

APUNTES DE DERECHO PENAL

Cátedra del profesor Carlos Künsemüller L.
Ayudante Andrés Valenzuela Donoso

Nota: Estos apuntes fueron preparados por Andrés Valenzuela Donoso como base a la realización de las clases de la cátedra. Por lo mismo, estos NO constituyen bibliografía suficiente para el ramo.

Principio de Legalidad

1.- Principios limitadores del Ius Puniendi.-

La facultad contenida en el ius puniendi estatal tiene ciertas limitaciones que evitan su aplicación en forma arbitraria, con fines distintos a los cuales debe materializarse, o en casos donde no es conveniente hacerlo.

Las limitaciones a este poder estatal se agrupan en tres estamentos asociados a las distintas características propias que debe tener el Estado.

- a) Estado de Derecho: Se refiere al Estado cuya malla normativa emana del mandato soberano entregado por el pueblo al poder legislativo y no producto de una imposición y por tanto el ius puniendi obedece a esta premisa siendo materializado de forma clara y determinada a través del instrumento *ley*.
- b) Estado Social: Se refiere a que en un estado de esta naturaleza, la *utilización de la fuerza se hace en forma muy mínima y por tanto solo cuando sea estrictamente necesario* y solo para cumplir la función de control social en virtud de la puesta en riesgo de la paz social pero no como un mero instrumento de terror o de perpetuación del poder.
- c) Estado Democrático: Se refiere al Estado que se encuentra al servicio de la persona humana y por tanto su actuar debe ser en pleno *respeto a los derechos fundamentales del individuo*. Por tanto la punición de hechos debe hacerse infringiendo en la menor forma los derechos fundamentales de las personas.

Las limitaciones al ius puniendi se materializan en diversos principios cada asociado a alguna de las características y exigencias que debe cumplir el Estado, a saber:

- El Estado de Derecho supone a su respecto el *Principio de Legalidad o de reserva legal*.
- El Estado Social supone el *Principio de la Mínima Intervención*
- El Estado Democrático supone los principios de *Humanidad, Culpabilidad, Proporcionalidad y Resocialización*.

2.- Principio de Legalidad o Reserva Legal.-

Este sencillo pero fundamental principio se reduce a que solamente serán constitutivos de delito y de imposición de pena aquellos hechos que la ley haya determinado.

Se reduce en la máxima latina *nullum crimen, nulla poena sine legem* o que no existe crimen ni pena sin que una ley así lo haya establecido previamente.

Este principio es, por tanto, formal ya que se refiere a cómo el Estado podrá ejercer su facultad de castigar pero ofrece a la vez una de las más poderosas garantías al sujeto toda vez que no se le podrá castigar más que por los hechos que la ley haya establecido como delito y solo como la pena establecida en ella misma. Por lo tanto, es un poderoso límite a la autoridad administrativa llamada a ejercer en forma operativa la facultad estatal de sancionar. Es solo la ley quien señala qué es delito y qué pena llevara aparejada.

Para satisfacer este principio, se entiende que la ley tiene que reunir tres características básicas:

-Lex Praevia: La ley que establece delito y pena debe haber estado establecida con anterioridad a los hechos que sanciona. Esto se vincula con el principio de irretroactividad de la ley penal el cual se aplica de forma general siendo la retroactividad la excepción cuando resulte más beneficiosa para el reo (art 18 del Código Penal).

-Lex Scripta: No se refiere a que sea ley escrita sino a que ésta haya sido dictada de acuerdo al procedimiento para la creación de leyes establecido por la Constitución Política de la República. Se excluyen en principio todos los preceptos y normas que no se condigan con esta condición como lo es la costumbre por ejemplo. Esto se consagra en los artículos 19 N° 3 incisos finales donde se establece que solo por ley se podrá tipificar un hecho como delito y en el artículo 1 del Código Penal el cual señala que son delitos todas acciones u omisiones penadas por la ley.

-Lex Stricta: El precepto normativo no debe contener vaguedades al establecer y describir la conducta que se ha de tipificar como delito y la pena a imponer. Esto constituye igualmente a una garantía para los individuos, principalmente para con los órganos de persecución penal toda vez que no debe quedar duda alguna respecto a si un hecho es o no delito. Para ello, la ley debe ser clara y precisa en la descripción del supuesto de hecho y la pena a imponerse.

A esto se le conoce como mandato de determinación o taxatividad y se relaciona con el tipo penal mismo el cual debe ser preciso y claro en la descripción de su supuesto de hecho para evitar vaguedades y así los ciudadanos tengan plena claridad respecto de los hechos constitutivos de delito además de evitarse arbitrariedades en la persecución penal misma por parte de los órganos encargados de ella.

El principio de legalidad por tanto es la garantía de seguridad jurídica para el ciudadano: solo podrá ser formalizado, investigado y enjuiciado por los hechos que una ley formalmente dictada por el poder legislativo del Estado haya tipificado de forma previa y clara los hechos como un delito y a los cuales les haya asociado con la misma claridad la imposición de una pena determinada.

2.1.- Excepciones al Principio de Legalidad.-

-Las Medidas de Seguridad: Es una de las formas de reacción por parte del Estado junto con las penas, lo que convierte el sistema chileno en uno de "doble vía" en la respuesta punitiva estatal. Las penas van aparejadas a los delitos y se le imponen a la persona que los comete en virtud de la determinación señalada en la misma ley y al principio de culpabilidad que es el baremo que regula la responsabilidad penal en cuanto a cada sujeto.

Las medidas de seguridad, en cambio, son una forma de reacción por parte del Estado pero no en virtud del principio de culpabilidad sino que el de peligrosidad de ciertos sujetos. Es por ello que carecen de duración determinada en el tiempo y son de una constitucionalidad a lo menos dudosa aunque de plena aplicación y reglada en el Código Procesal Penal respecto de imputados que cayeren en enajenación mental aunque son precedidas de un debate oral entre los intervinientes lo que podría dar a entender que son regidas por el principio de necesidad.

Son excepciones al principio de legalidad puesto que su aplicación y duración no están establecidos de manera concreta por la ley.

-La Aplicación Analógica de la Ley "In Bonam Partem": Cabe recordar que la analogía implica dos supuestos: Interpretar una ley a través de los preceptos de otra (*interpretación analógica*) o bien derechamente aplicar una ley para un caso no regulado en ella expresamente, supliendo de esa forma lagunas legales cuando el caso no reglado es similar al de la ley a aplicar (*aplicación analógica*).

La interpretación analógica, en principio, es permitida y no habría problemas en su aplicación frente al principio de legalidad, ya que solo obedece al hecho de aclarar el sentido de una norma.

El problema frente al principio de legalidad referido lo plantea la aplicación analógica de la ley penal, ya que esto implica consentir en la aplicación de una norma legal para un supuesto no establecido de forma expresa en ésta. Por tanto se estarían subsumiendo hechos a una norma destinada sancionar otros, pasándose por encima del supuesto de hecho contenido en la ley penal como garantía y, por tanto, del principio de legalidad.

Sin embargo, cabe detenerse en que esta situación, en realidad, solo se produce respecto de la llamada analogía "in malam partem", esto es, aplicar una norma penal para una situación no reglada en ésta, obteniéndose con ésta operación, resultados jurídicos en contra del imputado, o bien sancionándolo por hechos que escapen al supuesto de hecho de la norma, o bien, agravando la responsabilidad aplicando normas relativas a supuestos diferentes. Dicha actividad se encuentra reñida con el principio de legalidad y por tanto es resistida pues implica la creación de nuevas figuras penales inexistentes en la ley, las que, de aceptarse lo anterior, pasarían a existir mediante el proceso de aplicación

de la ley penal por los intervinientes o tribunales involucrados en un proceso penal, sin que se haya respetado todo el trámite previo y formal que garantiza la formación de la ley penal, norma que, por lo demás, tampoco sería anterior a los hechos que pasaría a reglar.

En cambio, la analogía "in bonam partem", esto es, la aplicación de normas penales a situaciones no regladas en su supuesto de hecho pero que beneficien al imputado, si bien atentaría contra la reserva legal estricta, no afecta ningún derecho del individuo y además reduce el ámbito de lo punible por lo que no existen reparos doctrinales a su aplicación. Por lo anterior, si bien se considera una excepción al principio de legalidad igualmente, su utilización no está vedada.

-Tipos Penales Abiertos: Esta técnica legislativa se refiere al requisito de *lex stricta* propio de las normas penales. Se refiere a la existencia de ciertos tipos penales en los cuales el legislador, si bien describe la conducta, lo hace en forma incompleta o vaga por lo que toca a los órganos de persecución penal o jurisdiccionales entrar a completar la conducta punible y a determinar si cada caso concreto para el cual el supuesto de hecho es apropiado, obedece o no realmente al tipo penal respectivo. Esta situación puede darse o por una decisión político criminal en que se desea reservar cierto margen de libertad para la aplicación del precepto penal o por falencias y defectos en la técnica legislativa. Ambas situaciones se encuentran reñidas con el principio de legalidad.

-Cláusulas Generales: Son ciertas expresiones incluidas en los tipos penales cuyas características son su alta vaguedad e indeterminación, lo que permite mantener regulado un asunto aun a pesar de los cambiantes rumbos y exigencias político criminales de cada periodo histórico determinado.

En esto se diferencia de los tipos penales abiertos: en éstos la conducta es la que se encuentra indeterminada y, en fin, es el tipo penal el que no se encuentra suficientemente acotado. En cambio en las cláusulas generales la conducta puede estar perfectamente descrita, pero en su redacción se incluyen elementos cuyo significado es poco claro y cuyo contenido puede ser determinado por el interprete del precepto penal dependiendo del momento histórico o la posición ideológica desde la cual se haga la interpretación.

Se refiere a expresiones como "la soberanía nacional", "el honor de la patria", "el sano sentimiento del pueblo" y similares.

Criticables además de por su vaguedad, también resultan resistidas por contener un alto sentido valorativo y moralizante.

Efectos de la ley penal

- 1.- En cuanto al espacio.
- 2.- En cuanto al tiempo.
- 3.- En cuando a la persona.

1.- Efectos de la ley penal en cuanto al espacio.-

Las normas básicas al respecto son los artículos 5 y 6 del Código Penal.

Principio básico: La territorialidad de la ley penal.

Esta establecida en el art. 5 del Código Penal y señala que la ley penal chilena afecta dentro del territorio de Chile por igual a chilenos y extranjeros. Aquello es una aplicación del principio de la soberanía.

El artículo 6 por su parte plantea la posibilidad de excepciones al principio de la territorialidad pues autoriza la persecución respecto de chilenos o extranjeros de delitos que se cometieron fuera del territorio de la republica bajo ciertos y determinados supuestos.

Materialización de esto último es el artículo 6 del COT en donde se enumeran una serie de ilícitos que, aun cuando sean cometidos fuera de las fronteras de Chile, serán de competencia de los tribunales chilenos. Por vía ejemplar se pueden mencionar ciertos delitos cometidos por agentes o funcionarios del Estado chileno en el exterior (delitos de diplomáticos, algunos delitos funcionarios cometidos por chilenos en el extranjero), los que afecten de alguna manera al Estado chileno (falsificación del sello del Estado chileno, moneda o documentos oficiales), los que afecten a chilenos (delitos contra chilenos cometidos en el extranjero si el culpable no fue juzgado allá, algunos delitos sexuales cometidos contra chilenos) y otros hechos que en virtud del derecho penal internacional fueran de jurisdicción universal (piratería).

Una exposición más sistemática de lo anterior se verá al tratar las excepciones al principio de territorialidad en particular.

1.1.- Concepto de territorio.-

1.1.1.- Territorio real

Primeramente cabe señalar dentro de la noción de territorio real, la porción de tierra limitada por las fronteras. Sin embargo, es el mismo artículo 5 del Código Penal el que incluye en la noción de territorio al mar territorial o adyacente. Dentro de este concepto de mar adyacente o territorial se entiende la porción de océano que va desde las líneas de base costeras hasta 12 millas mar adentro (art 593 Código Civil). Ahora, respecto de la zona contigua (24 millas desde la línea de base) se entiende que Chile igualmente ejerce jurisdicción.

Respecto del espacio aéreo, es aquel que se encuentra por sobre su territorio y sobre éste Chile tiene competencia salvo las excepciones que puedan existir respecto del territorio ficto de otro Estado.

1.1.2.- Territorio ficto

Igualmente se entiende aplicable la ley penal respecto del llamado territorio ficto. Este territorio lo constituyen las naves chilenas mercantes en alta mar y las naves de guerra chilenas en cualquier lugar. Cualquier delito cometido en ellas, atendidas las circunstancias señaladas, se entiende cometido en territorio chileno y, por tanto, es competente la jurisdicción chilena.

El concepto de territorio ficto va determinado por el llamado principio de la bandera a la luz del cual si bien la nave puede ir en aguas de otra nación o en alta mar, al estar bajo la bandera chilena, se entienden parte del territorio para estos efectos.

Situación análoga, ha entendido la doctrina, ocurre respecto de las aeronaves chilenas. Se entienden territorio chileno respecto de los delitos que se cometan en su interior si son aeronaves chilenas de guerra bajo todo evento y si están en espacio aéreo internacional cuando se trate de aeronaves chilenas mercantes.

Por último, también se ha entendido que análoga situación ocurre respecto de territorios extranjeros ocupados militarmente por armas chilenas.

1.2.- Determinación del lugar donde se entiende cometido el delito.-

Se suscita porque el Código no tiene normas que permitan determinar cuando un delito se entiende cometido dentro de Chile. El problema, puntualmente, puede suscitarse con los delitos a distancia en donde se da principio a ejecución con la finalidad que la acción se complete en otro país, como sería enviar una bomba desde España para que estalle en Chile, o bien, en los llamados delitos de tránsito en que la acción se entiende completa en un país pero el resultado se produce en otro, como cuando se hiere a alguien de muerte en Argentina pero muere en Chile.

1.2.1.- Teorías al respecto:

Al respecto se han esbozado algunas teorías que pretenden resolver el problema de determinar en qué Estado, y por tanto qué legislación se aplica, se entiende cometido un hecho que revista caracteres de delito:

-Teoría de la actividad: El delito se entiende cometido donde se comenzó a ejecutar el delito. Esto es que, por ejemplo, respecto del caso de la acción matadora realizada en Argentina cuyo resultado se produce en Chile, el delito se entendería cometido en la República Argentina y serían sus tribunales los competentes para el juzgamiento del hecho.

-Teoría del resultado: El delito se entiende cometido donde produce sus efectos, o más técnicamente, donde se produce la infracción al bien jurídico tutelado. En el mismo caso, habría que entender que el delito se entenderá cometido en Chile, pues si bien la acción matadora se realizó en Argentina, no fue sino en Chile donde se produjeron los resultados lesivos para el bien jurídico vida amparado por el delito de homicidio: la muerte de la persona.

-Teoría de la ubicuidad: Para esta teoría no tiene mayor relevancia el lugar donde se hubiere realizado la acción ni donde se produzca el resultado puesto que plantea que para que un Estado ejerza su jurisdicción respecto de un hecho, bastará que en su territorio se haya producido la acción o el resultado de la misma. Esta es la teoría mas aceptada en doctrina puesto que, por un lado, evita la existencia de lagunas de punición, y por otro lado, se adapta de mejor manera a los principios de soberanía nacional ya que a éste le compete proteger los bienes jurídicos al interior de sus fronteras, sea que en ellos se produzca el daño efectivo o la acción generadora de riesgo.

1.3.- Excepciones al principio de territorialidad.-

Como ya se anticipaba, el principio de territorialidad de la ley chilena se refiere a que ésta se aplicará dentro de los límites del territorio chileno. Sin embargo, éste principio no es absoluto y las excepciones se refieren precisamente a casos en que la ley chilena tiene aplicación extraterritorial. Sin embargo, esto no implica que los tribunales extranjeros deberán aplicar la ley chilena, sino que la real manifestación de este principio es que, bajo ciertas circunstancias, en algunos hechos ocurridos fuera de Chile serán competentes los tribunales chilenos quienes resolverán esos casos según las leyes de la República de Chile.

Estas excepciones al principio de territorialidad de la ley chilena están asociadas a ciertos principios que las hacen plausibles:

- Principio de personalidad:** atendida la nacionalidad del sujeto imputado.
- Principio real o de defensa:** atendido que con un delito se ponen en compromiso los intereses de la nación.
- Principio de universalidad:** en virtud del cual ciertos delitos comprometen los intereses de la comunidad universal en su integridad, usualmente vinculada a violaciones más extremas y flagrantes de los derechos humanos, los que priman por sobre cualquier soberanía.

1.3.1.- Casos de extraterritorialidad de la ley penal chilena en virtud del principio de personalidad

Se dan principalmente respecto de hechos que se producen en el extranjero pero donde a la vez el Estado nacional del autor se niega a extraditarlo a una nación extraña por lo que esta obligado a juzgarlo por un hecho ocurrido fuera de las fronteras. Se basa en el principio de no extraditación de los nacionales.

Es de escasa aplicación en Chile. Ejemplo: artículo 6 N° 6 del COT señala que los tribunales chilenos conocerán de los crímenes y simples delitos cometidos en el extranjero si el nacional regresa a Chile sin haber sido juzgado en el país donde delinquiró.

1.3.2.- Casos de extraterritorialidad de la ley penal chilena en virtud del principio de defensa o real

Implica juzgamiento en Chile de hechos cometidos en el extranjero cuando estos comprometan los intereses de la nación sin importar la nacionalidad de los autores.

Ejemplo: artículo 3 N° 2 del Código de Justicia Militar: Son competentes los tribunales chilenos de los delitos cometidos por militares en el extranjero en el ejercicio de sus funciones o en comisiones de servicio.

1.3.3.- Casos de extraterritorialidad de la ley penal chilena en virtud del principio de universalidad

Sin importar el lugar de comisión ni la nacionalidad del autor, la ley chilena es aplicable para juzgar hechos que afecten ciertos bienes jurídicos

considerados de máxima relevancia, internacionalmente protegidos y que son patrimonio de todos los Estados.

Es el caso de lo que ocurre con la piratería en el artículo 6 N° 7 del COT y con el resto de los delitos incluidos en los tratados internacionales firmados por Chile según el N° 8 del mismo artículo.

Lo que se busca con esta excepción a la territorialidad es que respecto de ciertos delitos cuya dañosidad es aceptada a nivel universal por prácticamente todos los Estados de la comunidad mundial dado que se trata de ilícitos que atentan contra bienes jurídicos de una manera brutal o derechamente afectan los derechos humanos más fundamentales, el autor de estos no encuentre lugar donde pueda evadir la persecución penal y el juzgamiento de los mismos. Así, la idea detrás de esto es que aun cuando el hecho se cometa en un Estado determinado, en cualquier lugar donde el autor posteriormente se encuentre, la judicatura local pueda juzgarlo por la comisión de los hechos.

Ahora, de igual manera perder las perspectivas también es simple: La persecución penal universal debe aplicarse restrictivamente y solo a hechos de una lesividad de tal magnitud que justifique ignorar las fronteras y pasar por sobre el principio soberano de territorialidad de cada Estado. Sin embargo, la propuesta de anticipaciones punitivas o de la calificación bajo estas categorías a delitos que no tienen tal entidad es una tendencia en el mundo actual. Por tanto, es necesario mantener racionalidad en la calificación de hechos punibles en el marco normativo antedicho.

Problema serio, vinculado con lo anterior, es el que se plantea respecto a qué ocurre si en la legislación del Estado captor de un sujeto imputado por delitos que justifican la persecución universal, no existe un tipo penal análogo al que cometió el sujeto en el extranjero.

Obviando los casos en donde los Estados han suscrito tratados internacionales respecto de la materia (como el Estatuto de Roma que estableció el Tribunal Penal Internacional) se entiende que aun en el caso de que el delito no exista en el Estado captor, el juez no podrá excusarse de juzgar por falta de ley en los casos en que el delito sea de tal magnitud como para caer dentro de los perseguibles a nivel internacional, planteándose como solución al problema la construcción de marcos comisivos masivos de delitos comunes.

Por ejemplo, el genocidio no está tipificado en Chile como delito. Sin embargo, el homicidio calificado, la aplicación de tormentos, la causación de lesiones y el secuestro si lo están y para la unificación en una sola entidad lógica existen las normas de los concursos de delitos.

2.- Efectos de la ley en cuanto al tiempo.-

La norma fundamental la establece el artículo 18 del Código Penal, el que establece el principio rector de irretroactividad de la ley penal: Señala que los delitos y las penas deben estar establecidas en una ley promulgada con anterioridad al hecho al que se aplican. Esto significa que la ley penal rige para el futuro.

La relevancia de este principio de irretroactividad es tremenda: Se se tienen en consideración las circunstancias sociales actuales, en donde impera plenamente el modelo político criminal de la Sociedad del Riesgo y un incipiente auge del Derecho Penal del Enemigo como medidas reactivas al fenómeno criminal, el legislador podría caer en la tentación de agravar normativamente la punibilidad respecto de ciertos hechos ya acaecidos con leyes posteriores destinadas a su juzgamiento, atendida la alarma social o revuelo que puedan causar.

Por ello, la irretroactividad de la ley penal, como forma de evitar la persecución penal con normas hechas a la medida y dictadas con posterioridad al hecho que han de juzgar, es un derecho fundamental contenido en la Constitución Política (artículo 19 N° 3 inciso 7) y en diversos tratados internacionales de DD.HH.

Ahora, se ha entendido que esta irretroactividad de la ley penal se refiere al derecho penal sustancial (delitos, penas y medidas de seguridad) ya que respecto de la ley procesal, doctrinariamente siempre se ha afirmado que ésta rigen in actum, es decir, comienzan a aplicarse desde que estas entran en vigencia.

Sin embargo, es necesario hacer un alcance a esta afirmación procesal. En materia penal el CPP ha establecido en su artículo 11 una pequeña excepción: La ley procesal se aplicará a procedimientos ya iniciados (mantiene el principio de la vigencia in actum de la ley procesal,) *salvo cuando a juicio del tribunal la ley anterior contuviere disposiciones mas beneficiosas para el imputado.*

Con esto se establece el principio de ultraactividad de la ley procesal penal mas beneficiosa, comportándose de la misma manera que el derecho penal sustancial, dejando de ser una cuestión absoluta el hecho que la ley penal rija siempre in actum.

2.1.- Determinación del momento en el cual se entiende cometido el delito.

Para la correcta determinación de la ley vigente al momento de los hechos, es necesario, primero, tener claro cuando se entiende cometido un delito. Sin perjuicio de que la teoría sobre el iter criminis (fases de desarrollo del delito) corresponde al curso de penal II y es una materia de frondoso y complejo desarrollo dogmático, en este punto se adelantarán algunos simples conceptos.

Existen diversos criterios ante este respecto dependiendo del tipo de delitos de que se trate:

-Delitos formales: Son aquellos que se entienden consumados con la mera realización de una conducta y una omisión sin que sea necesaria la realización de un resultado producto de la acción. Ejemplos de este tipo de delitos se encuentran en la conducción de vehículo motorizado en estado de ebriedad o el falso testimonio.

En estos casos, el delito se entiende cometido en el momento en que el hechor ejecuta la conducta prohibida o cuando debía ejecutarse la acción omitida.

-Delitos materiales: Aquellos en donde, a diferencia del caso anterior, se requiere la causación de un resultado. Ejemplo de este tipo de delitos es el

homicidio, en donde para la consumación se requiere la muerte del sujeto pasivo de la acción.

Se ha entendido que para la determinación de la normativa aplicable, hay que atenderse al momento en que se ejecuta la conducta u omisión aun cuando el resultado se produzca con posterioridad.

Sin embargo, la solución no es tan sencilla ya que existen ciertos problemas normativos de no tan simple respuesta como por ejemplo respecto de temas como la prescripción. Piénsese en el caso de que se produce una acción negligente al construir un edificio que se derrumba 7 años después. En tal situación podría darse el caso de que la acción prescriba antes de que pueda perseguirse el delito.

La solución doctrinaria ha sido un tanto ecléctica aunque apegada al texto de la ley: Se aconseja dejar que el juez, según las particularidades de cada caso, decida que norma, en caso de duda, aplicará al asunto.

-Delitos de consumación no instantánea: Son constelaciones de situaciones en donde, o se estado temporal antijurídico el cual excede a la mera ejecución de una acción, o bien, se constituye una sucesión de conductas unidas idealmente según el plan de acción del autor, orientadas a una finalidad determinada. Dentro de estos, se pueden considerar:

+Delitos permanentes: Son aquellos en donde se crea estadio antijurídico que se mantiene en constante ejecución desde que se da comienzo a ésta, hasta que cesa la conducta. Ejemplo: Secuestro (artículo 141 del Código Penal).

+Delitos continuados: Aquella modalidad de comisión que se conforma por una sucesión de actos, todos punibles individualmente, pero unidos intelectualmente entre si considerando la forma de desarrollo de los mismos, el fin último querido por el autor y el mismo bien jurídico afectado.

Se crea una sucesión de actos individuales, análogos entre si, que atacan el bien mismo bien jurídico y, elemento distintivo, se desarrollan dentro del mismo plan y con el mismo objetivo que es querido por su autor.

Cabe señalar que no es que exista un tipo de delitos que tengan como característica el ser delitos continuados sino que es una forma de comisión de delitos comunes. Por ejemplo, en el delito de malversación de caudales públicos del artículo 233 del Código Penal, la sustracción o distracción puede hacerse con la idea final de hacer un solo retiro de dineros desde el patrimonio fiscal, el cual se realiza en varios actos, todos punibles individualmente, pero unidos ideológicamente pues el autor lo que quiere es realizar una sola apropiación de dineros.

Los delitos en modalidad reiterada se entienden ejecutados desde la realización del primer acto hasta el ultimo de la serie unida bajo el plan del autor.

+Delitos habituales: Se refiere a la realización continua de una serie de actos, no punibles individualmente, pero que atendida la reiteración deviene en antijurídica y por tanto en la figura delictual a la cual están referidos. (Delito de favorecimiento de la prostitución, artículo 367 del Código Penal, en donde la habitualidad se entiende como una circunstancia que agrava la responsabilidad penal)

En todos estos casos la doctrina ha señalado una solución análoga: Si durante la ejecución, prolongada en el tiempo, de alguno de estos delitos se dictan leyes que los regulen de forma diversa a aquella vigente cuando principió la ejecución, se aplicará cualquiera de aquellas que haya comenzado a regir durante la ejecución y que sea mas beneficiosa para el reo.

2.2.- Retroactividad de la ley penal beneficiosa al imputado.-

Tal como se señalaba, el artículo 18 establece como principio la irretroactividad de la ley penal lo cual además esta respaldado en la misma Constitución Política del Estado.

Sin embargo, el mismo artículo 18 del Código Penal establece una excepción a este principio: La ley penal puede ser aplicada retroactivamente a hechos anteriores a su promulgación si esta es más beneficiosa para el reo.

Cabe señalar primeramente que el artículo 18 habla de *promulgación* y no de entrada en vigencia ni publicación. Por tanto, basta la dictación del decreto promulgatorio para que una ley pudiera ser aplicada retroactivamente si es mas beneficiosa para el imputado. Esta particularidad generó una interesante discusión respecto a la ley que establece un régimen de Responsabilidad Penal Adolescente después que ésta fue promulgada, pero antes que entrara en vigencia respecto de los imputados que habrían de ser los sujetos regidos por ésta.

El artículo 18 del Código Penal se refiere particularmente a dos supuestos:

- a) Si la ley nueva se ha promulgado después de cometido el hecho, pero antes de dictarse sentencia en el proceso penal llamado a resolver el caso: No hay mayores problemas. Al momento de decidir, el juez deberá estarse a la ley mas nueva si esta es mas beneficiosa para realizar el juzgamiento.
- b) Si la ley nueva se ha promulgado después de haberse dictado sentencia: En tal caso, el asunto ya está resuelto por una sentencia firme y la ley, para tal evento, señala que, se haya o no ejecutado la pena, el tribunal deberá modificar la sentencia de oficio o a petición de parte.

Cabe hacer presente, sin embargo, que esta posición no ha sido indiscutida: Hace un tiempo hubo una dudosa jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia referida al tema en el sentido de que para que una ley más beneficiosa pueda aplicarse retroactivamente, esta tiene que haber entrado en vigencia según el artículo 7 del Código Civil, por lo que no basta que esta haya sido promulgada para su aplicación. Esta argumentación se construyó sobre la base de que en la época del Código Civil, la voz "promulgado" era sinónimo de entrada en vigencia previa publicación y por tanto, considerando el elemento histórico de interpretación se concluyó que era necesaria la entrada en vigencia efectiva de la norma para que ésta pudiese aplicarse retroactivamente, interpretación que actualmente se encuentra abandonada.

El inciso final del artículo 18, por su parte, se refiere a que cualquier modificación que pueda hacerse al fallo de un proceso en el cual se hayan aplicado normas que hayan sido sucedidas por otras más beneficiosas en la misma materia, no afecta las indemnizaciones civiles pagadas en razón de la condena o las inhabilidades establecidas en el mismo fallo.

Respecto de las indemnizaciones ya pagadas, en razón de la estabilidad jurídica, puede estarse de acuerdo sin mayores problemas con lo señalado en la norma, además de ser una materia que no constituye pena penal. Sin embargo, en lo que respecta a las inhabilidades que puedan establecerse respecto del condenado en la sentencia, estas constituyen penas accesorias por lo que caben dentro de lo que podría entenderse por reacción penal al hecho y por tanto, si una norma penal modifica la materia de manera más beneficiosa al imputado, pueden legítimamente plantearse objeciones a su mantención.

2.3.- Concepto de “ley mas favorable”.

En principio podría parecer sencillo esbozar ideas sobre qué ha de entenderse por “ley mas favorable”. Evidentemente, si una ley despenaliza un hecho, se tratará de una ley mas beneficiosa y nadie se atrevería a plantear dudas a ese respecto. Sin embargo, si el precepto nuevo no despenaliza sino que sanciona de una forma diversa un hecho que mantiene su característica de delito, la situación puede ser más dudosa.

Al respecto existen algunos conceptos mas o menos unánimemente aceptados como que si la ley nueva sanciona la conducta con una pecuniaria (pena de multa) en vez de una corporal (presidio), en principio puede entenderse que la segunda ley es más beneficiosa. Sin embargo esto no siempre es tan claro tampoco.

Del mismo modo, se entiende que, refiriéndose a penas privativas de libertad, siempre será más beneficiosa aquella de menor duración temporal. Sin embargo, si la nueva ley establece una pena de mayor duración, pero a la vez estableciendo un modo de cumplimiento en régimen de libertad controlada respecto de un imputado que ya no tiene derecho a beneficios de cumplimiento alternativo de la pena, la situación vuelve a ser dudosa.

Por tanto, lo aconsejable sería dejar al juez, atendidas las particularidades del caso, decidir qué se entiende por ley mas favorable.

Una solución interesante al problema es la planteada por Novoa, quien plantea que no basta analizar solo la pena a aplicar al caso concreto sino que es necesario hacer una comparación global de las consecuencias penales que trae la nueva ley respecto de la antigua para el imputado en particular.

2.4.- Leyes intermedias

Puede darse el caso de que en el período entre la comisión de un hecho punible y la dictación de la sentencia se hayan dictado tres o más leyes que reglan el hecho punible. Entonces, puede ocurrir que existan dos o

mas leyes que se dictaron después de el acaecimiento del hecho pero que perdieron vigencia antes de la dictación de la sentencia. A estas leyes se les conoce como Leyes Intermedias.

La pregunta que cabe hacerse es si esas leyes intermedias pueden ser consideradas dentro de las aplicables al caso concreto si resultan más beneficiosas para el imputado considerando que, ni estaban vigentes al momento de cometerse el delito, ni tampoco a la hora de fallar el juez el asunto.

La respuesta que ha dado la doctrina al problema ha sido más menos unánime en el sentido de que si una ley intermedia, promulgada con posterioridad al hecho pero derogada antes del fallo del asunto, es perfectamente aplicable para juzgar el hecho si es que cumple con el requisito fundamental de ser más favorable al imputado.

La base normativa de ésta solución radica en que el artículo 18 inciso 2º del Código Penal es claro al señalar que basta con que la ley haya sido promulgada con posterioridad a los hechos a los que se pretende aplicar, sin referirse en absoluto respecto a su vigencia posterior.

2.5.- Leyes Transitorias: Temporales y Excepcionales.-

En ciertas ocasiones, por circunstancias contingentes de un momento histórico particular, se dictan leyes destinadas a regir durante un período de tiempo determinado, cesando su vigencia al cumplirse el plazo para el cual fueron dictadas (leyes temporales) o, en otros casos, que dejan de surtir efectos cuando la circunstancia en virtud de la cual fueron dictadas ha dejado de existir. (leyes excepcionales)

Por lo general, estas normas jurídico penales son dictadas para agravar la punibilidad de ciertos delitos debido a que circunstancias contingentes hacen necesario perseguir de forma más dura las infracciones que en situaciones normales no ameritan tanto reproche penal (Por ejemplo, el hurto de energía eléctrica en tiempo de sequía extrema.)

La duda que se plantea es lo que ocurrirá si un hecho se comete durante este período de contingencia, con el disvalor agravado por las circunstancias fácticas particulares que justificaron la dictación de la ley transitoria, y luego, al cesar el escenario especial y dejar de tener vigencia la normativa de excepción volviéndose por tanto a la regulación anterior, menos severa, llega el momento de dictar el fallo en el asunto: ¿Qué legislación habrá de aplicar el juez? ¿Aquella vigente al momento de la infracción pues ésta se produjo precisamente en el periodo en que el escenario justificaba una reacción penal más severa? ¿O por el contrario habrá de primar el principio de que la legislación a aplicar es la más beneficiosa para el imputado?

Aunque preliminarmente la respuesta correcta pareciera ser la segunda, la doctrina ha estado dividida. Enrique Cury ha señalado que la aplicación retroactiva de una ley penal, en términos generales, obedece a una decisión político criminal del Estado en revalorizar el hecho en particular en el sentido de despenalizarlo o penarlo de forma menos dura. Sin embargo, con las leyes transitorias no ocurre esto pues ellas precisamente se dictaron debido a que por circunstancias especiales el disvalor de la conducta aumentaba y, por tanto, el hecho que hayan dejado de regir no pasa por

una decisión política criminal de revalorización de la conducta sino que un regreso a la situación fáctica normal del Estado.

La posición personal, si bien considera plausible el argumento, no lo comparte: El legislador en el artículo 18 no hace distinción alguna y, por tanto, las normas sobre ultraactividad o retroactividad de la ley penal son claras al respecto.

3.- Efectos de la ley en cuanto a las personas.-

La regla general es que todos los habitantes de la nación, chilenos o extranjeros, son susceptibles de persecución penal por los delitos que cometan ya que en Chile "no hay clases ni grupos privilegiados que puedan juzgarse por leyes especiales" señala el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política del Estado.

No se consideran excepciones a este principio de igualdad ante la ley penal ciertos requisitos o antejuicios que se llevan a cabo, previo a la persecución penal de ciertas personas en razón de sus cargos toda vez que, una vez realizados estos, la persecución penal se lleva a cabo de forma ordinaria.

Sin embargo, no es menos cierto que si existen ciertos casos en que algunas personas no son susceptibles de persecución penal y que por tanto, se entienden sustraídos del régimen ordinario de responsabilidad penal, atendidas las causales establecidas en el derecho chileno o de acuerdo al derecho internacional.

3.1.- Casos de inviolabilidad de acuerdo al derecho chileno.

+Parlamentarios: Según el artículo 58 de la Constitución Política del Estado, son inviolables respecto de las opiniones que emitan en ejercicio de sus funciones o en sala. Esto para asegurar la libertad de los parlamentarios. No se excluye la antijuridicidad: el acto sigue siendo delito pero hay una exclusión personal de la pena, por lo que los que no tengan la investidura, responden del hecho.

+Ministros de la Corte Suprema: El artículo 76 de la Constitución Política del Estado establece la responsabilidad de los jueces por la inobservancia de las leyes del procedimiento o por la denegación o torcida administración de justicia. Sin embargo el artículo 324 del COT excluye de esta disposición a los Ministros de Corte Suprema.

Esto debido a que no habría tribunal superior competente para resolver el asunto. Ante esta norma, por tanto, cabe afirmar que existe una presunción de infalibilidad de la Corte Suprema.

3.2.- Casos de inviolabilidad de acuerdo al derecho internacional

Atendidas razones de derecho internacional por respeto a la investidura de jefes de Estado o representantes de Estados extranjeros.

- Los Jefes de Estado
- Los diplomáticos de Estados extranjeros.