

CAEN LOS DOGMAS EN LA REFORMA
PROCESAL PENAL CHILENA*

JUAN CARLOS MANRÍQUEZ R.**
Universidad del Mar

RESUMEN

Reflexionando sobre los efectos de la Reforma Procesal Penal en las diversas disciplinas jurídico-criminales, el autor plantea un conjunto de inquietudes, constataciones y sugerencias de acción, alimentadas desde el ejercicio profesional de la Abogacía en materia penal, de la cátedra universitaria y de la investigación, que resaltan la aguda vinculación de interdependencia actual entre el Derecho Sustantivo y el Adjetivo como co-creadores y aplicadores recíprocos de las normas y procedimientos de solución aplicables al fenómeno criminal, en el marco de una justicia oral, contradictoria, rápida y cercana, que debe satisfacer nuevas necesidades, con destrezas y capacidades diferentes a las enseñadas y desarrolladas, situación que remece los antiguos dogmas del Dere-

ABSTRACT

By reflecting over the effects of the Legal System Reform on the various juridical-criminal disciplines, the author, in order to take action, puts forward different concerns, observations and suggestions informed from the practice of law in legal issues, from the academic disciplines, and from research, which is highlighted by the strong current interdependent link between Substantive and Adjective Laws as co-creators and reciprocal applicators of the regulations and procedures for solutions applicable to the criminal phenomenon, in light of an oral, contradictory, swift and close-to-people justice that should meet new needs, with skills and capabilities different from those taught and developed —a situation that shakes the old dogmas of the clas-

* Trabajo presentado en las “Primeras Jornadas de Derecho Penal y Ciencias Penales” celebradas en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, los días 18 a 20 de noviembre de 2004, en conmemoración del centésimo décimo aniversario de la fundación del Curso de Leyes de los Sagrados Corazones de Valparaíso, actual Escuela de Derecho de la mencionada Universidad.

** Catedrático de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad del Mar. Dirección Postal: Almirante Señoret 70, Of. 91, Valparaíso. Correo electrónico: jmanriquez@mbmack.cl

cho Penal clásico, su tratamiento forense y su enseñanza académica. En síntesis, se reconoce una realidad que es necesario conciliar con los aspectos principales de un Derecho penal garantista y liberal, que opera en el marco de soluciones procedimentales inspiradas en el pragmatismo y que parecen buscar toda respuesta en el mayor uso de la norma punitiva.

PALABRAS CLAVE: Reforma Procesal Penal – culpabilidad – derecho penal liberal.

sic criminal law, its forensic treatment, and its academic teaching. In sum, it is observed that there is a reality needing to be made consistent with the main aspects of a guaranteeing, liberal, criminal law that functions in light of procedural solutions inspired in pragmatism and that seems to seek response in a greater use of the penalizing regulation

KEY WORDS: Legal System Reform – guilt – liberal criminal law.

I. INTRODUCCIÓN

Dante domicilia a los abogados en el último de los infiernos (el séptimo), y se supone que el averno es el lugar para aquellos que en la vida terrenal no han podido vencer las pasiones.

Quizás por ser el último de los infiernos, se confía en que los condenados no podrán volver de su confinamiento en ultratumba.

Pero el Derecho –o la lucha por él– es a veces incendiaria y el incendio se define como “un fuego intenso, incontrolable, como las pasiones; como el amor y la ira”.

Entonces, pensar, ejercer, o sea, vivir el Derecho (y más aún el Derecho Penal, que tiene todo que ver con los dolores y sus expiaciones) es una tarea pasional: de amor y de ira.

Dice por ahí una canción popular: “[...] dulcemente amargo es este amor/ que lo tengo y de repente / se aleja de mis brazos, sin razón [...]”

La pasión por el Derecho Penal trae aparejadas tantas dulzuras como amarguras, que a veces no es posible distinguir cuál es cuál, ni menos si uno se aferra a él por insanía masoquista o verdadera afección al arte de la duda.

El mayor dulzor puede ser confirmar que el Derecho Penal bien pensado tiene por fin y función mantener a raya los excesos del poder; y la mayor pena, constatar que por sí solo esa tarea lo supera. Es más, ocurre que en ocasiones termina siendo el instrumento represor, por diversas razones y con diferentes objetos. La historia nos otorga múltiples ejemplos de este aparente contrasentido.

El Código Penal chileno de 1875, dictado para su época y según las valoraciones dominantes (iluminismo, humanismo laico, separación de poderes, moral secular, etc.)¹ se orientaba a los “puntos cardinales”² del Derecho Penal clásico.

¹ BUSTOS, Juan - CABALLERO, Felipe, *Texto y comentario del Código Penal chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002), I, pp. 51 ss.

² RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel., *ibidem*, pp.17 ss.; *Evolución histórica del derecho penal chileno*, 1991; *Actas*, IX ss., y, por muchos, sobre su pensamiento *El Penalista Liberal* (Hammurabi, 2004).

co, que bien podríamos denominar “dogmas”, a los cuales se aferraba su interpretación y elaboración científicas, así como su aplicación práctica.

El Derecho penal adjetivo (procesal, o Derecho Penal funcional) dictado para el Sustantivo (que se vertió en el Código de Procedimiento Penal de 1907) también decía reconocer “[...] al reo, como el fundamento del juicio criminal...”, pero paradójicamente optaba por la pesquisa inquisitiva para el establecimiento de la verdad material, haciendo convivir presupuestos “iluministas” en el fondo, con formas procesales de la “escolástica”³. Curioso resultaba constatar que los “contenidos de la moral social” que en algún minuto irrumpieron en la base valorativa de los tipos penales de la parte especial, y que debían ser detectados para establecer las motivaciones y fines de la acción punible que se atribuía a los justiciables, se acreditaran con las mismas reglas que para lograr la expiación del pecado, por la vía de la confesión o de la reconstrucción de la falta oculta, y permitir el arrepentimiento por última vez antes de la imposición de la condena⁴.

Los elementos fundantes del discurso sustantivo: daño, voluntad y libertad para causarlo, determinaban el pulso de los procesos criminales. Parecía haber cierta preeminencia de la estructura penal de fondo, por sobre la preocupación de cómo presentarla eficazmente en juicio (o quizás por ello), lo que no pocas veces redundaba exactamente en la ineficacia de los “dogmas” del derecho sustantivo (grandes querellas, pobres sobreseimientos; profundas defensas escritas, fallos que casi no las consideraban, etc.)

Como el fin del proceso de establecimiento del delito (“incriminación secundaria”)⁵ era imponer la pena al autor culpable del hecho dañoso, esa tarea era por sí larga, trabajosa y fatigante. Más todavía si “el reo” insistía en su inocencia, y por sobre todo si para determinar que no gozaba de tal estado debía superar el Juez sus propias contradicciones (el art. 456 bis del CPP) al enfrentar el más grande de los fantasmas del Derecho Penal Clásico: La culpabilidad, como fundamento y medida de la pena⁶.

³ *Mensaje*, pp. 8, 9 y 11, párrafo 3º y Arts. 296 y 297 del Código de Procedimiento Penal, 1907; 1ª versión, e IBAÑEZ A., Carlos, *Código de Procedimiento Penal Anotado* (Santiago, Imp.Barcelona, 1907).

⁴ *“La confesión judicial, que algunos Códigos modernos han suprimido, es considerada en el presente Proyecto como un trámite esencial [...] llega a constituir sin duda alguna el elemento probatorio de mayor fuerza, que no era posible desdeñar, dada la insuficiencia de los recursos que entre nosotros puede proporcionarse a la justicia para hacer una investigación acertada i fructuosa [...]”*, *Mensaje*, cit., p.13, párrafo 3º; y sobre el fondo, Politoff, “la pena como expiación porque se ha pecado”, D.P. I, p.41, 1997.

⁵ BUSTOS y HORMAZÁBAL, *Nuevo Sistema de Derecho Penal* (Madrid, Trotta, 2004), p. 29.

⁶ Al respecto, KÜNSEMÜLLER, Carlos, *Culpabilidad y pena* (Santiago, EJCh., 2001), pp. 182 ss., cuando escribe con razón: “[...] A fin de cuentas, la sola reconstrucción forense de un hecho no produce mecánicamente, por sí misma, la solución jurídica; esta sólo puede ser hallada y dictada por el Juez, quien debe conocer los hechos reconstituidos y apreciarlos y evaluarlos de acuerdo a los criterios reguladores de las pruebas y resolver en definitiva según su íntima y plena convicción [...]”; y en el Código Procesal Penal 2002, Ley N° 19.696, vid,

Procesos largos, discusiones profundas y formales; exceso del uso del discurso, superlativización de las garantías, “derroche de recursos” en pobrediables incorregibles, de una parte; transformaciones sociales; sobre valoración del riesgo; acento del disvalor puesto más en el peligro que en el daño; aparición de nuevos intereses, una sociedad más rápida y vertiginosa, en fin un mundo más pequeño, que quiere vivir más seguro y que parece optar por mandatos valorados que prefieran el orden y tranquilidad de todos por sobre las garantías de algunos menos “virtuosos”, desorientan hoy los “puntos cardinales” del Derecho Penal Clásico e instalan los nuevos “dogmas” del Derecho Penal Moderno⁷.

La pregunta de Künsemüller, parafraseando a Lüddersen, “¿Tiene un futuro el bueno, viejo y decente Derecho Penal Liberal?”⁸ en los días que corren; y ¿puede traerse ella al estado actual de la Reforma Procesal Penal, en la realidad que nos toca (en la “cotidianeidad”, en el “suelo existencial”, como gusta decir el maestro internacionalista público Mario Rossell); y si ¿hay o no vuelta, de abandonar su camino?; o si ¿hay convivencia posible en la “expansión”? (en cualquiera de sus velocidades), como propone Hassemer⁹, no son cuestiones ajenas a las líneas que siguen, y la utilidad de las preguntas o el ensayo de sus respuestas radica en que la práctica del Derecho Penal Sustantivo chileno actual, en el marco de la Reforma –aunque sea inconsciente o sutilmente– está tocada por ellas, sus antecedentes y consecuencias.

En lo que conocemos hasta ahora parece todo indicar que hay cada vez menos espacio para la solución del problema criminoso a través del Derecho Sustantivo y sus “grandes dogmas”, ya que se prefieren las formas procesales alternativas con carácter “pedagógico”¹⁰ o “instrumental educativo” y también las “penas nuevas”, directas o alternativas y privadas moralizadoras (a la japonesa, como diría Llopart)¹¹ para la “eficiente y rápida” solución del asunto¹².

por todos, el art. 340: “Convicción del tribunal”, duda razonable y libertad probatoria limitada por las reglas de la lógica, los conocimientos científicamente afianzados y las máximas de la experiencia; y *Mensaje* del CPP, Contenido, 6) Juicio Oral.

⁷ BECK, *Risikogesellschaft*, (Frankfurt, 1986); PÉREZ DEL VALLE, *Sociedad del riesgo y reforma penal*, en *PJ*. 43 (1996), p. 61; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho Penal* (1999).

⁸ *Nuevas Tendencias del Derecho* (Facultad Derecho U. de Chile, Lexis Nexis 2004).

⁹ HASSEMER, W., *Welt und Verantwortlichkeit* (Baden, 1997), p. 175, cit por KÜNSEMÜLLER, op cit., p.25.

¹⁰ Por ejemplo, la suspensión condicional del procedimiento o de la imposición de la condena, de los arts. 237 ss. y 398 del Código Procesal Penal, como expresión procesal de cierta corriente funcionalista o, desde otro punto de vista, como una consideración a la *Necesidad de imposición de la pena* pública como medio ineludible de expiación de la falta.

¹¹ LLOPART, José, S. J. *Teoría y realidad del Derecho* (Valparaíso, Edeval, 1989), y antes, en el ICP, 13.06.88, p. 105, cuando escribía: “Deber moral de obedecer el Derecho: [...] no hay ningún delito que esté penalizado cuyo contenido no esté también prohibido por la moral [...]”, destacando un fin y función moralizadores para el Derecho, y también para el Derecho Penal; en contra WELZEL y JESCHEK, cit., p. 109.

¹² Zaffaroni ha denominado a la corriente “privatista” del Derecho Procesal Penal que entrega la solución del conflicto a la decisión de los intervinientes “*agnosticismo penal*”, pues

Si los intervinientes la sienten justa, es justa (*vox populi, vox dei*), porque protege lo que “ellos quieren proteger, y cómo lo quieren proteger”, prefiriendo la directa determinación del objeto valorado y de las formas valoradas de protección de ese objeto¹³.

II. APOSTILLAS A LA ACTUALIDAD

SOBRE LA NORMATIVIZACIÓN DEL TIPO, SOBRE EL CONCEPTO DE CULPABILIDAD Y SUS POSIBLES “REFLEXUS” EN LAS INSTITUCIONES DE LA REFORMA PROCESAL DE CHILE. DE AHÍ, AL DERECHO PENAL SUSTANTIVO “MODERNO”, UN DERECHO PENAL COMO RELIGIÓN.

Nos vemos enfrentados a “nuevos” intentos que pretenden encontrar en el Derecho (como pretendido sistema cerrado y hermético, en el cabal sentido del hermetismo) la respuesta y la cosmovisión de y para todo, eso es El Derecho Penal como religión (que enseña, motiva, conduce, soluciona, evita, reconoce y castiga).

Se sabe –también se dice– que “los caminos del Señor son extraños [...]” y que “Dios escribe en línea recta por renglones torcidos”, pero no podemos dejar de poner en duda las respuestas actuales, que como vientos huracanados arreñican contra el viejo, decente y noble Derecho penal liberal, porque ¿cómo saber que se profesa del lugar correcto?, ¿cómo saber que la faz revelada es la “cara verdadera” de Dios, si quien podría conocerla usualmente no vuelve a la tierra para contarla? Eso sólo se responde con un acto de fe.

Abandonada que parecía la categoría del delito como ofensa a “Dios o a un Señor”, por lo que su castigo buscaba no la reparación sino la “neutralización del enemigo del Soberano”, hoy se postulan categorías de la culpabilidad rotuladas como “enemistad con el Derecho”, y corrientes como “el Derecho penal del enemigo”¹⁴, del “Derecho penal de segunda, tercera y cuarta velocidades”, “De-

las gentes ya “no creen” en la pena estatal como única deidad, y algo similar ocurre en nuestro nuevo Código Procesal Penal. Vid. por todos, el art. 241 Procedencia de los acuerdos reparatorios, y su debate en la Cámara de Diputados, cuando se explicó que en esta norma “[...] *subyacen dos ideas: 1º. Realzar los intereses concretos de la víctima por sobre los intereses abstractos del Estado, y 2º. El sistema de procedimiento penal no es entendido como un sistema destinado a la aplicación de penas, sino como un sistema destinado a la resolución de conflictos. O sea, las denuncias que llegan al sistema son conflictos complejos, habitualmente para los cuales una de las alternativas de solución es la pena; pero si hay otras alternativas de solución socialmente más benéficas, debieran aplicarse [...]*”. Al respecto, PFEFFER, *Código Procesal Penal anotado y concordado* (Santiago, EJCh, 2001), , pp. 256 ss.

¹³ Pero la cuestión real está, a nuestro juicio, en que la gente quiera lo que se le quiere transmitir como el objeto actual de valor de la norma sustantiva, o sea, cuál es la “unidad social de función”, que reemplaza al concepto de bien jurídico, y eso se hace “enseñando” lo que la norma quiere del sujeto, dotando a la norma del contenido de valor que los legisladores creen debe tener, o con ambas cosas, lo que no es propio en un Estado social y democrático de Derecho, ya que la norma penal puede fácilmente convertirse en un “instrumento de dominación social” como en épocas aciagas.

¹⁴ KÜNSEMÜLLER, Carlos, *¿Tiene un futuro?*, cit., pp. 6 a 13; también VILUGRÓN, Miguel,

recho penal de la emergencia”, fundadas en la necesidad de expansión penal, etc., donde es el Derecho (y sobre todo la norma penal en sí) quien ostenta el lugar de aquellos antiguos ofendidos¹⁵, por justificaciones que se hallan en los “caracteres propios” de la neo delincuencia¹⁶.

Neo-Criminalización y Derecho Penal, pp. 493 ss.; y ALDUNATE, E., *¿Tiene Chile una política criminal?*, pp. 497 ss., ambos en *Libro de Ponencias del XVI Congreso Latinoamericano, VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología*, (Lima, Universidad San Marcos, 2004). Con énfasis escribe Aldunate, tras referirse a los boletines legislativos en trámite sobre *Lucha contra la delincuencia*, como supuesta manifestación “contra el enemigo interno”, que: “Esto no es otra cosa que la reedición de viejas concepciones, que parecían ya superadas, ahora el pretexto es una supuesta lucha contra el enemigo interno, en su concepto todo es una pura decisión política, entonces, la política criminal todo lo puede llegando a los resultados más absurdos y desproporcionados. No existen límites que respetar, ni función limitativa que cumplir por los principios de derecho penal, y como es propio en el autoritarismo penal, no existen bienes jurídicos que tutelar, el derecho penal se convierte o lo convierten en arma política, no importando los límites de una política criminal democrática”; RIVACOBA, *Poder Derecho y Justicia, en el marco de la Reforma Penal* (Valparaíso, Edeval, 2002), p. 128; y GUZMÁN DÁLBORA, J. L., *Una especial versión del autoritarismo penal en sus rasgos fundamentales: la “doctrina de la seguridad ciudadana”*, en *G.J.* 265 (2002), pp. 7 ss.

Crudamente escribió Vilugrón: “[...] El rol que cumple el derecho penal es el de hacer el trabajo sucio, ese que nadie más quiere hacer, pues nadie quiere ensuciarse las manos. Es el miembro ejecutivo castigador del Estado, de grupos sociales, como lo plantea Von Liszt, *Los Dominantes*, [...]” fundando su aserto en sus estudios sobre violencia y control social con reclusos y colonos en las cárceles de la Araucanía chilena, I Región piloto de la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Penal.

¹⁵ Vid. JAKOBS, G., *El concepto jurídico-penal de acción*, en *Estudios de derecho penal*, pp. 101 ss.; y *Un nuevo sistema de derecho penal. Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, de PEÑARANDA, SUÁREZ y CANCIO, (Buenos Aires, 2000) pp. 94 ss., al tratar todos la “Fundamentación normativa de la tipicidad en el nuevo sistema de derecho penal. La conducta típica como expresión de un sentido contrario a la norma”. También el concepto funcional de la culpabilidad en el marco de la crisis contemporánea de la culpabilidad que plantea Jakobs, lo hace afirmar que en su concepción la “imposición de la pena presupone el reconocimiento del sujeto que ha de sufrirla como un igual” (AT. 2, *Culpabilidad y Prevención*, 1998, p. 834, cit. por PEÑARANDA y otros, p. 81), y según explican estos autores el pensamiento de Jakobs, éste es el siguiente: “el punto de vista de Jakobs difiere sustancialmente [...] la necesidad del recurso a la pena deriva de una debilidad congénita de las normas jurídicas correspondientes a un ordenamiento no absoluto sino caracterizado por el pluralismo: su contingencia, es decir, la inexistencia de un motivo internamente vinculante para su observancia por cada individuo. Por ello, es cometido de éste procurarse las razones determinantes para ajustar su comportamiento a las exigencias del Derecho [...]”, con lo cual, a nuestro juicio, parecen confirmar que así las cosas se abre el paso a una completa funcionalización o instrumentalización del individuo al servicio de los intereses sociales, lo que se ha de lograr a través de dotar a la norma de un “motivo interno vinculante” (el valor o enseñanza que transmite) para que el sujeto imperado adhiera a él como una obligación, ya no motivada, sino cuasi ciega, porque sólo así “funciona bien el mundo”.

¹⁶ Un interesante trabajo es: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Sub Secretaría, *Política Criminal, Criminalidad Compleja. Terrorismo, Cybercriminalidad* (Buenos Aires, 2004), coordinado por el Dr. Alejandro Slokar, con los trabajos de los profesores Hans Albrech y Ulrich Sieber, directores del Max Planck, en que se analiza el expansionismo requerido para estas formas criminógenas como un “[...] ensayo de construir una agenda pública político-

Sin embargo, no se puede prescindir del todo, en su integridad completa, para pensar el Derecho Penal y sus consecuencias enteras¹⁷, asilándose sólo en una posición de “moral objetiva”.

Es verdad que el Derecho “está en el aire”, pero no es cierto que sea necesario para respirar, si hoy asfixia, por ejemplo, con la profusión de los tipos de peligro abstracto y la cualificación del rol del sujeto activo, para fundar el juicio imputativo en el mero incumplimiento del deber¹⁸; en el fondo, por desobedecer la prohibición o el mandato o la sola vigencia de la norma, como si delito y pecado fueran nuevamente lo mismo, ya que la infracción a la norma parece equipararse a la pérdida del estado de gracia¹⁹.

Nos enfrentamos a un sismo: los dogmas del Derecho penal liberal o clásico tiemblan (y caen), para ser reemplazados por “nuevos tópicos”.

La falta terrena contra otro es hoy un aparente ante-pecado contra el orden normativo.

Punir el peligro, a veces, parece peor que la penitencia por confesión. Simplemente no permite la contricción, el arrepentimiento, porque al evitar profilácticamente el daño (o la creación del riesgo indeseable, o la incompetente administración del riesgo tolerado)²⁰, impide pecar y eso es inhumano, pues no se puede imponer por una norma penal una completa adhesión al valor que encierra con tal de llegar, por convicción, a anular su voluntad de acción humana, ya que si así fuera, se justifica a todo evento el sancionar la frustración de

criminal menos raquítica, que por encima de fronteras escudriñe otras avenidas de desafíos, a no dudar, definitivamente más intensas en su potencial ofensividad a una sociedad democrática [...]”.

¹⁷ O sea, considerando el concepto enunciado por Von Liszt de “Ciencia conjunta del Derecho Penal”, o la visión integradora de Alessandro Baratta, al proyectar un “Sistema dinámico de funciones”, cuyo fin último común es el ejercicio de un control social selectivo (como se escribe en la presentación de BUSTOS y HORMAZÁBAL, *Nuevo sistema de Derecho penal*, cit.).

¹⁸ JAKOBS, cit., y MANRIQUEZ, J. C., *Omisión propia y posición de garantía por cualificación en el rol del sujeto activo. Un caso curioso: Lavado o blanqueo culposo de bienes o activos de origen ilícito en la Ley N° 19.913, que crea la Unidad de Análisis Financiero (UAF) de Chile*, en *Libro de Ponencias del XVI Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología*, cit., pp. 123 ss..

¹⁹ Roxin, C., *Problemas actuales de dogmática penal* (Trad. de Abanto, 1ª edic, Ara, 2004.), pp. 91 ss. Tiene la verdad Roxin cuando escribe que no se puede, en la comisión cualificada del sujeto, exigirle a cualquiera que cumpla el mandato de acción u obedecer la prohibición de obrar, si no ha conocido los hechos que fundan la prohibición o el mandato o, en nuestra opinión no ha podido conocerlos.

²⁰ La imputación por incompetencia en la organización o por deficiente control del riesgo conocido, e incluso lucrativo, como ocurre con la teoría del “riesgo - empresa”, ha llegado a lugares hasta hace poco impensados, como el Derecho del Transporte Marítimo, sancionando punitivamente sucesos de contaminación marina culposa o imprudente, por vertimientos o derrames antes castigados sólo con dinero; o de extravío o merma de la carga que no llega a destino a título de hurto, daños o apropiaciones indebidas, si el BL de origen no protestado o “limpio” no coincide con lo que llega o con su estado, pues el “guardador” de las cosas transportadas es el capitán de la nave, que representa al naviero o armador, o sea, dando paso a lo que el mundo anglosajón llama “criminalisation”. Al respecto *Criminalisation: not a word, but a sentence*, en *Fairplay International Shipping Weekly*, 2. 12. 2004, Lloyd’s Register, UK.

tipos formales, que es lo mismo que no haber alcanzado –por falta de acciones imputables al hechor– a realizar el comportamiento típico, considerado ex ante peligroso para la vigencia del deber penal (vale decir, castigar la tentativa peligrosa de ofensa al Derecho, como un Todo Soberano).

Lo anterior, más que “moderno” asemeja una reaparición de la “defensa social”, ahora con el rótulo de “seguridad ciudadana”.

Ante esto, cabe declararse “*protestante*”, pero no para instalar un nuevo orden, sino simplemente para advertir el peligro de lo “nuevo”, no por ser tal, sino que por su capacidad ofensiva para el fin último del Derecho Penal y de la Dogmática: hacer justicia en las decisiones y buscar respuestas razonables para ese fin²¹.

Así de las “nuevas penas” me declaro “agnóstico”, ya que si la pena “clásica” o estatal, en cuanto detrimento considerable de derechos personales y consecuencia única del delito, no es hoy el “dios” para toda víctima –que prefiere reparaciones directas, prontas y más eficaces, privadamente pactadas y preferentes al interés público– como lo reconoce el Mensaje del Código Procesal Penal (Contenido del Proyecto, 2) Principios básicos, párrafo 12; y 4) Salidas alternativas y procedimientos abreviados; párrafos 2º, 3º, 4º y 6º, entre otros) no se ve motivo para instalar deidades menores en el ámbito del riesgo común, sobre todo si su furia o poder correctivo recae sólo hacia abajo. Es lo que ocurre con una serie de proyectos legislativos en trámite o propuestos, tales como punir la tentativa peligrosa de ofensa a Carabineros en servicio; el intento peligroso de fraude al seguro, fundándose en el daño que producen sumados los “pequeños topones” que resultan en millones de dólares de pérdida; modificación del régimen sancionatorio y cautelar de la simple embriaguez en la conducción de rodados, equiparar el ceda el paso al pare en el tránsito público, si se ha bebido, como infracción gravísima y determinante del accidente posterior, etc.

La pasión por el Derecho Penal nos hace reconocer que derribamos mitos para instalar otros: Es una acción druidica (construir y reconstruir los túmulos de Stonehenge). Hacemos y rehacemos las estructuras para comunicar nuestra realidad con el Universo, con el mismo dolor de Prometeo: no podemos elevarnos, estamos atados a la piedra con cadenas y nuestro hígado es devorado por el águila infernal, pero lo peor, es que se regenera para volver a ser comido.

Las coincidencias entre “El Diabolo” y la idea actual propuesta para el concepto de “antijuricidad” (de valor universal) son curiosas, dado que aquél puede

²¹ ROXIN, en *Problemas*, cit., p. 20, 45 y 46, para intentar conciliar el fenómeno del expansionismo con la legitimación de los tipos penales, a través de pautas argumentativas que impidan una extensión exagerada de las potestades punitivas interventoras, que resulten contrarias al Estado de Derecho, advierte que las nuevas respuestas no deben generar tipos penales de una abstracción tal que terminen fundándose en bienes jurídicos inexistentes o impalpables; por ello debe avanzarse en reconocer que la protección penal si bien no puede limitarse a los bienes de las personas en vida, y debe también preocuparse de las “bases de vida de las futuras generaciones” (Schünemann) ello no debe hacerse abandonando el principio de protección de bienes jurídicos, sino que ampliarlo precisamente, a través de concretas propuestas de regulación penal.

tener el “control del cuerpo”, pero no el “control del alma”, y ese parece ser “el fundamento de la punición”. El sujeto no entendió lo que “la norma quería de él”, o no se supo conducir, o motivar por los valores de que da cuenta “la norma y su poder”, y por ello primero se le conmina ante todo a arrepentirse y reconocer responsabilidad (como ocurre con el art. 395 del Código Procesal Penal), para obtener rebajas o beneficios del sinalagma que significa para el Ministerio Público no realizar el juicio oral, y/o luego se le “conmina enmendarse” y se le suspende la pena o el procedimiento (art. 398 del Código Procesal Penal), etc.²²

En el ámbito del peligro y en la punición de la imprudencia, el tipo penal construido *ex ante* sobre criterios de imputación objetiva por creación, desestimación, extremación o incompetente administración del riesgo, estas manifestaciones son más intensas, ya que la lógica es evitar el daño o la concreción de una hipótesis de peligro serio que pueda exponer a un riesgo remoto o cercano a posibles ofendidos, o a la sociedad toda. Por ejemplo, el art. 196 G de la Ley del Tránsito, o simple estado contravencional por incumplimiento del deber impuesto por el art. 115 A de la ley; y también en el art. 196 E, en que la cancelación de licencia de conductor impuesta por el tipo agravado y de resultado, sólo podrá alzarse con “nuevos antecedentes que permitan estimar fundadamente que ha desaparecido el peligro para el tránsito o para la seguridad pública que importaba la conducción de vehículos motorizados por el infractor, ya que si no se ha impuesto la cancelación de la licencia, sino sólo la suspensión de ella, tal pena accesoria no admite la suspensión condicional del art. 398 del CPP.

Del “no contenido valórico” del tipo (el cuerpo errante en busca de alma, que describía Beling) hemos transitado al “contenido moral” de éste. Cuestión ahora presente en la dogmática es cómo y porqué exigir un mayor o menor nivel de apego y de respuesta a los “estímulos” o “enseñanzas” o “directrices” del tipo, y a las herramientas del sistema punitivo de ejecución, y para esto se han planteado diversas respuestas o líneas de pensamiento, sobre la función y fin de éste: a) Para Roxin, ilustra; b) Para Jakobs motiva; y c) Para Bustos, será medida de la capacidad de respuesta que el Estado ha dado previamente al “sujeto responsable”. Como vemos, fines diversos, para valores diversos.

Relaciones con esos fines del por qué dotar de contenido valórico al tipo, y estimular el acatamiento a la norma penal, hallamos también en nuestra Reforma Procesal Penal en la aplicación del Principio de Oportunidad (art. 170 del

²² En SCS., Rol N° 2.992 - 2004, C/ F. Chávez B., el máximo tribunal, al fallar en casación una causa del “sistema antiguo” pero coexistente con el “nuevo”, hace extensivos estos criterios retroactivamente, *in pejus* (a nuestro entender, contrariando el art. 11 del Código Procesal Penal, que dispone la ultractividad benigna de la Ley Procesal antigua y sólo ese caso), a la causal de casación del 546 N° 1 del Código de Procedimiento Penal, alegada por haberse impuesto al recurrente una pena errónea y más grave, en segunda instancia con infracción a las normas sobre determinación de la participación, pues según “reciente jurisprudencia” del alto tribunal, esa causal queda reservada para el condenado que “hubiere reconocido participación en el ilícito”, y como en este caso, establecido el delito, el recurrente sostenía que se le había aplicado una sanción en circunstancias que no le correspondía ninguna, porque no había participado en el hecho punible, el recurso no podía ser acogido.

CPP), que faculta no iniciar o abandonar la persecución penal cuando el hecho no comprometa gravemente el interés público, aunque sea formalmente típico (a pesar que se aplica con la lógica de “para mentir y comer pescado...”), aunque la realidad ya nos muestre algunos casos de “*labeling*” no muy felices²³, como ocurre con algunos “mecheros” imputados por los “hurtos hormiga”, creados a partir de la Ley N° 19.450, y de su modificación por la Ley N° 19.950.

Otros ejemplos de caída de los dogmas clásicos, por necesidades procesales y funcionales (que encierran decisiones de política criminal) son:

a) Las faltas, que se castigaban tradicionalmente sólo como consumadas, caen ante la punición de la frustradas y la tentativa. El problema y efectos creados por la Ley N° 19.950, y su referencia al art. 7° del Código Penal dentro del régimen de faltas, al disponer que los hurtos – faltas frustrados y tentados también resultarían punibles, se recoge en diversos fallos contradictorios, como aquellos que han resuelto que esta es una ley penal en blanco y otros que son de opinión de sancionarlos, por diversos razonamientos;²⁴

b) Los cuasidelitos caen ante los tipos imprudentes, doblemente: Se penan ahora contra las cosas y por lesividad mínima. Las normas adecuatorias de la Reforma Procesal Penal han entregado a la persecución del Ministerio Público los “daños imprudentemente causados” en vehículos, hasta por 1 UTM²⁵.

c) Fin y fundamento de la pena: del anclaje en la culpabilidad al “acuerdo negociado”: los acuerdos reparatorios (art. 241 CPP)²⁶⁻²⁷; y el desarrollo “foral”

²³ El origen de esta disposición es el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica (art. 230) y el anteproyecto de Código Procesal Penal para El Salvador, de 1993. Indicativo resulta constatar que la Comisión Parlamentaria, durante la tramitación del Proyecto del Código Procesal Penal chileno, se entrevistó con diversos Jueces y, en sus palabras, habrían constatado que “[...] *esta era la forma en que los jueces desestimaban más o menos el 80% de sus ingresos* [...]”. Al respecto, PFEFFER cit., p. 192.

²⁴ Al respecto, SCA. Antofagasta, 10.12.2004, Rol N° 195 - 04, recurso de nulidad acogido, que es opinión de sancionarlo porque tal ha sido la “intención clara del legislador”; y SCA. Rancagua, 30.12.2004, Rol N° 181 - 2004, sobre su “forma de castigar la figura de hurto falta frustrado”, el que es claramente punible conforme el art. 494 bis del CP, por aplicación *in bonam partem* de los arts. 50 ss. del mismo Código; y en contra, SCA. Valparaíso, redacción del Ministro G. Morales.

²⁵ Curioso el caso de un niño de 3 años que debió declarar ante la Fiscalía de Rancagua, acusado por quebrar un parabrisas, cuando lanzó una piedra al aire, que cayó sobre un taxi colectivo de su vecino, que se encontraba estacionado. Ante la comparecencia del menor, el Fiscal adjunto asumió la situación como un error. *El Mercurio* de Santiago, 13. 11. 2004, C - 15.

²⁶ En RIT. 1512 - 2004, RUC. 0400108289 - 8, del Tribunal de Garantía de Viña del Mar, se produjo una interesante discusión sobre un acuerdo reparatorio celebrado en audiencia por un tercero civilmente responsable y una víctima, sin admisión de responsabilidad de aquél, a pesar de haber sido formalizado, lo que el tribunal aprobó y la Corte de Apelaciones de Valparaíso confirmó en el Rol IC. N° 267 - 2004, el 10.05.2004, vid. *Semana Jurídica* 188 (14 - 20. 06. 2004).

²⁷ Tanto el Servicio Nacional de Aduanas (informe 20 - 2003, de la Sub Dirección Jurídica) como el Servicio de Impuestos Internos, han reglamentado los acuerdos reparatorios en sede administrativa y previos a la pesquisa por el Ministerio Público, privilegiando esa salida alternativa a través de convenios directos y desformalizados, y criterios objetivos de renuncia

del procedimiento abreviado (art. 406 CPP), como una verdadera audiencia de determinación de pena, se muestran como soluciones “funcionales” al interés de los intervinientes, públicos y privados.

d) En la Reforma de la Reforma, más poder para el Fiscal y mayor exigencia de reconocimiento de la falta, para gozar del perdón condicionado, como ocurre con el conjunto de modificaciones en trámite en la Cámara de Diputados (Boletín 3465 - 07, iniciado por Mensaje N° 440 - 350, 22.01.2004) destinado a agilizar la persecución penal, evitar zonas de impunidad y corregir errores normativos, lo que ha dado lugar a un intenso debate entre los interesados.

III. NO TODO HA DE SER PROBLEMAS O PREOCUPACIONES. MEDIOS CORRECTIVOS

En fin, los dolores del crecimiento están presentes en las diversas manifestaciones de la vida humana y como realidades debemos reconocerlas, intentar entenderlas y convivir con ellas.

Parece cierto que la vinculación derecho penal sustantivo – derecho penal adjetivo (incluso este último como “co-creador” del nuevo Derecho Penal de fondo, aunque dude de ello el Profesor Rafael Blanco, y no por pretensión de los penalistas de “minimizar” o “secuestrar para sí” el derecho adjetivo, lo cual sería un despropósito tamaño) es hoy mucho mayor e intensa que en el pasado y demuestra el principio del fin del *Academicismo* del siglo XIX. Las fronteras del discurso lógico – explicativo y de compartimentos estanco no son ya tan claras, sino que dan paso a la interrelación ineludible que supone una justicia eficaz y pronta, a la cual también se debe aspirar como justa y reconocedora de la dignidad de la persona humana como límite último del *ius puniendi*.

Los efectos de esta realidad son variados y tocan no sólo al poder de definición o *incriminación primaria*, sino que a la política criminal ante todo, a los órganos de asistencia y de ejecución relacionados con el delito, al ejercicio de la magistratura y la abogacía, y por último, al estudio y enseñanza del Derecho Penal y de las ciencias relacionadas a él, y en este contexto algunas líneas concretas de trabajo y discusión pueden ser, en nuestra realidad y a pocos años de andar la Reforma Procesal Penal en Chile, cuyo análisis ha sido el objeto de estas Primeras Jornadas, entre otras las siguientes:

1. No olvidar que el Derecho Procesal Penal y el Derecho Penal Sustantivo se sirven recíprocamente, y con relación de dependencia.

2. Que el Derecho Penal Sustantivo moderno y expandido por sí no es malo

de la acción penal, conforme al art. 212 de la O. de Aduanas y al Código Tributario, en su caso. Relevante fue lo discutido y aprobado en el RIT. N° 1582 - 04 del Tribunal de Garantía de Valparaíso, sobre supuesto contrabando de importación en automóviles de lujo, en que se aprobó un acuerdo reparatorio por US\$ 1.000.000. a favor del Servicio Nacional de Aduanas, habiendo sostenido los intervinientes que se había ofendido el “patrimonio fiscal” como bien jurídico disponible, y no el orden económico general como se había sostenido desde hacía tiempo por el Servicio que obró como víctima.

si se expande también hacia arriba, como se busca en los sistemas de imputación “*top - down*” y se resguarden las garantías ganadas por el Derecho penal liberal.

3. No olvidar que la imputación penal ha de tener por fuente legítima el dolo o la imprudencia, y el juicio de reproche (la necesidad de pena) ha de estar fundado en un sistema imputativo secular, separando los órdenes normativos religiosos, morales y sociales de los jurídicos, sin desconocer su interacción²⁸, y que la valoración del objeto de protección, así como la protección del objeto valorado²⁹ no puede estar interferida por la reacción a las emergencias³⁰.

4. Mantener en estado de alerta las discusiones y a los interesados en ellas, porque no se percibe socialmente como algo tolerable que de 89.000 denuncias, el 11,1% se investigue y judicialice; que sólo lleguen a juicio oral no más del 1/1000 de aquellos hechos, de los cuales un 47% sean robos³¹. Tampoco es conveniente que el índice de resultado se mire por las condenas en monitorios o abreviados, y reconociendo que no todo puede llegar a juicio oral, es necesario ampliar el universo de las investigaciones formalizadas a “delitos más complejos”, que también tienen víctimas que necesitan protección³².

5. Influir en el cambio de los métodos, mallas y programas de enseñanza del Derecho Penal Sustantivo, lo que debe hacerse en paralelo con el Derecho Penal Adjetivo, para ajustarlos a las exigencias actuales, con tal que se entienda que el Derecho Penal no puede ser la respuesta de y para todo; y

6. Orientar los debates dogmáticos, la aplicación práctica de la ley en los tribunales y las discusiones parlamentarias de los proyectos de nuevas tipificaciones penales desde la óptica de la protección de bienes jurídicos o de la capacidad de exigir respuesta al sujeto imperado, como límites necesarios al poder punitivo, desde la legitimidad de un Estado Social y Democrático de Derecho, tolerante y pluralista, tratando que igual reserva se tenga en las propuestas de Política Criminal desde las que se argumente la creación y/o aplicación de las normas, postulados que pueden hacer posible la convivencia de diversas “velocidades” que reconozcan las bondades del sistema procesal actual, por cierto mayores que sus debilidades, porque se favorece así un avance serio hacia el establecimiento justo

²⁸ Sobre la vinculación norma moral - de trato social - norma jurídica y obligación de actuar, véase SCA. Santiago, 1988, en *GJ* 101, pp. 40 ss., en cuanto dice: “[...] la exigencia normativa que establece la obligación de actuar puede ser ética, social o jurídica [...]”, todo ello para establecer la fuente de la posición de garantía en un delito omisivo, cit. por POLITOFF, *DP*, I.

²⁹ PUPPE, I., *El error en el Derecho Penal* (Trad. Córdova y Bruzzone, 2000).

³⁰ Zaffaroni, en una entrevista de *El Mercurio*, C - 8, de 15. 11. 2004, cuestiona lo que denomina “autoritarismo *cool*”, al decir que hoy muchos “políticos-espectáculo, al generarla, usan la ley penal como un instrumento político y mediático [...]. Hay una suerte de delirio de seguridad que se va creando en la población a través de los medios de comunicación [...]”

³¹ Estadísticas a diciembre 2004, segregadas por regiones, materias y términos, en www.minpublico.cl

³² El “pulso social” se testea habitualmente por los medios de comunicación, muchas veces con intereses discordantes al del análisis propuesto.

de la responsabilidad penal en áreas donde claramente hay “zonas de impunidad” intocadas, redundando al mismo tiempo en una protección mayor para todos (por ejemplo: la delincuencia económica, los delitos societarios, el uso abusivo de la persona jurídica, etc.).

[Recibido el 29 de marzo y aceptado el 30 de abril de 2005].