito o falta (...) comprenda mejor todo aquello que es susceptible de pena que consista en un acto positivo, ya en una omisión”,⁷⁰ lo que implicaría que, en sustitución de la expresión “que ejecutare voluntariamente el hecho”, se prefirió una expresión con un alcance pragmático levemente diferente, y es, que se le refiera ya directamente a un delito, esto es, a lo que ya fue definido en el inciso 1°. La segunda parte del inciso 2° del código punitivo chileno, no existe en el español.

Ahora bien, la Comisión Redactora del Código Penal chileno en la sesión 2° ya había establecido una relación entre el Código Penal español de 1848 como fuente principal de redacción y su comentarista principal como lo fue Pacheco, de tal modo que, la ventaja de usar como fuente el Código Penal español de 1848 traería como beneficio añadido los comentarios de Pacheco, los cuales “servirían inmensamente para ilustrar la materia”.⁷¹

Cabe señalar que Pacheco, contrariamente a lo que expresa Labatut —error que por lo demás fue introducido por Silvela y antes por Lastres⁷²—, no redactó el Código Penal español, sino Manuel Seijas Lozano, principalmente; y José María Clarós en un segundo nivel.⁷³ “Numerosos autores —señala Hierrezuelo— han exagerado la participación de Joaquín Francisco Pacheco Gutiérrez en la elaboración de este código, pero en realidad tal paternidad fue consecuencia del enorme prestigio alcanzado por éste, con posterioridad a la promulgación del mismo, por sus comentarios al Código Penal”.⁷⁴ Por su parte, la mayor influencia para el Código Penal habría sido la del penalista Pellegrino Rossi.⁷⁵

Sin embargo, es la propia Comisión Redactora del Código Penal chileno la que está validando como fuente interpretativa las opiniones de Pacheco del Código Penal español de 1844. Por lo que su participación o no en la redacción del Código Penal español de 1844, es, para este caso, irrelevante.

2.2. Los comentarios al art. 1° del Código Penal español de 1848 efectuados por la doctrina española

70 COMISIÓN REDACTORA DEL CÓDIGO PENAL CHILENO (1873), p. 459.

71 COMISIÓN REDACTORA DEL CÓDIGO PENAL CHILENO (1873), p. 248.

72 CANDIL (1975), p. 440; IÑESTA (2011), p. 20.

73 CANDIL (1975), MARTÍNEZ (2008), pp. 425-464, IÑESTA (2011), p. 20; IÑESTA (2016), pp. 209-230.

74 HIERREZUELO (2011), pp. 702-706.

75 VÁZQUEZ (1998), p. 32; IÑESTA (2006), pp. 295-296.

La escuela clásica, cuyo fundamento principal es la libertad del sujeto, influyó de algún modo en el Código Penal de 1848 y en los comentaristas del código de 1848.⁷⁶ De hecho, la base de la culpabilidad en su sentido clásico se encuentra afincado en el concepto de la libertad humana.⁷⁷ Esto es así desde que dichos principios liberales eran doctrina para Manuel Seijas Lozano y José María Clarós.⁷⁸ Rossi, si bien fue ecléctico, conservaba la base liberal de su pensamiento.⁷⁹ El mismo Pacheco al ser “doctrinarista”, su raíz doctrinaria última era la liberal,⁸⁰ que, de hecho, se demuestra en todos sus escritos.⁸¹ Dicho principio lo expresa sin ambages: “La voluntad humana, y el libre albedrío que constituye su naturaleza, son los fundamentos de la justicia: sin esa libertad que la inspira y la caracteriza, la penalidad sería el más horrible de todos los absurdos (...) Sin la voluntad, sin la libertad, el mundo y las leyes son inconcebibles”.⁸² Por ende, la concepción liberal atravesaría toda la sustancia del Código Penal español de 1848, donde el concepto de libertad del sujeto es la doctrina esencial.

Es en esta fragua que se desarrollan los comentarios doctrinarios a dicho Código Penal. Por ejemplo, para Pacheco el art. 1º el Código Penal español de 1848, tiene una importancia central, ya que, fuera de la clasificación de los delitos, entiende el autor que el art. 1º contiene todos los aspectos que brinda el Código Penal: “bien podía llamarse á todo él [Código Penal] un comentario de su art. 1º”.⁸³

Respecto de la expresión “acción u omisión” del texto positivo español, Pacheco comprende que se refiere a dos cosas: a) la de obrar en contra de una ley prohibitiva; b) la de cometer un hecho “perjudicial”. La omisión, por su parte, supone para el autor otras dos cuestiones: a) no cumplimiento de leyes “preceptivas”, esto es, imperativas; b) aquellas que “damnifique a la sociedad o al individuo, no haciendo”.⁸⁴ Ambas conductas (acción y omisión) así, tendrían un doble alcance o sentido: a) uno normativo, en que resulta la infracción de una ley —“hacer cuando no se debe, ó [sic] por no hacer cuando es debido”⁸⁵—; b) uno social no necesariamente normativo, esto es, de daño. Además, la acción y la omisión son “cosas externas, cosas que se refieren al hombre (...) en la esfera de sus actos”, y ello implicaba, “no los intentos, no las ideas (...) sino las acciones ó [sic] omisiones efectivas y reales”.⁸⁶ Con lo que fuera de excluir las cogitaciones (cumpliendo así el requerimiento de Ulpiano de *cogitationis poenam nemo patitur*) y cierta exteriorización irrelevante, delimita el campo a

76 MASFERRER Y SÁNCHEZ-GONZÁLEZ (2014), pp. 213-274.

77 PACHECO (1853), pp. 56-58; VIADA y VILASECA (1874), p. 5.

78 SEIJAS, (1841), p. III y ss.; CLÁROS (1865), p. IV y ss.; IÑESTA (2006), pp. 295-296; FERNÁNDEZ y PAU (2007), p. 5; MARTÍNEZ (2008), pp. 425-464.

79 IÑESTA (2006), pp. 295-296.

80 IÑESTA (2006), pp. 295-296. Igualmente revítese ROSSI (1839), p. 10.

81 Así por ejemplo, la concepción de la dignidad del hombre y de la contraposición de los derechos del individuo frente a los derechos del Estado; el derecho individual como principio del derecho y como filosofía triunfante; la libertad del ser humano como una necesidad y un bien, como un derecho inalienable e imprescriptible (PACHECO (1881), p. 16, 19-20, 206 y 42).

82 PACHECO (1881), p. 18.

83 PACHECO (1881), p. 75.

84 PACHECO (1881), p. 72.

85 PACHECO (1881), p. 72.

86 PACHECO (1881), pp. 71-72.

aquellos hechos con cierta capacidad de modificación o efecto en el mundo (independiente si es físico o social). Mismo sentido le atribuye Viada y Vilaseca, quien expresa (probablemente siguiendo a Pacheco) el carácter de las leyes prohibitivas/preceptivas para la acción y omisión, respectivamente, y de cómo deben exteriorizarse.⁸⁷

En cuanto al término “voluntaria”, en los proyectos de ley de Seijas —quien es entendido por algunos como el principal redactor del Código de 1848⁸⁸—, lo relacionan con la libre capacidad de decisión del sujeto.⁸⁹ Pero además el término “voluntaria”, en aquellos proyectos, se encuentran relacionados con el término “malicia”, dado a que, en una misma proposición dentro de las disposiciones legales, ambas permanecen unidas a través de la disyunción “o”,⁹⁰ disyunción que, conforme al contexto de las disposiciones de los proyectos, es inclusiva, no exclusiva.

Para Pacheco, el término “voluntaria” responde a más de una idea: se refiere a un “principio muy complejo”, en la que existen diferentes nociones donde todas apuntan a la “eminente región de las razones y las causas [de los hechos]”.⁹¹ “Diciéndose acto voluntario -señala Pacheco-, se dice acto libre, acto inteligente, acto intencional (...) Solo el completo de ellos constituye la esencia del acto humano, del acto *responsable*” [el resaltado es nuestro].⁹² En Pacheco y para conceptualizar “voluntaria”, se exigirían tres requisitos de lo voluntario: libertad (voluntad), inteligencia e intención, las cuales eran comprendidas en una sola palabra: “voluntad”. “Por la voluntad es por lo que la desgracia se eleva á delito”.⁹³

¿Qué no era para Pacheco, dentro del concepto “libertad”, algo “voluntario”? No es libre o voluntario el acto efectuado en *vis absoluta* y en *vis compulsiva*. En sus palabras: “La acción que no es libre, la acción que no ha sido resuelta espontáneamente por el que la ejecuta, la acción que le ha sido impuesta por una fuerza de que no ha podido libertarse, no es, de seguro, una acción voluntaria. La coacción y la violencia *materiales* embargan y extinguen la voluntad (...) ¿Sucede lo mismo con la coacción y la violencia *morales*? También puede suceder”.⁹⁴ Significaría que tanto los llamados actos involuntarios, como la inexigibilidad de otra conducta, formarían parte del análisis en lo “voluntario” para el autor. Sobre esto último, vuelve a reforzar aún más la idea: “No cabe idea [sic] de intimidación, cuando no puede impedirse con ésta que se obre de cierto modo; y no puede ponerse tal impedimento, cuando no hay dos modos de obrar, ni elección para seguir perfectamente el uno”⁹⁵.

Pero al igual que el término “voluntaria” sería, libre, en este sentido, lo es el de “inteligencia” en tanto *razón o entendimiento*, por lo que “el estúpido y el delirante no cometen hechos voluntarios”⁹⁶. Por lo que, en términos modernos, requeriría imputabilidad para actuar con

87 VIADA Y VILASECA (1874), p. 5

88 IÑESTA (2006), pp. 295-296.

89 SEIJAS (1841), p. 29, 34, 220, 258, 344 y 368.

90 SEIJAS (1841), p. 22, 202, 295.

91 PACHECO (1881), p. 73.

92 PACHECO (1881), p. 75.

93 PACHECO (1881), p. 79.

94 PACHECO (1881), p. 73. Énfasis añadido.

95 PACHECO (1881), p. 73.

96 PACHECO (1881), p. 73.

“voluntad”. Entre ellos se encuentran las acciones en las que no existe inteligencia, y, por ende, voluntad, como el loco, el cual es irresponsable, y el menor, a quien falta discernimiento y, por ende, una comprensión imperfecta.⁹⁷ No entran los casos de sonambulismo, en los que no hay acción voluntaria y se descartan conforme al art. 1º.⁹⁸

Para referirse al elemento “intención”, interpreta además el Código Penal español de 1822, el que en su art. 1º y para definir delito señalaba “Comete delito el que libre y voluntariamente y con malicia”.⁹⁹ Pacheco observa como redundante el uso del término “malicia”, ya que “bajo la idea compuesta de la voluntad, entra ese elemento”,¹⁰⁰ por lo que lo que el código de 1822 llama “malicia”, el Código de 1848 lo llama “voluntad”.¹⁰¹ “Intención” estaría referido entonces y también a “malicia” o dolo.

Para los casos en que no existiría “intención” cita el ejemplo del cazador que hierra y mata a su amigo. De hecho, esto lo expresaría como “el que obraba con un fin lícito, y á [sic] quien accidentalmente ocurrió la desgracia de dañar á [sic] otro”,¹⁰² lo que nos dirigiría al art. 8.8 del Código Penal español comentado: “El que con ocasión de ejecutar un acto lícito, con la debida diligencia, causa un mal por mero accidente, sin la menor culpa ni intención de causarlo”.¹⁰³ Esto se expresaría en lenguaje actual de la ciencia penal, como error de tipo, al menos, una clase de error de tipo en Pacheco. Ello porque el autor, establece algunas otras distinciones, al abordar algunos casos sobre el error, a partir del inciso 3º del art. 1 del Código en comento, el cual señalaba: “El que ejecutare voluntariamente el hecho, será responsable de el [sic], é [sic] incurrirá en la pena que la ley señale, aunque el mal recaiga en persona distinta de aquella á [sic] quien se proponía ofender”.¹⁰⁴ En relación con éste, Pacheco expone un conjunto de al menos, tres casos de error, bajo la siguiente reflexión: “hay delito cuando la intención del agente se dirigió contra una persona, y su acción recayó en persona distinta. No es pues, indispensable, según la ley, la *completa concordancia de la intención y el hecho*”.¹⁰⁵

En el primer caso, la identidad del sujeto pasivo del delito es equívoca en iguales calidades: la muerte, el robo o la injuria provocada a uno, en vez de a otro. En estos, la pena no ha de variar, ya que la acción es la misma con idéntico objeto, no cambiando “en nada la naturaleza del hecho en sí”.¹⁰⁶ Estos casos son los que expresaría el inciso recién expuesto.

En el segundo caso se estilan errores como dar muerte al padre siendo un extraño a quien se ha querido matar, se ha querido herir a quien nos ha provocado y se hiere a otro que nada nos ha hecho, se ha querido tomar el dinero del padre y se ha tomado el de otra persona, “la acción, en todos estos casos, ha sido más grave que la intención. El acto que esta se proponía,

97 PACHECO (1881), pp. 131-144.

98 PACHECO (1881), p. 136.

99 Código penal español de 1822 (1822).

100 PACHECO (1881), p. 136.

101 PACHECO (1881), p. 81.

102 PACHECO (1881), pp. 74-75

103 CÓDIGO PENAL ESPAÑOL DE 1848 (1848), *passim*; CÓDIGO PENAL VIGENTE (1907), *passim*.

104 CÓDIGO PENAL ESPAÑOL DE 1848 (1848), *passim*; CÓDIGO PENAL VIGENTE (1907), *passim*.

105 PACHECO (1881), p. 81. Énfasis añadido.

106 PACHECO (1881), pp. 81-82.

ó no era *culpable*, ó infería una responsabilidad mas lijera [sic] que la del acto que se consumó” [el resaltado es nuestro].¹⁰⁷

En el tercero de los casos, los errores corresponden a casos contrarios a los anteriores: queriendo robar a otro, se roba dinero del padre, se quiso matar a un extraño y se mató a quien nos robaba, se quiso cometer un parricidio y se ejecutó un homicidio. “La acción fue ménos [sic] grave que la intención. La acción tal vez no fué [sic] *culpable*, mientras que la intención evidentemente lo era”.¹⁰⁸

Estos dos últimos casos, para Pacheco, no estarían regulados por el Código Penal, por lo que “es necesario no perder de vista los axiomas que se deducen de la definición del delito”.¹⁰⁹ Para su resolución recurre a los dos elementos que entiende fundamentales en el delito: la acción/omisión (hecho) y la voluntad (intención). Ambos deben existir para entender cometido el delito, de tal modo que, si falta uno u otro, no lo habría: el que creyó tomar dinero del padre y lo tomó de un extraño, no robó por faltar la voluntad; el que creyó tomarlo de un extraño y lo tomó de su padre, tampoco robó, por faltar la acción. Si se mata a un extraño, creyendo ser el padre, “habrá cometido un parricidio frustrado, pero solo un homicidio real. Quien mata á su padre, creyéndole otro, tampoco es más que un homicida”.¹¹⁰ Todos estos casos habrían de solucionarse según lo siguiente: “Para todo hecho punible se necesita (...) la intención y la acción. Solo será igual la *responsabilidad*, cuando sean cosas iguales lo intentado y lo ejecutado”.¹¹¹

Viada y Vilaseca, por su parte, expresa: “La *voluntariedad* de la acción es un *totum* complejo: su primer elemento es la *libertad*: sin esta no puede haber nunca delito (...) El segundo elemento de la voluntad es la *inteligencia*”.¹¹² El autor sostiene que el término “voluntaria”, contiene tres clases de voluntad: “la libertad que consiste en la libertad de obrar, la voluntad que se deriva del conocimiento ó inteligencia de que la acción ú omisión es lícita, y la voluntad que consiste en la malicia o intención de causar el mal que del hecho u omisión resulta”.¹¹³ Así, contraria a la voluntad sería la violencia y la coacción física como moral. También es contraria a la voluntad “que proviene de la inteligencia, la ignorancia y el error que no son imputables, que provienen de causas independientes de la voluntad del agente, como la falta de edad, la demencia o la enfermedad que destruye ó suspende el ejercicio de las facultades intelectuales, el error acerca del hecho, etc. [sic]”.¹¹⁴

Ahora, y tratándose de la expresión del art. 1º, “penados por la ley”, Pacheco señala que el hecho de ser “penados por la ley (...) lo que se prohíbe por estas [leyes penales] con la oportuna sanción, ó [sic] delito ó [sic] falta, es: en retorno no puede darse ninguno de esos nombres á [sic] lo que no esté contenido, vedado, penado por tales leyes”.¹¹⁵ Mismo sentido

107 PACHECO (1881), p. 82.

108 PACHECO (1881), p. 82. Énfasis añadido.

109 PACHECO (1881), p. 82.

110 PACHECO (1881), pp. 82-83.

111 PACHECO (1881), p. 83. Énfasis añadido.

112 VIADA Y VILASECA (1874), pp. 5-6. Énfasis añadido.

113 VICENTE Y CARAVANTES (1851), p. 4.

114 VICENTE Y CARAVANTES (1851), p. 4.

115 PACHECO (1881), p. 72.

proporcionaba al texto Viada y Vilaseca, al señalar “es precisa condición que el hecho esté previsto y penado en el Código para que constituya delito”.¹¹⁶

2.3. Estructura del delito inferida del art. 1° del Código Penal Español de 1848-50 según la interpretación de los comentaristas. La estructura ordinaria del delito

Respecto a las opiniones de Pacheco, en general otros comentaristas en España no se alejaban mucho de los argumentos de aquel,¹¹⁷ por lo que podríamos decir que es una inferencia dogmática estándar del art. 1° del Código Penal español de 1848-50 a la época de su dictación.

Es posible inferir del razonamiento de Pacheco, una cierta estructura del delito, la cual consiste en un circuito normal de ocurrencia, que él denomina como “ordinaria”, y un plano de “excepciones” al esquema anterior: “el hombre es un ser inteligente, reflexivo y libre, pues la coacción y la falta de intento ó [sic] de juicio, son situaciones *excepcionales*; claro está que los primero es lo que de *ordinario* ha de presumirse, porque es lo que de *ordinario* sucede”.¹¹⁸ Esta visión es derivación de la base liberal que en el código subyace según la construcción de Seijas, y que se refleja, normativamente, en la apertura del Código, esto es, en la presunción del carácter voluntario de la acción, conforme al inc. 2° del art. 1° del Código Penal español de 1848-50. Conforme a lo dicho, denominaremos a esta estructura, como *estructura ordinaria del delito*.

Como pudo comprobarse, la observación de Pacheco sobre la acción (omisión), es que ella consiste en una doble cuestión, esto es, que es infracción normativa (norma prohibitiva/norma imperativa) y a la vez un perjuicio o daño. Esto es, que la acción contiene una alteración en el plano normativo y en el plano social, por decirlo de algún modo. Por eso es catalogada por Pacheco como el aspecto “externo” al sujeto, o la externalidad a la que se refiere Viada y Vilaseca. Pero no era entendida como cualquier acción, puesto que debía ser de aquellas “penadas por la ley”, en el sentido de especificarse por la ley las acciones/omisiones entendidas como infracción a la ley, y no cualquier clase de acción/omisión. De ahí que, y desde ese punto de vista, la referencia de “acción u omisión” en la definición del Código Penal español de 1848-50 bastaba como descripción de la conducta. Dicho de otro modo y en términos de la ciencia penal germana, la acción/omisión, en el esquema de los comentaristas, absorbía y contenía la *tipicidad* y la *antijuricidad*.

116 VIADA Y VILASECA (1874), p. 6.

117 Por ejemplo, con menor detalle se encuentra la interpretación del art. 1° Código Penal español de 1848, de Tomás María de Vizmanos y Cirilo Álvarez Martínez, en un sentido similar a PACHECO, según los cuales el delito definido por el Código como un hecho humano (“no es mal del acaso”), realizado con dolo (“intención”), y en una situación de exigibilidad de otra conducta (“libertad de no cometer aquella acción mala”). VIZMANOS y ÁLVAREZ (1848), p. 6. En relación con la presunción de voluntaria del inc. 2° del Código punitivo citado, se señala: “Como el hombre generalmente obra con entera voluntad, conocimiento y libertad; natural es que la ley le reputa culpable mientras no acredite que le ha faltado la voluntad...”: SARDÁ y BACARDÍ (1848), p. 13. En materia de error, también se agrega: “Así el que pretendiendo matar á [sic] su madre, matase á otra persona sería reo de homicidio pero no de parricidio. Así el que creyendo hurtar á [sic] su padre, lo cual no es acto punible según el Código, hurtase a un extraño [sic], no es reo de hurto, porque no hubo intención de cometer un acto que la ley castigue”: SARDÁ y BACARDÍ (1848), p. 13.

118 PACHECO (1881), p. 80. Énfasis añadido.

A lo “voluntario”, Pacheco también denomina como “intención”, “acto culpable”, “acto responsable” o simplemente “responsabilidad”. A dicha esfera la constituye la “libertad”, en el que se analizan los actos involuntarios, la *vis absoluta* y la *vis compulsiva*, todos actos donde, conforme a los comentaristas, falta la libertad en el actuar, que más tarde la ciencia penal germana denominaría exigibilidad de otra conducta. Igualmente la constituye la “inteligencia”, la que integra a la llamada por la escuela clásica italiana como *imputabilidad*. Otra región habría de ser la “intención”, en la que la integra la malicia o dolo. Todo esto queda claramente expresado de modo sintético por Viada y Vilaseca, como ya revisamos. Esto implica que la idea de los comentaristas sobre este “momento”¹¹⁹ expresado en lo *voluntario*, no es diferente al concepto de culpabilidad germano, sobre todo en su versión clásica.¹²⁰

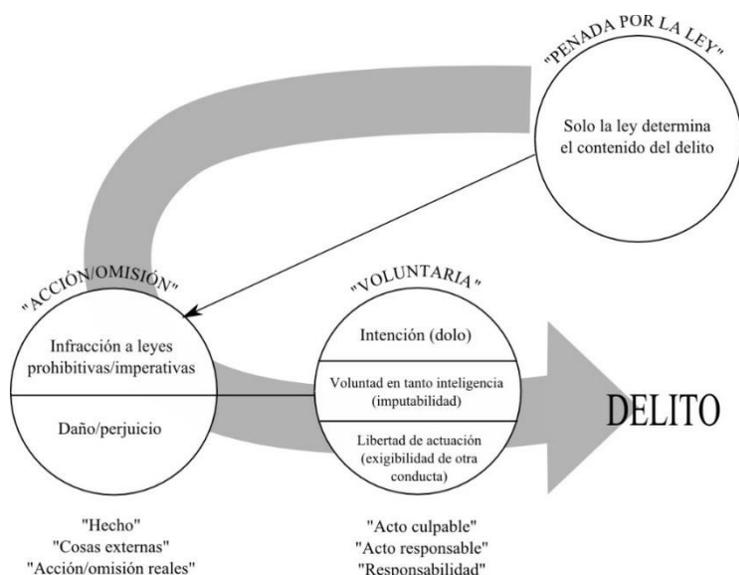


Figura 2: Estructura "ordinaria" del delito según comentaristas del Código Penal español 1848-50

Así, existiría una región que explica la acción/omisión, y otra región explicaría por qué el sujeto actuó u omitió. Ahora, los casos de excepción que el mismo Código Penal plantea bajo el rótulo de “circunstancias que eximen de responsabilidad criminal”,¹²¹ Pacheco los sitúa dentro de la “intención”, “voluntad”, “responsabilidad”. Tales circunstancias son el resultado de casos en que existen consideraciones de derechos y deberes “que se levantan las unas en

119 BUSTOS (1994), p. 91.

120 Como se sabe, la *vis absoluta* y la *vis compulsiva*, los actos involuntarios, como el sonambulismo, serían parte del análisis de lo “voluntario”, y ellas excluyen responsabilidad penal por falta de voluntad. Se diferencia así del esquema germano causalista/neocausalista que separaba estos elementos, para ser discutidos los actos cometidos bajo *vis absoluta* y los actos involuntarios en la acción, y los actos cometidos bajo *vis compulsiva*, en la culpabilidad, para en los primeros no existir acción, a diferencia de los segundos en que no existía culpabilidad. En cambio, en los casos de error de tipo, para los comentaristas habría falta de intención, como sinónimo de malicia (dolo).

121 Código penal español de 1848, art. 8; Código penal vigente (1907), art. 8.

frente de las otras, y se combaten y se destruyen entre sí. Hay derechos opuestos á [sic] derechos; hay obligaciones que disputan la primacía á [sic] otras obligaciones”, los cuales, “impedirán que sea delito, lo que lo hubiere sido sin ellas”.¹²²

De algún modo podemos graficarlo como la regla general y la excepción.

Tabla 2: sistema de regla general/excepción en el Código Penal español 1848-50.

<i>Regla general</i>	<i>Excepción</i>
Dolo (intención): art. 1º.	Causa mal por mero accidente sin intención (art. 8.8).
Voluntad (inteligencia): art. 1º.	Loco y niño (art. 8.1 y 8.2); Sonambulismo (art. 1º).
Voluntad (libertad de actuación/libre de coacción): art. 1º.	<i>Vis absoluta</i> (art. 1º); Fuerza irresistible y miedo insuperable (art. 8.9 y 8.10).

En los casos de error planteados por Pacheco, una clase de ellos lo hemos ya incluido anteriormente, en aquellos descritos por el art. 8.8 del Código Penal español de 1848-50, el que solo considera una exención de responsabilidad penal y, por ende, sin culpa, aquel que es resultado del acaso.¹²³ En el mismo sentido razona Viada y Vilaseca, quien excluye de la voluntad, los actos no intencionales, entre los que se cuenta el que podríamos señalar como error de hecho, y los actos de los exentos de responsabilidad criminal, uno u otro “elemento” de los que el autor señala que constituyen la voluntad.¹²⁴ Vicente Y Caravantes, por su parte, entiende que, en estos casos de yerro, falta la voluntad de delinquir, esto es, la voluntad dolosa, no debiendo ser considerado como un hecho culposo.¹²⁵ Pero no dice que tratamiento habría de dársele. En ese mismo sentido Gómez De La Serna y Montalbán.¹²⁶ Siendo así, el error de hecho habría integrado como elemento de análisis, siendo parte de la “inteligencia” y parte de la “intención”, el cual podría ser equivalente al error de tipo germano.¹²⁷

2.4. Visión general sobre la estructura del delito expuesta

A grandes rasgos, la estructura que presenta Pacheco del Código Penal español y a través de su art. 1º, es de un sistema bipartito: la acción (omisión) y la voluntad. Y básicamente el Código Penal español de 1848-50, conforme al propio código y al análisis dogmático del resto de los comentaristas expuestos, representa una estructura más o menos clásica en relación con el sistema dogmático germano (incluso, del anglosajón), con particularidades. Pero podría ser apreciado como un sistema bipartito, asemejable a otros sistemas como el clásico bipartido germano¹²⁸ y como el sistema clásico anglosajón constitutivo de dos

122 PACHECO (1881), pp. 127-128.

123 PACHECO (1881), p. 107. Si bien PACHECO no situó el ejemplo del cazador que hierra y mata a su amigo en las que falta la intención, y no en los casos del art. 8.8, por los dichos en que explica tal ejemplo, utilizando prácticamente de forma idéntica las palabras del artículo comentado según ya vimos, éste sería uno de los casos de error contemplados por el art. 8.8, y, por ende, excepción a la regla general que expresaría la estructura “ordinaria” del delito del Código Penal español de 1848.

124 VIADA Y VILASECA (1874), pp. 6-7 y 18 y ss.

125 VICENTE Y CARAVANTES (1851), p. 8.

126 GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALBÁN (1886), pp. 14-15.

127 JESCHECK Y WEIGEND (2014), p. 426 y ss.

128 AMBOS (2010), p. 6.

momentos como el *actus reus* y el *mens rea*,¹²⁹ con subestructuras internas relativamente diferenciadas.

En resumen y dicho bajo las categorías modernas del derecho penal, acción/omisión tienen por contenido la “tipicidad” y la “antijuricidad”, al menos como partes identificables, y la voluntad, significaría la exigencia positiva del dolo, y la exigencia negativa o de exclusión de la *vis absoluta* —modernamente, casos de actos involuntarios o ausencia de acción—, de la “inexigibilidad de otra conducta”, de la “inimputabilidad”, y del “error de tipo”.

La afirmación de que el art. 1° del Código Penal español de 1848-50 no contenía todos los elementos del delito, como lo es la antijuricidad y la culpabilidad,¹³⁰ como puede notarse, no es tan cierta. Por el contrario, y según lo revisado, entendemos que constituye un sistema bastante particular, donde la acción no se centraba en una actividad física del sujeto, como lo reflejaba el causalismo germano, sino que el centro estaba en el hecho en sí mismo, en su carácter normativo y su efecto social como lo es el perjuicio o daño, reservando las cuestiones propias del sujeto a otra fase, como lo es el de la “voluntad” o “responsabilidad”. Considerando esto, la acción podría haber tenido mucho más contenido *social* que naturalístico, a diferencia del sistema clásico germano.

El tipo penal, obviamente y por la teoría del tipo penal formulada recién en 1906 al modo concebida por Beling, no formaba parte de este sistema. La idea de algún modo se encontraba reposando en lo expresado en el art. 1° del Código Penal español de 1848-50, “penado por la ley” como se clarificó más atrás, lo cual era entendido por Pacheco como el que las acciones/omisiones debían estar contenidas en la ley para encontrarnos ante un delito. Lo mismo en el caso de Viada y Vilaseca que exige que esté “previsto” por la ley, no solo “penado”. La máxima latina de *ubi non est lex nec praevaricatio* usada por Viada y Vilaseca, podría cobrar significado dentro de la definición de delito como un equivalente a la tipicidad.¹³¹ Así también fue entendido posteriormente por la doctrina nacional.¹³²

Las causas de justificación se consideran estrictamente fuera de la estructura del delito y como una excepción, como es del caso del sistema clásico anglosajón,¹³³ y a diferencia del sistema germano que las integra en la antijuricidad como un momento aparte, como se señaló más atrás. Pero no debe perderse de vista que la estructura ordinaria del delito ya contenía la idea de daño en la acción/omisión, que da pie a pensar en las semejanzas con la antijuricidad material para el esquema de Liszt, sobre todo, para las concepciones teóricas de la ciencia penal germana posteriores al llamado “proyecto alternativo” de Código Penal alemán de 1966 que miraron nuevamente a Liszt.¹³⁴

En efecto, y según la interpretación de Pacheco en torno al Código Penal español de 1848,

129 GARDNER y ANDERSON (2017), pp. 10-15; MOORE y WORRALL (2017), pp. 5-28; PODGOR *et al.* (2017), pp. 10-30; SAMAHA (2017), pp. 5-7; SCHMOLESKY (2017), pp. 5-16.

130 HIERREZUELO (2011), pp. 702-706; IÑESTA (2006), pp. 295-296.

131 VIADA Y VILASECA (1874), p. 18 y ss.

132 CURY (2005), p. 245.

133 KAPLAN *et al.* (2008), p. 10 y ss.; DUBBER (2002), p. 5 y ss.

134 ZUGALDÍA (1995), p. 11.

tal problema consiste en que la fase de la acción contenía el daño o perjuicio, fuera de constituir normativamente la infracción a la ley penal prohibitiva/imperativa. Y es entendible, desde que como sistema bipartito y siendo la acción el elemento “externo”, no es si no aquí donde debiera radicarse. Esta habría de ser la herencia para el Código Penal chileno, según advertimos. Pero en razón que esta bipartición se quiebra para dar lugar a la antijuricidad, el contenido de la acción/omisión habría de comenzar a reducirse. Ello porque al introducirse la antijuricidad y la tipicidad, ha de ser aquél, por orden sistemático, quien habría de contener, eventualmente, los elementos de análisis para el daño. Por lo que, desde la aparición de la antijuricidad, el contenido relativo al daño se desplazaría hasta dicha antijuricidad.

Por su parte, la *voluntad, responsabilidad, acto culpable o acto responsable* sería equivalente a la “culpabilidad” del sistema clásico germano en su versión Liszt-Beling, y se asemejaría al *mens rea* del sistema anglosajón, como ya se mencionó anteriormente. Aun la posición del dolo permanecía en esta fase, como al igual que en el sistema clásico germano se le radicaba en la culpabilidad. Y existía una diferencia entre la intención y la inteligencia, como lo es en algún sector de la doctrina anglosajona que distingue para la estructura del delito estas cuestiones.¹³⁵

La nomenclatura que se relaciona normalmente con las características que apuntaba la doctrina española para la interpretación del art. 1º del Código Penal español de 1848-50 como, “responsabilidad”, “acto culpable”, el Código Penal chileno indica como un momento final, en la referencia de “voluntario”. Pero el propio art. 1º contiene en su inciso 3º la expresión “El que cometiere delito será *responsable* de él”. Por ende, esta terminología (y con ella, más de veinte referencias en el cuerpo del Código Penal), podría haber aportado cierta terminología y/o momento dentro de la estructura general en el Código Penal. Lo que implica que la denominación de “culpabilidad”, no tendría ningún sustento en el texto de la ley penal chilena primitiva, sino solo en la ciencia penal alemana.

Al tratar el problema de la ubicación sistemática del dolo en el esquema original de la estructura del delito en el Código Penal chileno, el dolo se ubicaba en la responsabilidad, específicamente, en la intención. En cuanto a un equivalente al “error de tipo” en la doctrina germana, y a la culpa, ya Pacheco había dado luces de su tratamiento en esta sección, sobre todo del equivalente al error de tipo. Se puede exhibir este detalle cuando se hace alusión a su ejemplo del cazador¹³⁶. En el seno de la Comisión Redactora y ante la discusión del actual art. 10.8 del Código Penal, en el proyecto de código básicamente se acoge el art. 8.8 del Código Penal español, aunque se elimina la referencia a “sin la menor intención de causarlo, por considerarse redundantes e incluidas en las que preceden”.¹³⁷ Con lo que el art. 10.8 del Código Penal no altera el núcleo básico del art. 8.8 del Código Penal español, manteniendo la semejanza y similitud. Siendo así, el art. 10.8 del Código Penal subentiende la falta de intención en la ejecución del acto, y al hacer esto, podría estar considerando los casos de causación de un resultado delictivo (mal) con ausencia de intención, por yerro, como el

135 MALLE y NELSON (2003), pp. 563--580.

136 PACHECO (1881), pp. 74--75

137 Sesión 121, 24 marzo 1873, en referencia a Sesión 6º, 10 mayo 1870. COMISIÓN REDACTORA DEL CÓDIGO PENAL CHILENO (1873) p. 254 y p. 465.

ejemplo del cazador (error de hecho), o sea, en términos germanos, un error de tipo, al menos, de esta versión específica de error de tipo.

Así, este art. 10.8, podría ser un punto de inflexión que ilustra el tratamiento general de estos elementos. El código ternario que subyace en la disposición, “accidente/negligencia/intención”, fuera del código binario “lícito/ilícito”, se podría traducir en operar como filtro, dejando fuera los casos de error de tipo, y considerar los actos lícitos negligentes con resultados delictivos (la “ignorancia culpable” del art. 329 del Código Penal) y los ilícitos negligentes (art. 330 del Código Penal). Estos últimos nos conducen a la culpa y al cuasidelito si es penado por la ley (arts. 2, 10.13, 490 y ss. del Código Penal, y los cuasidelitos expresamente penados en cada tipo). Pero además a aquellos casos en que no existe ni accidente, ni culpa, el acto cometido solo podría ser intencional (art. 270: “Los que hubieren roto intencionalmente los sellos puestos por orden de la autoridad pública...”, ya que la rotura pudo haber sido culposa o accidental; art. 334: “El que intencionalmente interrumpiere la comunicación telegráfica...”).

Sin embargo, las incorporaciones de la tipicidad y de la antijuricidad por las introducciones efectuadas por la legislación penal posterior, ante la existencia del art. 10.8, plantean un problema sobre la ubicación sistemática del filtro normativo que representa esta disposición. Ante la existencia de la estructura ordinaria del delito, no presentaba tanto problema, por encontrar solo dos “momentos” temáticamente muy diferentes, como la acción/omisión y la responsabilidad (“voluntad”). Pero la necesaria migración del daño de la acción/omisión, y la tipicidad como exigencia posterior de la conducta y “momento” anterior a la antijuricidad, impedían el tratamiento del “acto lícito” del art. 10.8 en la responsabilidad, ni después de la antijuricidad. Con lo que su ubicación en la responsabilidad ya no se hace posible.

3.5. Sobre el término “voluntaria” del art. 1° del Código Penal chileno

El término “voluntaria” del art. 1° del Código Penal chileno, alude a un complejo que es mucho más extenso en su significado que solo ser un sinónimo de dolo. Así, y en Pacheco y de la mano del Código Penal español de 1848-50 pudimos comprobar cómo el término “voluntaria” alude a una serie de cuestiones, entre ellas a la intención y/o dolo, la libertad y la ausencia de coacción, la inteligencia y el entendimiento en la licitud del comportamiento, todas las cuales forman parte de una fase o elemento en la estructura del delito del Código Penal español de 1848-50, como lo sería la “voluntad”, el “acto culpable”, el “acto responsable” o la “responsabilidad”, según el verbo de Pacheco.

De acuerdo con ello, y en razón que el art. 1° del Código Penal chileno hace uso del término “voluntaria” dentro de una idéntica estructura sintáctica, semántica, y que se les trata con idénticos significados pragmáticos que el del Código Penal español de 1848-50, debiese aplicarse para el Código penal chileno el mismo análisis.

Por otro lado, los argumentos de Novoa basados en la historia de la ley para abrazar la tesis del dolo, no nos parecen convincentes. En efecto, y en la Sesión 117 se intenta retomar la discusión por el Sr. Rengifo, sobre lo innecesario de una definición de cuasidelito, ya que el inciso 1° del art. 1 ya contendría una definición de cuasidelito, entendiendo que la palabra

“voluntario” se aplicaba tanto al dolo como la culpa. “La palabra “voluntaria” —señala Rengifo— solo significa acción u omisión libre, ejecutada sin coacción o necesidad interior (...) Agregó que si se considera como actos punibles solo el delito i [sic] *la parte voluntaria, es decir, ejecutada con dolo*, i [sic] el delito ejecutado con culpa o cuasidelito resultara excluido [sic] de esta clasificación” [el resaltado es nuestro].¹³⁸ Como bien apuntó Novoa más atrás, esta solicitud fue rechazada, pero de modo diferente a como lo planteaba Novoa, quien entendía que su rechazo fue un indicador de la aceptación de la tesis del dolo, por la mayoría de la Comisión Redactora. En estricto rigor, la Comisión conservó el art. 2 que contenía la definición de cuasidelito (aunque en Sesión 121 quedara fijada la redacción final), pero consignando dos razones bien específicas para el rechazo y haciendo una salvedad importantísima. Las razones eran la de uniformar la legislación penal con la del Código Civil, manteniendo las diferencias de delito y cuasidelito de este último para el Código Penal; y, porque habiendo “casos especiales” de cuasidelitos, se necesitaba definir antes la materia. La salvedad era el que “se acordó (...) conservar el artículo, teniendo sin embargo [sic], presente las observaciones del señor Renjifo para tenerlas en consideración si más adelante resultare inconvenientes de la distinción del cuasi-delito”¹³⁹. Hay que separar la propuesta de Rengifo, de su argumento. Lo que el resto de la Comisión Redactora rechaza, es la propuesta, mas no el argumento. Esto porque el rechazo se basa en razones de orden sistemático, esto es, el mantener coherencia del sistema, el considerar una definición que encabece la materia al igual que en el caso del delito. Además, los mismos comisionados dejan sentado que se iba a tener “presente las observaciones, si más adelante resultare inconvenientes de la distinción del cuasi-delito”¹⁴⁰, esto es que, si de este orden sistemático propuesto por el resto de la Comisión resultaban problemas, se estaba pensando en retomar la propuesta de Rengifo.

Por ende, ni lo expresado por Rengifo supone que es contrario a la tesis del dolo (al asimilar término “voluntaria” con dolo), ni la Comisión está rechazando que “voluntaria” implique una acción libre sin coacción, puesto que ambos casos las posiciones presentan una colisión de tipo sistemático y no argumental, por lo que no se percibe que se entiendan como tesis excluyentes en el fondo, y que con ello se afirme únicamente la tesis del dolo.

Pero lo dicho anteriormente, no significa desechar el hecho que el art. 1° se refiera al delito y el art. 2° al cuasidelito, cuestión que sí entendemos que el texto positivo refleja y así lo sostendrían los argumentos vertidos por la Comisión.

Así, y, por ejemplo, en la Sesión 167 donde se discutía el art. 495 (actual art. 490 del Código Penal), Reyes objeta la redacción primitiva de dicho artículo, “porque da el título de delito a hechos ejecutados sin malicia, *lo que es contrario al significado legal de aquellas palabras*”.¹⁴¹ Pero esta diferenciación existe, sobre todo, por razones sistemáticas.

Si se tiene en consideración el orden sistemático del Código Penal, no pueden negarse ciertas cuestiones que surgen del mismo. Por ejemplo, el hecho que solo se encuentren destinados cuatro artículos del código al delito, los cuatro primeros, algo debe decir. Se puede notar

138 COMISIÓN REDACTORA DEL CÓDIGO PENAL CHILENO (1873) p. 462.

139 COMISIÓN REDACTORA DEL CÓDIGO PENAL CHILENO (1873) p. 463.

140 COMISIÓN REDACTORA DEL CÓDIGO PENAL CHILENO (1873) p. 462.

141 COMISIÓN REDACTORA DEL CÓDIGO PENAL CHILENO (1873) p. 550.Énfasis añadido.

como los cuatro artículos tratan materias diferentes, pero que se encuentran conectadas temáticamente por cosas comunes. En efecto, los dos primeros artículos se diferencian, básicamente, porque el art. 1° se refiere al delito y el art. 2 al cuasidelito. Se asemejan en que ambas son definiciones. Los arts. 3 y 4 se diferencian por el mismo expediente anterior: el art. 3 se refiere a los delitos, y el art. 4 a los cuasidelitos. Se asemejan en que ambos establecen la forma de clasificación de unos y otros en el Código Penal. Ambos van a constituir las cuestiones preliminares e introductorias del estatuto tanto de los delitos: art. 1 (concepto) y art. 3 (clasificación); como del estatuto de los cuasidelitos: art. 2 (concepto) y art. 4 (clasificación).

Pero esto, a su vez, indica otra cosa. Consideraría la forma de sistematización normal en el derecho de regla general y excepción. Esto puede extraerse del tenor de las disposiciones, como de su orden (estructuración correlativa según importancia). El tenor del art. 2 señala “Las acciones u omisiones que cometidas con dolo o malicia importarían un delito, constituyen cuasidelito si sólo hay culpa en el que las comete”, lo que podría decirse de otro modo como que, si la regla general son los delitos, la excepción sería lo que cometido como delito no se comete con dolo o malicia sino con culpa, es decir, los cuasidelitos.

Si solo existen dos posibilidades puestas en relación regla general/excepción, la referencia del art. 1 a lo “voluntario”, es equivalente a dolo o malicia. Por ende, mientras el art. 1° inciso 1° define el delito, siendo éste el que se comete con dolo o malicia (“voluntaria”), el inciso 2° establece que la regla general (“voluntaria”: dolo o malicia) es considerada la normalidad por la ley (regla lógica) y como tal la ley dispone que así habrá de entenderse (imputación normativa), y de ahí la presunción legal. Y ello conduciría, a su vez, a algunas consecuencias procesales: una vez comprobado el delito y establecida su responsabilidad indiciaria, quien alegue la comisión cuasi delictiva será quien tenga que probar su exclusión de la regla general del delito (doloso).

Además, se compadece de esta interpretación la misma denominación usada por el Código, “cuasidelito”, que debido a la expresión latina implicaría aquello que no alcanza a ser delito, y lo que le faltaría para ser delito, o sea, o definido en el art. 1, es el “dolo o malicia”, que si bien el art. 1° no utiliza esos términos, pero sí el de “voluntaria”, único elemento gramatical.

De esta interpretación se derivan algunas cosas. En primer lugar, que se infiere una directriz o principio del Código Penal: la regla general para su punibilidad son los delitos, la excepción, son los cuasidelitos. En segundo lugar, y la atingente a la interpretación nuestra, el que indicaría que el término “voluntaria” del art. 1° indica uno de los significados, como es, “dolo o malicia”.

Esto también puede ser explicado desde el mismo Código Penal chileno, donde el término “voluntario” o “voluntariamente” indica cualquiera de los significados que se han vertido aquí. Por ejemplo, como sinónimo de dolo e intención en el delito de destrucción o descompostura de vía férrea del art. 326 (“Si el accidente ocasionare la muerte de alguna persona, el culpable sufrirá la pena señalada al homicidio voluntario”), en el delito del art. 273 (“voluntariamente hubieren faltado a sus compromisos”), en el cuasidelito del art. 329 “causare involuntariamente accidentes”, si para cuasidelito se ocupa como sinónimo

involuntario, entonces, el negativo lógico sería voluntario, en tanto en cuanto dolo, como sinónimo de actuación libre (de propia iniciativa) en lo delitos del arts. 154 y 456.

Lo que Pacheco denomina como “voluntad”, “acto culpable”, “acto responsable”, es, lo que en el sistema clásico alemán se denominaría “culpabilidad”. Semejante al sistema causalista germano, el dolo se encontraría formando parte de su contenido.¹⁴² Por eso que la *tesis del dolo* procedería entenderla también como significado de “voluntaria” (“dolo o malicia”, art. 2°). Pero al igual que ella, la *tesis de la libertad sin coacción* y la *tesis de la culpabilidad*, por lo ya expresado. La *tesis del elemento subjetivo* alude, en el fondo, a la intención, según las explicaciones de Pacheco, como ya vimos. El conocimiento de la ilicitud de la conducta se encuentra asociado a lo “ordinario” que señalaba Pacheco, y que la Comisión Redactora del Código Penal chileno expresa como la situación en que “se hallan en el mismo caso que la jeneralidad [sic] de los hombres para cometer todo delito”,¹⁴³ esto es, como la generalidad lo entiende y se conduce.

Vicente y Caravantes, como pudo verse más atrás, concibe el término “voluntaria” del Código Penal español de 1848-50, como un concepto polisémico que se refiere a tres sentidos distintos, dentro de los cuales sitúa también al dolo, pero no únicamente a él. Siendo así, el término “voluntaria” del art. 1° del Código Penal chileno, alude a un complejo, que, a la época de dictación del código, y como lo demuestran las apreciaciones de los comentaristas al Código Penal español de 1848-50, podría haber indicado a un momento específico en la estructura del delito, como lo era la responsabilidad, porque en esta etapa se encontraba concentrado todos los aspectos cognitivos (dolo, intención, conocimiento) y volitivos del sujeto. “Voluntaria”, ha de ser entonces concebido como sin ningún obstáculo a la libertad (miedo, fuerza) e inteligencia (error de hecho, imputabilidad) del sujeto en su actuación, es decir, sin obstáculo a la formación de su “voluntad”. Así se asemejaba a la capacidad civil, en este caso, capacidad de delito, y, por ende, de ser responsabilizado por su acto. Por ello que el inciso 2° del art. 1°, “Las acciones u omisiones penadas por la ley se reputan siempre voluntarias, a no ser que conste lo contrario”, es una presunción de la capacidad de actuación del sujeto, por lo que quien alegaba el obstáculo a la formación de voluntad, debía probarlo.

Clara es a este respecto la interpretación de Vicente y Caravantes quien señala: “La regla que se establece en este párrafo es una presunción fundada en la naturaleza y en el estado normal del hombre, puesto que se le supone reflexivo, libre é inteligente, y que la violencia, pusilanimidad y falla de reflexion y do intento son en él situaciones excepcionales. El objeto de esta regla es evitar cuestiones y pruebas de difícil solución y resultado [sic]”¹⁴⁴. Es el art. 2° quien hace mención directa al dolo, pero con el objeto de sentar cuál es el elemento diferenciador con los delitos consignados en el art. 1°.

A nuestro parecer, todas las tesis de la doctrina chilena sobre el término “voluntaria”, vienen a representar los cambios en la interpretación doctrinaria nacional respecto de la estructura del delito en general, las que, a su vez, eran producto de las modificaciones de la teoría del

142 MEZGER (1958), p. 226 y ss.

143 COMISIÓN REDACTORA DEL CÓDIGO PENAL CHILENO (1873) p. 255.

144 VICENTE Y CARAVANTES (1851), p. 9. En idéntico sentido, GÓMEZ DE LA SERNA Y MONTALBÁN (1886), pp. 14-15.

delito germana acerca de su propia apreciación de la estructura del delito en el Código Penal alemán (*StGB*). La interpretación del término “voluntaria” comienza así a reflejar las modificaciones de la teoría germana que eran reclamadas para el art. 1° por la doctrina nacional.

Conclusiones

Conforme a lo expuesto, se nos hizo posible inferir una estructura del delito que se encontraría subyacente en el art. 1° del Código Penal, desde el cual podría haberse elaborado una teoría del delito vernacular. Esto se hizo posible, considerando el núcleo más primitivo del Código Penal. Partir desde estos significados para abrir el sentido y/o las descripciones, es operar *desde adentro hacia afuera*.

La teoría del delito germana es, básicamente, un sistema de conceptos. Un sistema de conceptos es una matriz aplicada a un objeto para su explicación. Pero esta matriz no es el objeto¹⁴⁵. Los sistemas de conceptos que estudian la ley penal, como lo son la teoría del delito germana, son un instrumento de explicación de la ley penal, pero no son la ley penal. Es una especie de metalenguaje. Interpretar desde esta matriz el art. 1° del Código Penal, es hacerlo desde un sistema de conceptos, desde una teoría hacia el objeto, esto es, *desde afuera hacia dentro*. Y al operar de este modo, llega un momento en que los marcos conceptuales “se convierten en prisiones que no pueden ser demolidas”¹⁴⁶.

145 WALLIS (2016), *passim*.

146 LAKATOS (1978), p. 33.

Bibliografía citada

- AMBOS, Kai (2010): “Dogmática jurídico-penal y concepto universal de hecho punible”, en: SSRN Scholarly Paper, Rochester, NY (N°1603677), pp. 1-26. Disponible en: <https://papers.ssrn.com/abstract=1603677> [visitado el 21/04/2020].
- BACIGALUPO, Enrique (2019): “La recepción de la dogmática penal alemana en España y Latinoamérica”, en: Indret: Revista para el Análisis del Derecho (N°2/2019), pp. 1-21. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6949127> [visitado el 15/05/2021].
- BECHTEL, Alexander (2018): “Die Constitutio Criminalis Carolina von 1532. Wegbereiter einer eigenständigen deutschen Strafrechtsdogmatik”, en: Zeitschrift Für Das Juristische Studium (Vol. 1), pp. 20-28. Disponible en: <https://tinyurl.com/29oedck2> [visitado el 21/04/2020].
- BELING, Ernst (1906): Die Lehre vom Verbrechen (Tübingen, Scientia-Verlag).
- BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John (2005): Curso de Derecho Penal. Parte General (Santiago, Lexis-Nexis), t. I.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan (1994): Manual de derecho penal, 4ª ed. (Barcelona, PPU).
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan; CABALLERO, Felipe (2002): “Artículos 1º a 4º”, en POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; ORTIZ QUIROGA, Luis (eds.), Texto y comentario del Código penal chileno (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) pp. 51-66.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan (2007): El derecho penal del niño-adolescente: estudio de la ley de responsabilidad penal del adolescente (Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago).
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán (2012): Lecciones de Derecho Penal Chileno (Santiago, Librotecnia), vol. I.
- CESANO, José Daniel (2010): “Sebastián Soler, la crítica al positivismo criminológico y el significado de su derecho penal argentino: saberes jurídicos y contextos intelectuales. Una aproximación desde la historia de las ideas”, en: Cuadernos de historia (N°20), pp. 89-114. Disponible en: <https://tinyurl.com/25b9wgvn> [visitado el 15/05/2021].
- CANDIL JIMÉNEZ, Francisco (1975), Observaciones sobre la Intervención de don Joaquín Francisco Pacheco en la elaboración del Código Penal de 1848, en: Anuario de derecho penal y ciencias penales (Tomo XXVIII, Fascículo III), pp. 405-441. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2788213> [visitado el 1/05/2021].
- CLÁROS, José María (1865): Discursos de Don José María Claros sobre cuestiones de carácter político (s/l, Imprenta de Atanasio Moreno).
- CÓDIGO PENAL VIGENTE (1907): Texto, orígenes y doctrina legal, J. Casamajó.
- CÓDIGO PENAL ESPAÑOL DE 1848 (1848): Sancionado en 1848 (Barcelona, Imp. Ramón Martín Indar).
- CÓDIGO PENAL ESPAÑOL DE 1822 (1822): Decretado por las Cortes en 8 de junio, sancionado por el rey y mandado promulgar en 9 de julio de 1822 (Madrid, Imprenta Nacional).
- COMISIÓN REDACTORA DEL CÓDIGO PENAL CHILENO (1873): Acta de las sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal Chileno (Santiago de Chile, Imprenta de la República de Jacinto Nuñez).
- COUSIÑO, Luis (1975): Derecho penal chileno (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), t. I.

- CURY URZÚA, Enrique (2009): *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed. (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).
- SARDÁ, José; BACARDÍ, Alejandro de (1848): “Comentarios Código Penal de España: Sancionado en 1848”, en: *Código Penal de España. Sancionado en 1848* (Barcelona, Imprenta Ramón Martín Indar).
- ESTRADA, Francisco (2011): “La sustitución de pena en el derecho penal juvenil chileno”, en: *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 38, N°3), pp. 545-572. Disponible en: <https://doi.org/10/ggnv8k>. [visitado el 21/04/2020].
- ETCHEBERRY, Alfredo (2010): *Derecho penal. Parte General*, 3ª ed. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), t. I.
- FERNÁNDEZ, Nicolás Antonio; PAU PEDRÓN, Antonio (2007): *Manuel de Seijas Lozano: tras las huellas de un liberal olvidado* (Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España).
- FRANK, Reinhard von (1907): *Über den Aufbau des Schuldbegriffs* (Giessen, A. Töpelmann).
- FREYENHAGEN, Fabián (2015): “Honneth on Social Pathologies: A Critique”, en: *Critical Horizons* (Vol. 16, N°2), pp. 131-152. Disponible en: <https://doi.org/10/ggnv8h> [visitado el 21/04/2020].
- GARDNER, Thomas J.; ANDERSON, Terry M. (2017): *Criminal Law*, 13ª (Boston, MA, Wadsworth Publishing).
- GARRIDO MONTT, Mario (2015): *Derecho penal. Parte General*, 4ª ed. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), t. II.
- GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro; MONTALBÁN, Juan Manuel (1886): *Elementos del derecho civil y penal de España: precedidos de una reseña histórica de la legislación española* (Madrid, Librería de Gabriel Sánchez).
- HANSSON, Sven Ove (2018): “The Scope and Methods of Formal Philosophy”, en: HANSSON, Sven Ove; HENDRICKS, Vicent F. (edits.), *Introduction to Formal Philosophy* (Cham, Springer International Publishing), pp. 2–61.
- HISTORIA DE LA LEY N°20.480 (2010): Congreso Nacional, Trámite Comisión Mixta: Cámara de Diputados-Senado. Disponible en: <https://tinyurl.com/28qjcbwz> [visitado el 5/05/2021].
- HISTORIA DE LA LEY N°20.720 (2014): Congreso Nacional, Valparaíso. Disponible en: <https://tinyurl.com/24jpsopy> [visitado el 1/05/2021].
- HIERREZUELO CONDE, Guillermo (2011): “Iñesta Pastor, Emilia, El Código Penal español de 1848”, en: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (N°33), pp. 702-706. Disponible en: <https://doi.org/10.4067/S0716-54552011000100033> [visitado el 21/05/2020].
- HONNETH, Axel (2014): *El Derecho de la libertad: esbozo de una eticidad democrática* (trad. G. Calderón, Buenos Aires-Madrid, Katz).
- HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán (1991): *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho: el objeto protegido por la norma penal* (Barcelona, PPU).
- HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán (2005): “Una necesaria revisión del concepto de culpabilidad”, *Revista de Derecho* (Valdivia) (Vol. 18, N°2), pp. 167-185. Disponible en: <https://doi.org/10/bb7b5q> [visitado el 21/05/2020].
- HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán (2009): “Injusto y culpabilidad en el pensamiento de Juan Bustos Ramírez”, en: *Anuario de derecho penal y ciencias penales* (Vol. 62,

- Nº1): pp. 6-50. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3281909> [visitado el 15/05/2021].
- IÑESTA PASTOR, Emilia (2006): “El Código Penal chileno de 1874”, en: Revista Chilena de Historia del Derecho (Nº19), pp. 293-328. Disponible en: <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/21679> [visitado el 21/04/2020].
- IÑESTA PASTOR, Emilia (2011): El Código penal español de 1848 (Valencia, Universitat d’Alacant-Universidad de Alicante, Tirant lo Blanch).
- IÑESTA PASTOR, Emilia (2016): “La interpretación del eclecticismo en la doctrina y en la legislación penal de la España del siglo XIX”, en: Ius fugit: Revista interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos (Nº19), pp. 209-230.
- JAKOBS, Günther (1997): Derecho penal, parte general: fundamentos y teoría de la imputación, 2ª ed. (trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid: Pons).
- JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas (2014): Tratado de derecho penal: parte general, 5ª (trad. Miguel Olmedo Cardenete, Lima, Instituto Pacífico), t. I.
- JHERING, Rudolf Von (2018): La lucha por el Derecho, (Madrid, Universidad Carlos III de Madrid). Disponible online: <https://tinyurl.com/24ulkq6j> [visitado el 06/05/2021].
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis (2006): “Prólogo”, en: POLITOFF, Sergio; GRISOLÍA, Francisco; BUSTOS, Juan: Derecho penal chileno: parte especial: delitos contra el individuo en sus condiciones físicas, 2ª ed. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) pp. 9-14.
- LABATUT, Gustavo (2000): Derecho Penal, Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- LAKATOS, Imre (1978): La metodología de los programas de investigación científica (trad. J.C. Zapatero, Madrid, Alianza Editorial).
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio (2007): “Bien jurídico y objeto protegible”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (Tomo 60, Nº1), pp. 119–163.
- LISZT, Franz (1911): Lehrbuch Des Deutschen Strafrechts, 18ª ed. (Berlin, de Gruyter).
- LLORADO, Luis (2018): “Estudio preliminar Rudolf Von Jhering y la lucha por el derecho”, en: JHERING, Rudolf Von, La lucha por el Derecho, (Madrid, Universidad Carlos III de Madrid) pp. 9-30. Disponible online: <https://tinyurl.com/24ulkq6j> [visitado el 06/05/2021].
- MALLE, Bertram F.; NELSON, Sarah E. (2003): “Judgingmens rea: the tension between folk concepts and legal concepts of intentionality”, en: Behavioral Sciences & the Law, (Vol. 21, Nº5), pp. 563-580. Disponible en: <https://doi.org/10.1002/bsl.554> [visitado el 21/04/2020].
- MARTÍNEZ DHIER, Alejandro (2008): “Un tránsito del Antiguo Régimen al estado liberal de derecho en España”, en: Revista de Estudios Histórico-Jurídicos (Nº30), pp. 425-464. Disponible en: <https://doi.org/10.4067/S0716-54552008000100015> [visitado el 21/05/2020].
- MASFERRER, Aniceto; SÁNCHEZ-GONZÁLEZ, Dolores del Mar (2014): “Tradición e influencias extranjeras en el Código Penal de 1848. Aproximación a un mito historiográfico”, en: MASFERRER, Aniceto (edit.), La codificación española: una aproximación doctrinal e historiográfica a sus influencias extranjeras y a la francesa en particular (Cizur Menor, Aranzadi) pp. 213-274.
- MATURANA, Humberto; PÖRKSEN, Bernhard (2008): Del ser al hacer (Buenos Aires, Granica).

- MATUS, Jean Pierre (2008): “Por qué citamos a los Alemanes y otros apuntes metodológicos”, en: SSRN Scholarly Paper ID 2712460, Social Science Research Network. Disponible en: <https://papers.ssrn.com/abstract=2712460> [visitado el 06/05/2021].
- MATUS, Jean Pierre (2009): “¿Por qué deberíamos conocer más y no menos?: Respuesta a A.v. Weezel”, en: *Política criminal* (Vol. 4, N°7), pp. 230-234. Disponible en: <https://doi.org/10.4067/S0718-33992009000100008> [visitado el 06/05/2021].
- MATUS, Jean Pierre (2011): “Origen, consolidación y vigencia de la Nueva Dogmática Chilena (ca. 1955≈1970)”, en: *Política criminal* (N°11), pp. 44-105. Disponible en: <https://doi.org/10.4067/S0718-33992011000100003> [visitado el 15/05/2021].
- MATUS, Jean Pierre (2013): “Sobre el sentido y alcance del artículo 291 del Código Penal”, en: *Revista de Derecho (Valdivia)* (Vol. 26, N°2), pp. 137-166. Disponible en: <http://mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v26n2/art06.pdf> [visitado el 21/04/2020].
- MAYER LUX, Laura (2017): “El bien jurídico protegido en los delitos concursales”, en: *Revista de derecho (Valparaíso)* (N°49), pp. 255-281. Disponible en: <https://doi.org/10.4067/S0718-68512017000200255> [visitado el 01/05/2020]
- MEZGER, Edmund (1958): *Derecho Penal. Parte General* (trad. Ernesto Gavier y Ricardo Nuñez, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina).
- MIR PUIG, Santiago (2016): *Derecho penal. Parte general*, 10ª (Barcelona, Editorial Reppertor).
- MOORE, Jennifer L.; Worrall, John L. (2017): *Criminal Law*, 2ª ed. (Boaton, Pearson).
- NÁQUIRA, Jaime (2015): *Derecho penal chileno: parte general*, 2ª ed. (Santiago, Thomson Reuters/Legal Publishing Chile).
- NOVOA MONREAL, Eduardo (2005): *Curso de derecho penal chileno: parte general* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), t. I.
- PACHECO, Joaquín Francisco (1853): *Estudios de derecho penal. Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid* (México, R. Rafael).
- PACHECO, Joaquín Francisco (1870): *El código penal concordado y comentado*, 4ª ed. (Madrid: Imprenta de Manuel Tello).
- PACHECO, Joaquín Francisco (1881): *El Código Penal concordado y comentado*, 5ª ed. (Madrid, Imprenta y fundición de Manuel Tello), t. I.
- PODGOR, Ellen S.; Henning, Peter J.; Garcia, Alfredo; Jones, Cynthia E. (2017): *Criminal Law: Concepts and Practice*, 4ª ed. (Durham, NC, Carolina Academic Press).
- POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre; RAMÍREZ G., María Cecilia (2006): *Lecciones de derecho penal chileno. Parte especial*, 2ª ed. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre; RAMÍREZ G., María Cecilia (2004): *Lecciones de derecho penal chileno: Parte General* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ROLDÁN CAÑIZARES, Enrique (2019): *Luis Jiménez de Asúa: derecho penal, república, exilio* (Madrid, Dykinson).
- ROSSI, Pellegrino (1839): *Tratado de derecho penal* (trad. C. Cortés, Madrid, Imprenta de José María Repullés).
- ROXIN, Claus (1997): *Derecho Penal, Parte General* (trad. Luzon, García, de Vicente, Civitas, Madrid), t. I.
- SAMAHA, Joel (2017): *Criminal Law*, 12ª ed. (Boston, MA, Cengage Learning).

CARRASCO-JIMÉNEZ, Edison: “La estructura del delito subyacente en el Código Penal chileno”.

- SAVIGNY, Federico von (1949): “Los fundamentos de la ciencia jurídica”, en: SAVIGNY, Federico von y otros, *La ciencia del derecho* (trad. Werner Goldschmidt, Buenos Aires, Losada).
- SCHMOLESKY, John (2017): *Criminal Law*, 3ª ed. (USA, CreateSpace Independent Publishing Platform).
- SEIJAS LOZANO, Manuel de (1841): *Teoría de las instituciones judiciales: con proyectos formulados de códigos aplicables a España. Teoría del procedimiento en materia criminal* (Madrid, Librería de la Señora Viuda de Calleja e Hijos).
- VAN DER TORRE, Leendert (2010): “Deontic Redundancy: A Fundamental Challenge for Deontic Logic”, en: GOVERNATORI, Guido; SARTOR, Giovanni (eds.), *Deontic logic in computer science* (Berlin, Heidelberg, Springer) pp. 11-32. Disponible en: <https://doi.org/10/cgtnd6> [visitado el 21 de abril del 2020].
- VÁZQUEZ SÁNCHEZ, Elena (1998): *Un historiador del derecho, Pedro José Pidal* (Madrid, Universidad Pontificia Comillas).
- VIADA Y VILASECA, Salvador (1874): *Código penal reformado de 1870: Concordado y comentado para su mejor inteligencia* (Madrid, Establecimiento tipográfico de Luis Tasso).
- VICENTE Y CARAVANTES, José (1851): *Código penal reformado, comentado novísimamente precedido de una breve reseña histórica del derecho penal de España y seguido de tablas sinópticas* (Madrid, Librerías de Don Ángel Calleja).
- VIZMANOS, Tomás María de y ÁLVAREZ, Cirilo (1848): *Comentarios al nuevo Código penal* (Madrid, Establecimiento tipográfico de J. González y A. Vicente).
- WALLIS, Steven (2016): “The Science of Conceptual Systems: A Progress Report. Foundations of Science” (Vol. 21, N°4), pp. 579-602. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/s10699-015-9425-z> [visitado el 05/05/2021].
- WEEZEL, Alex van (2008): “¿Por qué no citamos más (por ejemplo, a los alemanes)? Réplica a J.P. Matus”, en: *Política Criminal* (N°6), pp. 6-5. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3060199> [visitado el 06/05/2021].
- WELZEL, Hans (1997): *Derecho Penal Alemán*, 11ª ed. (trad. Juan Bustos y Sergio Yañez, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (1995): “¿Otra vez la vuelta a Von Liszt?”, en: Franz von Liszt. *La idea del fin en el derecho penal* (Granada, Comares) pp. 11-40.