

FERNÁNDEZ, FUENZALIDA Y VERA: COMENTARISTAS, AUTODIDACTAS Y OLVIDADOS. ANÁLISIS DIACRÓNICO Y SINCRÓNICO DE LA DOCTRINA PENAL CHILENA DEL SIGLO XIX*.

Por Prof. Dr. Jean Pierre Matus A.**
e-mail: jpmatusa@utalca.cl

“Nótese que la primera condición de un escritor consiste en estar al corriente de los estudios hechos acerca del tema que se proponga tratar, pues de lo contrario se expone á repetir y tal vez mal, lo que otros hayan expuesto mejor”¹

Echeverría y Reyes, Aníbal. *Ensayo de una biblioteca chilena de legislación y jurisprudencia*. Santiago de Chile, Imp. Nacional, 1891, 155 pp., p. v.

RESUMEN

Este artículo demuestra la formación autodidacta de los autores de los *Comentarios al Código penal* del Siglo XIX, y su escasa influencia en las obras de su época y de las siguientes, lo que se atribuye a los (malos) hábitos intelectuales de la formación universitaria nacional más que a una supuesta falta de valor de la información y argumentaciones que ellos ofrecen.

ABSTRACT

This paper demonstrates the self-taught formation of the authors of the *Commentaries to the penal Code* of Century XIX, and its little influence in

Este artículo es resultado del Proyecto FONDECYT N° 1051022, “Evolución de la doctrina penal chilena, desde el Código de 1874 hasta nuestros días. Análisis sincrónico y diacrónico”, y su versión preliminar fue leída en las Segundas Jornadas Chilenas de Derecho Penal, el día 24 de noviembre de 2005, celebradas en el Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca, Campus Santiago. Recibido el 27 de febrero de 2006 y aceptado el 8 de junio de 2006.

** Abogado PUC. Mg. y Dr. en Derecho por la U. Autónoma de Barcelona. Profesor Asociado de Derecho Penal de la Universidad de Talca. Director del Centro de Estudios de Derecho Penal del Campus Santiago de dicha Universidad.

works of its time and the following ones, which is attributed to the intellectual (bad) habits of the national university formation than to an supposed lack of value of the information and argumentations contained in them.

PALABRAS CLAVES

Historia – Penalistas – Comentarios al Código Penal- Chile – Siglo XIX-

KEY WORDS

History - Criminal attorneys - Commentaries to the Penal Code Chile - Century XIX.

I. Los comentaristas del siglo XIX, su obra y formación (autodidacta)

El mismo año de entrada en vigencia del Código Penal de 1874, se concede a don Pedro Javier Fernández el permiso para hacer una “edición de tres mil ejemplares del Código penal”, que, con el subtítulo de “*Esplicado y Anotado*”, se termina de imprimir el año 1877². Los siguientes lustros vieron aparecer, sucesivamente, en 1883, los *Comentarios* de Alejandro Fuenzalida³ y Robustiano

² Fernández, Pedro Javier. *Código Penal de la República de Chile*. Santiago, Imprenta de la Librería del Mercurio, 1877, 143 páginas. El decreto a que se hace referencia aparece citado en el Certificado Oficial anexado a las dos últimas páginas (sin numerar) del texto impreso. Hay segunda edición, ver nota N° NOTEREF_Ref526933637 \h 4.

³ Fuenzalida, Alejandro. *Concordancias y Comentarios del Código Penal Chileno*. Lima, Imprenta Comercial, 1883, tres volúmenes (402 páginas el 1°; 372, el 2°; y 327, el 3°) [En adelante, *Fuenzalida T.*, p.]. Este texto fue precedido de uno inconcluso que le sirvió de base: Fuenzalida, Alejandro. *Estudio sobre el Libro I del Código Penal*. Santiago, Imprenta de El Independiente, 1876, 159 páginas, inconcluso. Curiosamente, los impresores de Lima alteraron la grafía del nombre del autor (no se puede ya saber si con buena, mala o sin intencionalidad alguna), imprimiéndolo como “Fuensalida”, incluso en las referencias que aparecen en los Anexos de la obra (t. III, *al final*), donde se transcribe una carta de Manuel Montt al autor y el acuerdo con que se premió la obra en 1880, en circunstancias que el nombre “Fuenzalida”, escrito correctamente aparece en los *Anales de la Universidad de Chile*, LXI, 2ª Sección, 1880, páginas 321, 322, 410 y 437, donde precisamente se reproduce y da cuenta del Acuerdo de la Facultad de Leyes y Ciencias Políticas que premió la obra, e incluso los detalles de cómo se pagó el premio, en concurso realizado al efecto a instancias de don Manuel Montt (las actas citadas lo dejan claro, en tanto que *Fuenzalida I, XII*, solo se da a entender este patrocinio). Un erudito no interesado, Académico Correspondiente de la Real Academia Española de Legislación y Jurisprudencia, Aníbal Echeverría, transcribe correctamente “Fuenzalida” en las dos citas que de él hace en su *Ensayo de una Biblioteca Chilena de Legislación y Jurisprudencia*. Santiago, Imprenta Nacional, 1891, p. 48. El error de denominación pronto se hizo tan popular que ha persistido en las referencias bibliográficas, como puede verse en nuestras *Lecciones* (Politoff/Matus/Ramírez. *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, 2ª ed.. Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2004, p. 8.)

Vera⁴; y en 1899-1900, la segunda, “notablemente corregida y aumentada”, edición del de P. J. Fernández⁵. Si descontamos los textos *concordados*, en que simplemente se reúnen referencias a las sesiones de la Comisión Redactora y alguna jurisprudencia⁶, desde esa última fecha, transcurrieron veinte años hasta la aparición de un nuevo intento de comentario que sirviera a la enseñanza y práctica de nuestro Derecho Penal, el de Florencio Bañados⁷, y más de cien hasta la publicación del primer tomo de nuestro *Comentario*⁸.

Pedro Javier Fernández nació en Santiago en 1849, juró como abogado el 11 de enero de 1870, y salvo su actividad como Diputado del Partido Conservador (Suplente San Carlos 1882-1885; Suplente San Carlos 1885-1888; San Carlos 1888-1891), habría ejercido toda su vida la profesión, actividad en el curso de la cual, aparte de los *Comentarios* ya citado, compuso un par de obras menores a propósito de la defensa de intereses de sus clientes⁹. Por lo tanto, sus estudios de *Derecho penal* deben haber sido realizados sobre la base del texto con que “hasta el año de 1868 se estudiaba en nuestra Universidad”: “un pequeño cuaderno anónimo, en el que se habían reunido someramente algunas de las teorías de Bentham sobre esta materia”¹⁰, texto que en realidad corresponde a José

⁴ Vera, Robustiano. *Código Penal de la República de Chile Comentado*. Santiago, Imprenta de P. Cadot y C^a, 1883, 840 páginas [En adelante, *Vera*, p.]. Hay un “compendio” de esta obra tres años después: Vera, Robustiano. *Código Penal de la República de Chile*. Santiago, Imprenta de la Librería América, 1886, 469 páginas.

⁵ Fernández, Pedro Javier. *Código Penal de la República de Chile, explicado y concordado*, 2^a ed.. Santiago, Imprenta, Litografía y Encuadernación Barcelona, 1899 (Tomo I, 452 páginas) - 1900 (Tomo II, 410 páginas) [En adelante, *Fernández T.*, p.].

⁶ Así, el texto de Lazo Torrealba, Santiago. «*Los Códigos Chilenos Anotados*». *Código Penal. Orígenes, concordancias, jurisprudencia*. Santiago, Editorial Poblete Cruzat Hnos., 1915, 560 páginas; y el de Verdugo Marinkovic, Mario. *Código penal (Concordado, con Jurisprudencia y Doctrina)*. Santiago, Ed. Encina 1968, seis tomos.

⁷ Bañados Espinoza, Florencio. *Código Penal de la República de Chile, Concordado y Comentado*. Santiago, 1920, 423 páginas.

⁸ Politoff, Sergio / Ortiz, Luis / Matus, Jean Pierre. *Texto y Comentario del Código Penal, t. I*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile 2002.

⁹ Así: *Alegato en la causa seguida contra los directores i gerentes del Banco de Ahorra y Préstamos sobre supuestas falsedades y estafas*. Santiago, Imp. Lit. y Enc. Barcelona, 1899. 68 pp; *La defensa de don Francisco G. Ojeda ante la Exma. Corte Suprema durante las audiencias de los días 2 i 3 del presente mes de octubre*. Santiago, Imp. Cervantes, 1911. 82 páginas; y *Refutación del informe en derecho presentado por don Valentín Letelier de la causa que sigue doña Blanca Cruzat de Guzmán contra don Hermenegildo Ceppi sobre nulidad de venta*. Santiago, 1915. 80 páginas. Todas las indicaciones biográficas, incluso las bibliográficas, están tomadas de De Ramón, Armando et al. *Biografías de Chilenos*, 4 vols. Santiago, 1999 (vols. I y II) y 2003 (vols. III y IV), vol. II, p. 87s (Nº 1333).

¹⁰ Vera, Robustiano. *Código de procedimiento penal comentado y concordado*. Santiago, Imp. El Debate, 1906, 648 páginas, p. 3.

Victorino Lastarria¹¹, aunque una Bibliografía de la época también lo considera como anónimo¹², y que se redactó para el uso de los alumnos del curso de Leyes del Instituto Nacional, separando la teoría del derecho penal del texto “guía” preparado por don Andrés Bello para la clase de Legislación Universal del “curso privado de derecho” que dictaba en su casa desde 1831¹³. Su formación alejada de la exposición crítica de doctrinas, propia del autodidacta, se deja ver también en el prólogo de su *Comentario*, donde confiesa que sólo “una que otra vez” recuerda “la doctrina de algunos autores, cuando lo hemos creído conveniente o necesario esponerlas para mejor inteligencia del testo, o para justificar la crítica que nos han ofrecido algunas de sus disposiciones¹⁴”, y nadie que se presente como su “maestro” o “mentor” suscribe las cartas de recomendación al Congreso que para el financiamiento de la obra destinó una partida del presupuesto aprobado en 1899¹⁵.

Por su parte, Alejandro Fuenzalida¹⁶, quien publicó sus *Comentarios* siendo Juez Letrado en lo Criminal en Lima, a nombre de la ocupación chilena, recuerda con estas palabras su formación en la Universidad de Chile: “toda la ciencia penal de la juventud que se ilustraba consistía en ciertos apuntes sobre las teorías de Bentham que al poco

¹¹ Así aparece en el ejemplar que existe en la Biblioteca Nacional: Lastarria, José Victorino. *Teoría del Derecho penal. Extracto de las obras de Bentham, adaptado a la enseñanza de los alumnos del Instituto Nacional*. Santiago, Imp. Nacional, 1864, 47 páginas

¹² Echeverría y Reyes, Aníbal. *Ensayo de una Biblioteca Chilena de Legislación y Jurisprudencia*. Santiago, Imprenta Nacional, 1891, páginas45 a 50, p. 45, lo considera un anónimo, y además identifica el ejemplar de 1864 como una segunda edición del de 1847, Santiago, Imp. Chilena, 51 páginas

¹³ José Victorino Lastarria. *Recuerdos literarios*, páginas345 y 241, cit. por Baeza M., Mario. *Esquema y notas para una historia de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile*. Santiago (TUCH), U. de Chile, 1944, 237 páginas, páginas64 y 74, respectivamente. La información sobre el curso privado de derecho de don Andrés Bello figura en este texto, páginas63-67.

¹⁴ *Fernández I*, 5.

¹⁵ Según aparece en *Fernández I*, 417ss., los suscriptores de esas cartas son José Alejo Fernández, Luis Barros Méndez, Juan N. Parga y los entonces profesores de Código penal de la Universidad de Chile (ver Nota N° NOTEREF_Ref531207953 \h 25) Galvarino Gallardo y Ricardo Cabieses. Sin embargo, esto no significó, como veremos *Infra*, que realmente se haya hecho un uso intensivo del texto en las cátedras de dichos profesores.

¹⁶ La reseña biográfica que aparece en el texto de De Ramón *et al.*, *op. cit.*, vol. II, p. 121 (N° 145), indica que nació en Santiago en 1839 y murió en Limache, el 29 de septiembre de 1890, sirviendo el cargo de Ministro de la I. Corte de Apelaciones de Iquique. Estudió en el Instituto Nacional y en la Universidad de Chile, y juró como abogado el 29.12.1863. Allí se da cuenta de que su *Comentario* “fue considerada una de las más importantes sobre este tema” y “obtuvo premios y favorables comentarios en América y Europa”. En la *Revista Forense* publicó otros artículos de la especialidad, a saber: *El Código Penal ¿ha derogado las leyes 17 título 4, libro IV del Fuero Real y 109 del Estilo?* (A. IV, v. 4, 1888-1889, páginas269-282); *La intención de matar y la circunstancias de que sean de necesidad mortales las lesiones que ocasionan una muerte ¿son elementos constituyentes del delito de homicidio?* (A. IV, v. 4, 1888-1889, páginas392-406); y *Las reglas generales del Libro I del Código Penal y específicamente de los artículos 10, 11, 12 y 13 ¿son aplicables a los cuasidelitos* (A. IV, v. 4, 1888-1889, páginas730-735).

tiempo de estudiadas no dejaban siquiera una reminiscencia”¹⁷; y aunque dedica su texto a don Manuel Montt, “en testimonio de gratitud y veneración”, tal afecto es, como se comprenderá, de carácter personal y no académico¹⁸. En efecto, sus fuentes, reconocidas explícitamente, fueron “los conocidos criminalistas Pacheco, Rossi, Carrera, Filangeri, Bertaut, Haus, Ortolan, Mittermaier, Boitard, y Chauveau y Hélie”¹⁹. Es más, no sólo esto es prueba del carácter autodidacta del autor, sino también la historia que nos relata de sus esfuerzos por participar, como alumno, en el primer curso de “Código Penal”, dictado en la Universidad de Chile por Alejandro Reyes en 1875²⁰, después que “la elevada discusión que hubo en el Senado sobre algunos artículos del Código” despertó en él “cierto interés que no se tenía por la materia”: “El que suscribe –relata sobre sí Fuenzalida–, con un estudio somero del Código Penal, de las actas de la comisión, de las disposiciones concordantes de otros Códigos y de los comentarios de algunos criminalistas, se preparó para que esas lecciones no fuesen sembradas en tierra inculta”, pero agrega: “desgraciadamente el señor Reyes se concretó a enseñar a sus alumnos y entonces fué preciso satisfacer el deseo de aprender la ciencia penal en otras fuentes de enseñanza”²¹.

En cambio, Robustiano Vera, hombre público, miembro de diversas asociaciones científicas chilenas y extranjeras, promotor fiscal y autor de innumerables publicaciones en casi todas las materias del derecho²², no siendo desde hacía tiempo “alumno” de la Universidad, si pudo

¹⁷ Fuenzalida I, ix.

¹⁸ Además, no se debe olvidar que la publicación de los *Comentarios*, financieramente hablando, se debe a las gestiones de Montt en la Universidad de Chile, como lo deja entrever Fuenzalida I, xii, y queda más o menos claro de las actas correspondientes, citadas en la Nota N° NOTEREF_Ref531230338 \h 2.

¹⁹ Fuenzalida I, xii.

²⁰ El *Discurso Inaugural de Reyes* en este “curso público” puede leerse en Vera, 53ss.

²¹ Fuenzalida I, xi y xii.

²² Esta es su biografía, según De Ramón *et al*, op. cit., vol. IV, p. 246 (N° 3965): Nació en Cónico (Dep. de Caupolicán), el 24-5-1884; y murió en Valparaíso, el 8-5-1916. E Liceo de Rancagua, continuándolos, desde 1856, en el Seminario Conciliar de Santiago; matriculado en el Instituto Nacional y en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, trabajó de actuario durante sus estudios y juró como Abogado el 25-6-1868. Su intensa actividad pública es imposible resumir en este lugar: profesor de liceo, colaborador en diversos medios de prensa y en revistas nacionales y extranjeras (Revista de Legislación y Jurisprudencia, la Revista y La Gaceta del Notariado de Madrid), miembro de diversas asociaciones profesionales y académicas (Academia de Legislación y Jurisprudencia de Madrid; Unión Internacional de Derecho Penal de Prusia; Sociedad de Medicina Legal de Nueva York; etc.); director y secretario de la Sociedad de Instrucción Primaria y uno de los Fundadores del Cuerpo de Bomberos de Santiago. Además de las obras que aquí se citan, es autor de una extensa bibliografía sobre todos los aspectos del derecho, desde discusiones sobre *Pago de la contribución agrícola en los contratos de arrendamiento a falta de estipulación* (En Revista Forense, A.I, v1, 1885, páginas21-26), hasta otras sobre si *¿Puede un acreedor impedir que otro acreedor se pague con bienes del deudor común, que ha embargado con antelación, y sin alegar preferencia alguna, por el segundo ejecutante?* (En Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, v. 73, 1888, páginas243-248), incluyendo algunas más sobre materias penales, como *Las prisiones en Chile* (En Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, v. 73, 1888, páginas158-168); *El azote, el tormento y las incommunicaciones como medio de descubrir los delitos* (En Revista Forense A. VII, v. 7, 1891-9, páginas586-591). Remitimos al lector interesado al texto de De Ramón, op. y loc. cit., para que pueda apreciar la vastedad de la obra de Vera, en todos los ámbitos del derecho y más allá, incluyendo la poesía, agricultura y educación.

asistir a ese primer “curso público” de Alejandro Reyes, de cuyas explicaciones declara no haberse olvidado al redactar su *Comentario*, junto con la consulta del “Libro de Actas de la Comisión Redactora” y “no poco” de la primera edición del Comentario de “nuestro inteligente amigo, don Pedro Javier Fernández”, y la de los siguientes textos extranjeros que le sirvieron “como base”: “las obras de los jurisconsultos señores Joaquín Francisco Pacheco y don José Vicente y Carabantes”, “los libros de don Ildefonso Aurióles Montero, de don Estaquío Lazo, de don Manuel Ortiz de Zúñiga y otros”, entre los cuales menciona “unos lijeros comentarios del Código español publicados en Barcelona en 1850, libro anónimo y de no escaso mérito y que sin desdoro pudieron sus autores haber estampado sus nombres”²³. Sin embargo, es claro que Vera no estudió en España con alguno de los citados y en Chile, tampoco su pregrado con Fernández o Reyes. Además, no es irrelevante el hecho de que al curso de Reyes de 1875 asistió Vera habiendo ya publicado en 1868 la primera edición de su *Teorías del Derecho penal*, memoria de prueba de la Universidad de Chile, “mandada a publicar en el periódico oficial de esta Corporación”²⁴, la que según De Ramón, sirvió como texto de estudio hasta 1875, reemplazando así al “cuaderno anónimo” extractado de las obras de Bentham con el que él y los demás comentaristas estudiaron en la Universidad²⁵.

II. El estado de la discusión penal en la época de los *Comentarios*

Aparte de los *Comentarios*, en el último cuarto del siglo XIX y hasta bien entrado el siguiente, no había otra obra publicada que abarcara tan completa y exhaustivamente el contenido de lo que entonces era el curso universitario denominado “Código penal”, el cual, por otra parte, no fue impartido por ninguno de los *comentaristas*, lo que parece indicar más alguna falla en la forma cómo se seleccionaba el cuerpo docente que en los *comentaristas*²⁶.

²³ Vera, 52.

²⁴ Vera, Robustiano. *Teorías del Derecho Penal*. Santiago, Imprenta Nacional, 1868, 104 páginas (Hay *Segunda Edición*. Santiago, Imprenta de la República, 1882, 174 páginas). Aunque está dedicada a Belisario Prats, no se desprende del texto de la dedicatoria que éste haya formado académicamente al entonces recién recibido abogado.

²⁵ De Ramón *et al.*, op. y loc. cit.. La información la corrobora el propio Vera, *Código de Procedimiento Penal*, cit., p. 3s.

²⁶ En efecto, jubilado Reyes en 1883, la Universidad designó reemplazante a Carlos Llausás [Anales de la Universidad de Chile, t. LXIV (1883), 2ª Sección, p. 761], con modificación curricular incluida que dispuso: “El profesor de Código Penal enseñará también enjuiciamiento criminal, y será de una hora” [Anales 1883, 2ª, op. cit., p. 735]. Carlos Llausás, cuya breve memoria de grado poco tenía que ver específicamente con la materia que enseñó [Llausás, Carlos. *Utilidad e importancia del estudio de la legislación comparada*. En *Anales de la Universidad de Chile*, T. LV (1879), Sección 1ª, páginas 343-357], fue destituido a instancias de Valentín Letelier y Barros Arana después de la Revolución de 1891, por su “ingerencia en actos de la dictadura” y “sus frecuentes

En efecto, en el citado *Ensayo de una Biblioteca Chilena de Legislación y Jurisprudencia* de 1891 sólo tres obras posteriores al Código²⁸ parecen tener un carácter general: la segunda edición de las *Teorías del Derecho penal* de Robustiano Vera²⁹; los *Breves apuntes sobre la teoría del Libro 1º del Código penal*, de José Joaquín Larraín Zañartu³⁰; y el *Código penal* de Juan de Dios Correa I.³¹ Sin embargo, el carácter introductorio de las *Teorías* no suple el contenido del *Comentario*³², el texto de Larraín es incompleto como lo dice su título y la brevedad del de Correa justifica que no se considere de gran

inasistencias a clases” [Anales de la Universidad de Chile, t. LXXX (1891), 2ª Sección, páginas 16 y 43]. En su reemplazo se nombró a Galvarino Gallardo Font, profesor de Código Penal desde 1891 [Anales de la Universidad de Chile, t. LXXX (1891), 2ª Sección, p. 130] hasta su jubilación en 1921, llegó a desempeñar el cargo de Ministro de la Exma. Corte Suprema desde 1899 hasta 1915, pero no dejó un legado impreso de sus enseñanzas [De Ramón *et al.*, *op. cit.*, vol. II, p. 126 (Nº 1476)]. Al año siguiente Ricardo Cabieses ocupó la otra Cátedra de Código Penal de la Universidad de Chile desde 1892 hasta 1928, pero aunque “lo atrajo la docencia”, “la profesión le absorbió” [Feliú Cruz, Guillermo: “Seis claros varones de la generación de 1868: Arturo Alessandri Palma, Alejandro Álvarez, Emilio Bello Codesio, Ricardo Cabieses, Enrique Matta Vial, y Ricardo Montaner Bello”, en *Anales de la Facultad de Derecho, Cuarta Época*, vol. VIII, Nº 8 (1968), en www.analesderecho.uchile.cl/]. De Cabieses se conoce sólo un artículo propio: Cabieses Zegers, Ricardo: “La Exención de Responsabilidad Criminal (fundado en el Nº 9 del artículo 10 del Código Penal Chileno y de la doctrina del Presidente Magnaud, del Tribunal de Chateau-Thierry)”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. II (1904-1905), páginas 121-138. Posteriormente, de las clases de Cabieses surgiría otra obra: Cabieses Zegers, Ricardo: *Derecho Penal. Apuntes tomados en clase*. Santiago, Imprenta de R. Brias, s/f, 223 páginas, cuyo título indica por sí mismo su real valor doctrinario. Me es imposible dar otra buena razón para esta separación entre la doctrina y la cátedra universitaria de finales del siglo XIX y principios del XX, salvo lo que cada cual pueda especular a partir de la biografía de los involucrados y de las afinidades políticas y sociales que parecían decidir los cargos universitarios, más aún cuando dos de los tres principales comentaristas eran también miembros del poder judicial, como Juez uno (Fuenzalida) y Promotor Fiscal el otro (Vera), cuando que lo normal es el distanciamiento entre la doctrina y la jurisprudencia, que no entre la doctrina y la academia; y el otro, Fernández, recibió laudatorias cartas de Cabieses y Gallardo que sirvieron para recomendar el financiamiento por el presupuesto nacional de la publicación de la segunda edición de su Comentario.

²⁷ Echeverría, *op. cit.*, páginas 45 a 50.

²⁸ De entre las anteriores, Echeverría, *op. cit.*, cita: los trabajos preparatorios del Proyecto de Código Penal de Manuel Carvallo (el Libro I, de 1856; el Libro II, de 1859; la traducción del Código Belga de 1869 y el Proyecto definitivo de 1859); las varias memorias gubernativas y mociones sobre el sistema de prisiones y las casas de prenda de Benjamín Vicuña Mackenna (1857, 1865 y 1873) y de Francisco Astaburuaga (1852); el trabajo de Antonio Varas, *Proyecto de ley sobre garantías a la libertad individual*, Santiago, Imprenta Nacional, 1875; una anónima *Teoría del Derecho Penal*, que tuvo dos ediciones (Santiago, Imprenta Chilena, 1847 y Santiago, Imprenta Nacional, 1864), destinada “a la enseñanza y extractado de las obras de Bentham” [pero, en realidad, la obra es de Bello, resumida por Lastarria, Cfr. nota Nº NOTEREF_Ref516587 h 10]; y la impresión de las *Actas de las Sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal Chileno*, Santiago Imprenta de la República, 1873 y de unos *Documentos relativos al Proyecto de Código Penal*, representación hecha por el Obispo de La Serena, Santiago, Imprenta El Independiente, 1873.

²⁹ Ver nota Nº NOTEREF_Ref531233900 h 23.

³⁰ Larraín Zañartu, José Joaquín. *Breves apuntes sobre la teoría del Libro 1º del Código Penal*. Santiago, Imprenta de El Estándarte Católico, 1876, 105 páginas.

³¹ Correa Irrázaval, Juan de Dios. *El Código Penal de Chile*. Santiago, Imprenta Victoria, 1887, 154 páginas.

³² Al punto que buena parte de su contenido se reproduce de manera íntegra en Vera, *Comentario*, *cit.*, páginas 9-35.

importancia en este lugar. También hay otras obras publicadas en esa época, pero que no consideramos en este estudio por ser reproducciones de la legislación vigente³³ o de sus antecedentes³⁴, o publicaciones sobre materias legislativas o judiciales contingentes del momento³⁵.

El panorama no cambia significativamente si tomamos en cuenta las obras que aparecen en el exhaustivo *Índice Bibliográfico de Derecho Penal*, la impresionante memoria de grado de Adriana Villaseca D. y Carmen Méndez U. que contiene 5.216 referencias de “todas las obras de Derecho Penal que se encuentran en las principales bibliotecas de Santiago”³⁶ (al año 1971), incluyendo anteriores a 1874³⁷. Excluidas las ya citadas y las publicaciones sobre procesos y materias contingentes de la época³⁸ o simples recopilaciones legales o jurisprudenciales³⁹, el panorama bibliográfico entre 1891 y 1920, aunque se amplía a un número superior a las 160 obras, según mi cuenta, sobre todo por el considerable número de memorias de grado, no contempla ninguna obra general que pudiera

³³ Así, las diversas impresiones del Código Penal de 1874 que se citan (Santiago, Imprenta La República, 1874; Santiago, Librería del Mercurio, 1878; Valparaíso, El Mercurio, 1886; Santiago, Imprenta Nacional, 1889); la de la Ley de Garantías Individuales. Santiago, Imprenta Nacional, 1884; y la del Reglamento general para las casas de préstamos sobre prendas, sueldos o salarios, Chillán, Imprenta El Telégrafo, 1876 (Echeverría, op. cit., p. 49s).

³⁴ Así: el Informe en el proyecto de ley sobre Garantías Individuales. Santiago, Imprenta Nacional, 1875 (Echeverría, op. cit., p. 49).

³⁵ Particular importancia tenían las cuestiones relativas a la Ley de Garantías Individuales y el Reglamento para las casas de préstamos sobre prenda (Echeverría, op. cit., p. 49).

³⁶ Adriana Villaseca Délano / Carmen Méndez Urrutia. *Índice Bibliográfico de Derecho Penal*. Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1971, 448 páginas. La cita es de la p. 7. Es notable que esta obra, una memoria de grado, venga a servir de suplemento, prácticamente cien años después, el trabajo de un Académico Correspondiente de la Real Academia Española de Jurisprudencia y Legislación, como lo era en 1891 Aníbal Echeverría.

³⁷ Vicuña Mackenna, Benjamín. *El castigo de la calumnia*. Compilación de las principales piezas de los procesos de imprenta promovidos contra el diario «Ferrocarril» y los periódicos «La Linterna del diablo» i «El Charivari». Santiago, Imp. República, 1868 (Villaseca y Méndez, op. cit., p. 437, N° 5053)

³⁸ Así: -Ballesteros, M.E.; Blanlot, A.. *Malversación de Caudales Públicos*. Alegato pronunciado ante la I. Corte de Santiago, en el proceso seguido entre los señores Cesario Camus, Aníbal Morandé y otros por malversación de caudales de la Caja de Retenciones Judiciales anexa a la Tesorería de Santiago. Santiago, Imprenta Ercilla, 1899, 76 páginas; -Grez Padilla, Eduardo. *El proceso del Boldero*. Santiago, 1916; Rodríguez Sotta, de la, Héctor. *La libertad de imprenta*. Santiago (TU), 1908, 64 páginas; -Campo Cuevas, Eduardo del. *Algunas observaciones sobre la ley de imprenta*. Santiago (TU), 1911, 71 páginas; -Concha Garmendía, Hernán Luis. *Algunas consideraciones sobre la Ley de Imprenta vigente*. Santiago, (TUCH), 1912, 25 páginas; -Allende, Nicanor. *Nuestra legislación en materia de imprenta*. Santiago (TUCH), 1916, 134 páginas; -Vigil Olate, Héctor. *Estudio sobre la ley de residencia*. Valparaíso (TU), Imp. Iberia, 1914, 42 páginas.

³⁹ Así, Escobar Cerda, Ricardo. *Jurisprudencia criminal y disciplinaria de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, Mayo de 1892 a Marzo de 1905*. Valparaíso, Imprenta Grillet, 1905, 410 páginas. Con todo, tiene el mérito esta obra de ordenar al menos alfabéticamente los fallos citados.

considerarse suficiente para reemplazar, en los estudios del derecho penal, los *Comentarios*.

Entre esas obras, seguramente fomentadas en la Universidad de Chile por Valentín Letelier desde fines del siglo XIX⁴⁰, prácticamente cien tienen como base “la teoría positiva del derecho penal que acaba[ba] de nacer”⁴¹ –lo que representa más del 60% de toda la producción bibliográfica de la época–, con títulos tan significativos como “*La Escuela positiva del Derecho penal*” (1910)⁴², “*La lucha contra el crimen*” (1903)⁴³,

⁴⁰ Aunque la obra en que se recoge con mayor fuerza esta doctrina es de 1919, ya en su prólogo se advierte que ella se venía “elaborando años atrás” [Letelier, Valentín. *Jénesis del Derecho*. Santiago y Buenos Aires, Hume & Walker y Cabaut & Cia, 1919, 727 páginas, p. xviii]. El grado de influencia de Letelier en la Universidad de Chile, después de la Revolución de 1891, puede verse en el episodio de Llausás, citado en la nota N° NOTEREF_Ref531207953 y el 25, y del positivismo en general, en las notas al pie que siguen.

⁴¹ Letelier, op. cit., p. 480.

⁴² Larraín Dueñas, Eduardo. *La escuela positiva del Derecho Penal*. TU-UCH. Santiago, Imp. Y Enc. Bellavista, 1910, 29 páginas. Otros trabajos sobre la llamada *lucha de las Escuelas* en ese periodo, incluyendo los pocos que rechazaban el credo positivista de la época: -Coo Tagle, Alberto. *Estudio sobre penalidad*. TU. Santiago, Edit. Del Comercio, 1897, 36 páginas; -Guzmán García, Samuel. *Delito, impunidad y pena (La Escuela Clásica y Positiva)*. TU. Santiago, Imp. Nacional, 1897, 41 páginas; -Valenciano, Fernando A. *Concepto histórico y filosófico del Derecho Penal. Referente al delito y a la pena*. TU. Santiago, Edit. Comercio, 1899, 51 páginas; -Mundt, Guillermo. *Estudio sobre rehabilitación y remisión o abandono de derecho ante la legislación positiva y comparada*. TU-UCH. Santiago, 1900, 41 páginas; -Molina Garmendia, Enrique. *Algunas consideraciones sobre criminalidad*. TU-UCH. Chillán, Edit. Americana, 1901, 18 páginas; -Mujica, I.M., Luis. *Consideraciones sobre el delito*. TU. Santiago, s/e, 1901, 36 páginas; -Benavente Serrano, Manuel A. *Estudio jurídico de la pena*. TU-U Concep. Concepción, Imp. y Encuadernación Penquista, 1903, 31 páginas; -Barros Hurtado, Carlos. *Observaciones al sistema penal*. TU-UCH. Santiago, Imp. Esmeralda, 1902, 35 páginas; -Villalón Castillo, Ramón. *Estudio de Derecho Penal*. TU. Santiago, Imp. La Aurora, 1904, 38 páginas; -Vicuña Mackenna, Carlos. *La evolución del sistema penal en Chile*. TU. Santiago, Imp. La Unión 1905, 67 páginas; -Méndez Eguiguren, Benjamin. *Responsabilidad penal*. TU-UCH. Santiago, Imp. Lit. y Enc. Barcelona, 1905, 39 páginas; -Arenas Aguirre, José Miguel. *Sistema penal clásico y la moderna concepción*. TU. Valparaíso, Imp. de la Lib. del Porvenir, 1905, 41 páginas; -Herrera Lavín, Luis Enrique. *La pena*. TU-UCH. Santiago, Imp. Univ., 1909, 21 páginas; -Riesco Larraín, Luis. *La pena como institución jurídica preventiva*. TU-UCH. Santiago, Soc. Imp. y Lit. Universo, 1909, 110 páginas; -Romero Garrido, Abraham. *Algunos apuntes sobre Derecho Penal*. TU-UCH. Concepción, Lit. e Imp. Concepción, 1909, 62 páginas; -Martínez Cabrera, José. *Estudio sobre algunos puntos de Derecho Penal*. TU-UCH. Concepción, Imp. y Enc. Penquista, 1910, 39 páginas; -Castro Miranda, Juan Vicente. *Consideraciones sobre la penalidad*. TU-UCH. Santiago, Imp. de R. Zorrilla, 1910, 26 páginas; -Merino Benítez, Ramón. *Moralidad teatral y legislación*. TU. Santiago, Imp. El Globo, 1910, 27 páginas; -Claro Melo, Alfonso. *La Escuela Positivista en el Derecho Penal*. TU-UCH. Santiago, Imp. Lit. La Unión, 1911, 40 páginas; -Urzúa Urzúa, Jorge. *El delito y la responsabilidad que con él nace*. TU. Santiago Imp. Lathrop Hnos., 1911, 44 páginas; -Ugarte A., Guillermo. *Responsabilidad penal*. TU. Santiago, Imp. Rápida, 1912, 23 páginas; -Ríos del Campo, Gustavo. *Contribución a la reforma del Código Penal*. TU-UCH. Valparaíso, Imp. Roma, 1913, 31 páginas; -Lira Valencia, Rigoberto. *Algunas Escuelas de Derecho Penal*. TU. Santiago, Imp. Franco-Chilena, 1916, 124 páginas; -Lea Plaza, Hugo. *La Escuela Criminal Positiva*. Santiago, s/e., 1917, 16 páginas.

⁴³ Galdames, Luis. *La lucha contra el crimen*. TU 130 Santiago s/e 1903.

“*Estudios sobre sistemas penitenciarios*” (1899)⁴⁴, “*Estudio sobre Antropología Criminal*” (1908)⁴⁵, “*Responsabilidad criminal (estudio de medicina legal)*”

⁴⁴ Otros textos sobre *política criminal*: -Valenzuela González, Manuel D. *El delito y su represión*. TU. Santiago, Imp. Encina, 1907, 26 páginas; -Lazo Vega, Moisés. *Nuestro problema de la criminalidad y su relación con la falta de autoridad del Gobierno*. Santiago, 1919; -Ramírez Frias, Tomás. *Contribución al estudio de la prevención de la delincuencia*. Santiago, Imp. Cervantes, 1912, 35 páginas; -del mismo: *Prevención y delincuencia*. Santiago, Anales de la Universidad, 1912, p. 984; -Benítez Sanhueza, Luis E. *Las conclusiones de la moderna criminología y la represión en Chile*. TU-UCH. Concepción, Imp. Soulodre, 1919, 62 páginas; -Martínez V., Isidro. *Algunas medidas preventivas de la delincuencia*. TU-UCH. Santiago, Colección de Tesis Universitarias, tomo 78, 1919, 55 páginas.

⁴⁵ Ríos Antero, Juan Bautista. *Estudio sobre sistemas penitenciarios*. Santiago (TU-UCH), Imp. San Buenaventura 1899, 57 páginas. Esta es la importante lista de otros textos publicados sobre la materia los primeros 20 años del siglo XX: -Palacios Matamala, José Eulogio. *Estudio sobre sistemas penitenciarios*. TU-UCH. Santiago, Imp. Esmeralda, 1901, 66 páginas; -Pereira Iñiguez, Luis. *De la colonia penal y nuestro sistema penitenciario*. TU. Santiago, 1900, 24 páginas; -Correa Ovalle, Samuel. *De las penas y de los sistemas penitenciarios*. TU. Santiago, Cervantes, 1902, 33 páginas; -Garay Burr, Miguel Ángel. *Sistemas penitenciarios*. TU. Santiago, 1902, 20 páginas; -López Maturana (de) González, Tomás. *Sistemas penitenciarios. Sus ventajas y sus defectos*. TU. Santiago, Imp. Blanchard-Chessi, 1904, 27 páginas; -Sanz Frías, Ramón. *De los regímenes penitenciarios*. TU. Santiago, Imp. Esmeralda, 1904, 32 páginas; -Lamas, Álvarez. *Desde la cárcel, estudios profesionales*. Santiago, 1905, 106 páginas; -Silva León, Federico. *Sistemas penitenciarios*. TU. Santiago, Imp. La Ilustración, 1905, 16 páginas; -Villaroel Mora, Carlos. *Sistemas penitenciarios*. TU. Santiago, Imp. Aurora, 1905, 49 páginas; -Cabrera, Arturo. *El Ramo de Prisiones*. Santiago, Imprenta Universitaria, 1907, 254 páginas; -Cuadra Lazo, Alejandro. *Cuestiones penitenciarias*. TU-UCH. Santiago, Edit. Univ., 1909, 91 páginas; -MacClure Vergara, Carlos. *Apuntes sobre policía judicial*. TU. Santiago, Imp. Franco-Chilena, 1909, 20 páginas; -Guzmán Araya, Rafael. *Sistemas penitenciarios*. TU-UCH. Santiago, Imp. La Ilustración, 1910, 20 páginas; -Valdebenito García, Sandalio. *Sistemas carcelarios*. TU. Santiago, 1911, 36 páginas; -Zepeda Barrios, Manuel. *Nuestro sistema carcelario*. TU-UCH. Valparaíso, Imp. Lillo, 1912, 24 páginas; -Ramos Espinoza, Rosamel. *De los sistemas penitenciarios*. TU. Santiago, Imp. Cervantes, 1914, 48 páginas; -Fuentes Pérez, Domingo. *Los sistemas carcelarios y la prevención social del delito*. TU. Valparaíso, Imp. Royal, 1915, 62 páginas; -Herman D., Julián. *Regímenes Penitenciarios*. TU-UCH. Concepción, Edit. Moderna, 1917, 76 páginas; -Miranda Urrutia, E. *De los regímenes penitenciarios y de la cuestión penitenciaria en Chile*. TU. Valparaíso, 1918, 68 páginas; -Castelblanco Agüero, Pedro. *El problema penal y penitenciario*. TU-UCH. Santiago, Penitenciaria, 1919, 53 páginas; -Aqueveque Garrido, Luis A. *Consideraciones acerca de los sistemas carcelarios*. TU. Concepción, Imp. Chile, 1920, 41 páginas; -Ramos Viel, Tomás. *Condición penal de la mujer en Chile*. TU-UCH. Valparaíso, Imp. Soc. Edit. Italiana, 1920, 55 páginas.

⁴⁵ Villalón y Orgass, Alfredo. *Estudio sobre Antropología Criminal*. TU 17 Santiago Imp. Univ. 1908. Otros trabajos sobre *aspectos generales de Antropología Criminal*: -Escudero, Julio Félix. *Vagancia y mendicidad*. TU. Santiago, Imp. Cervantes, 1899, 166 páginas; -Lagos Zúñiga, Florencio. *Influencias sociales sobre la delincuencia*. TU. Santiago, Imp. Rápida, 1910, 30 páginas; -García Guerrero, Eduardo. *Antropología criminal y derecho penal*. TU. 1911, 26 páginas; -Carvajal González, Jacobo. *Delitos y delincuentes*. TU. Valparaíso, Imp. de la Prefectura, 1912, 125 páginas; -del mismo: *Problemas sociales*, Santiago, s/e, 1912, 242 páginas; -Guzmán Bunster, César. *Estudio sobre el reconocimiento y la identificación criminal*. TU. Santiago, Edit. Univ., 1916, 103 páginas; -Marshall Henríquez, Enrique L. *Los araucanos ante el Derecho Penal*. TU. Concepción Imp. y Enc. Moderna, 1917, 42 páginas.

(1904)⁴⁶, “*El alcohol, el alcoholismo y su represión*” (1899)⁴⁷, “*Los delincuentes menores. Su responsabilidad y medios de corrección*” (1915)⁴⁸, y autores que en ese entonces sólo despuntaban, pero cuya importancia para la difusión del positivismo en Chile en las

⁴⁶ Fernández Pradel, Arturo. *Responsabilidad criminal (Estudio de medicina legal)*. TU. Santiago, Imp. Universitaria, 1904, 135 páginas. Otras obras relacionadas con la *enajenación mental* son: -Aguayo Acuña, Fernando. *Imputabilidad de los actos ante el Derecho Penal*. Valparaíso, Escuela Tipográfica, 1908, 32 páginas; -Urrutia Contreras, Ignacio. *Del delito y de la enajenaciones mentales*. TU. Santiago, Imp. y Enc. Univ., 1906, 29 páginas; -Barría M., Onofre. *Enfermedades mentales ante la responsabilidad penal, según la medicina legal y ante el Derecho Penal patrio*. TU. Santiago, 1916, 65 páginas; -Hurtado Villagra, Carlos. *Incapacidad e infracción del insano*. TU-UCH. Santiago, Imp. Cervantes, 1917, 85 páginas; -Errázuriz Letelier, Hernán. *Capacidad civil y responsabilidad penal del enajenado*. TU-UCH, 1919, 46 páginas; -Valenzuela Díaz, José Antonio. *Estudio sobre exención de responsabilidad criminal*. TU-UCH. Santiago, Imp. La Universidad, 51 páginas.

⁴⁷ Navarrete, Luis A.; Ríos V., Conrado. *El alcohol, el alcoholismo y su represión*. Santiago, Imprenta Nacional, 1899, 303 páginas. Otras obras relacionadas con la responsabilidad penal del ebrio son las siguientes: -García Valenzuela, Adedato. *El alcohol y las bebidas espirituosas. Su reforma legal y social*. Santiago Imp. Nacional, 1899, 234 páginas; -Montero Rodríguez, Juan. *Responsabilidad criminal del ebrio*. TU-UCH. Santiago, Colección de Tesis Universitarias, Tomo LXXIX, 1901, 34 páginas; -Radrigán Albornoz, Samuel. *El alcoholismo y la ley sobre alcoholes*. TU-UCH. Santiago, Imp. Cervantes, 1904, 29 páginas; -Vizcaya Dueñas, Ernesto. *El ebrio ante el Derecho Penal*. TU Santiago Imp. y Enc. Chile, 1908, 25 páginas; -Cárdenas Soto, Antonio. *El alcoholismo en Chile, sus causas y sus efectos*. TU. Santiago, Imp. El Globo 1909, 43 páginas; -Guzmán Guzmán, Carlos. *Responsabilidad penal de los actos cometidos en estado de ebriedad*. TU-UCH. Santiago, Imp. Univ., 1909, 42 páginas; -Correa Roberts, Herán. *El alcoholismo y la Ley*. TU. Santiago, Imp. Univ., 1910, 44 páginas; -Guzmán García, Roberto. *Breves anotaciones sobre la Ley de Alcoholes*. TU-UCH. Santiago, Imp. Núñez y Cia., 1914, 20 páginas; -Pacheco Pizarro, Osvaldo. *Estudio de la ley N° 2956, sobre expendio de bebidas alcohólicas*. TU-UCH. Santiago, Imp. Selecta, 1915, 31 páginas; -Concha Benítez, Hernán. *Responsabilidad criminal del ebrio consuetudinario*. TU-UCH. Santiago, La Libertad, 1917, 66 páginas; -Ochagavía Hurtado, Ignacio. *La legislación ante el problema del Alcoholismo*. TU. Santiago, Imp. Cervantes, 1917, 59 páginas; -González R., Zenén. *La Embriaguez. Sus consecuencias, penalidad de ella, medios de combatirla*. TU. Santiago, Imp. Estrella del Pacífico, 1919, 39 páginas.

⁴⁸ Espejo Iglesias, Carlos Armando. *Los delincuentes menores. Su responsabilidad, medios de corrección*. TU-UCH. Concepción, Imp. Valparaíso, 1915, 39 páginas. Otras obras sobre el tratamiento a los menores son: páginas; -Julhiet, Eduardo. *Libertad bajo vigilancia de la autoridad de los niños delincuentes en Francia*. En *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. V (1907-1908), páginas 33-35; -Mozo Merino, Rafael. *Los reformatorios de menores*. TU-UCH. Santiago, Lib. Nacional, 1920, 117 páginas; -García Huidobro, Elías. *Condición de los menores*. TU. Santiago, Imp. Cervantes, 1904, 36 páginas; -Brito Brito, Artemio. *Los menores de edad ante nuestra legislación Civil y Penal*. TU-UCH. Concepción, Imp. Valparaíso 1913, 17 páginas; -Escudero Oyandiel, Jacinto. *Los menores ante la legislación penal*. TU-UCH. Santiago, Imp. La Tribuna Ilustrada, 1917, 54 páginas; -Espejo Chacón, Toribio. *Reformatorio de Niños*. TU-UCH. Valdivia, Austral, 1918, 31; -Amunátegui Jordán, Gabriel. *Tribunales para niños*. TU. Santiago, Imp. Cervantes, 1920, 143 páginas.

décadas siguientes sería fundamental, como Brandeau⁴⁹ y Del Río⁵⁰.

En cuanto al resto de las obras de la época, apenas el 10% del total de la bibliografía de esos años está referido a problemas relativos a la determinación de la responsabilidad penal, que hoy se comprenderían en las *partes generales* de los manuales al uso: la mitad de ellas se refieren a las eximentes de responsabilidad penal, bajo títulos que indican la falta de distinciones sutiles sobre su naturaleza y el marcado carácter “exegético” de los estudios en cuestión⁵¹, como el tomado literalmente del epígrafe del Código, “*De las circunstancias que eximen de la responsabilidad criminal*” (1898)⁵²; otro número importante en este conjunto, pero inferior al 5% del total de las obras de la época, se refiere a la voluntariedad de la conducta y particularmente a la interpretación del art. 1º Código Penal⁵³; cuatro a los *delitos culposos*⁵⁴; dos a los problemas del *iter criminis*⁵⁵; una a los

⁴⁹ Brandeau Galindo, Valentín. *Política Criminal Represiva*. Santiago, Imprenta Cervantes, 1909, 201 páginas; y del mismo. *De la Represión y Prevención del Delito en Chile*. Santiago, La Ilustración, 1917, 293.

⁵⁰ Río Castillo, Raimundo del. *El problema penal*. TU. Santiago, Imp. Univ., 1916, 104 páginas.

⁵¹ Si por “exégesis” se entiende “el culto al texto de la ley y la fe en su virtud propia”, según la sintética expresión de Ducci, Carlos.. *Interpretación jurídica*. Santiago, Ed. Jurídica, 1989, 266 páginas, p. 21.

⁵² Sánchez Cárdenas, Narciso. *De las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal*. s/c (TU), La Escudra, 1898, 17 páginas. En todo este período las obras, como aparece en la siguiente lista, tienen todas una estructura similar, al abordar de manera general, breve y sin mayores distinciones, las distintas eximentes del art. 10 Código Penal: -Alcántara Pavez, Manuel Jesús. *De la exención de la responsabilidad criminal (Art. 10 del C.P.)*. TU. Curicó, Tall. Tip. de la Prensa, 1906, 26 páginas; -Greene Ortega, Guillermo. *De las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal*. TU. Santiago, Sociedad Imp. y Lit. Universo, 1909, 31 páginas; -Nieto Lisboa, Carlos. *De las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal (Artículo 10 del Código Penal)*. TU-UCH. Valparaíso, Imp. Alberto Lecourts, 1909, 43 páginas; -Valenzuela Arias, Francisco. *Artículo 10 del Código Penal*. TU. Santiago, Imp. de R. Zorrilla, 1910, 38 páginas; -Jara y Jara, Bernabé. *Anotaciones al artículo 10 del Código Penal*. Concepción, Librería, Imprenta y Encuadernaciones Penquista, 1911, 56 páginas; -Valenzuela Tirapegui, Enrique N. *Estudio sobre el artículo 10 del Código Penal*. TU. Concepción, Imp. Moderna, 1912, 33 páginas; -Elgueta Ruiz, Alberto. *De las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal*. TU-UCH. Santiago, Imp. Chile 1920, 64 páginas. Todavía más general: Almarza Carvajal, Eduardo. *Algo sobre responsabilidad criminal, especialmente estudio jurídico de los veinte primeros artículos del Código Penal*. TU-UCH. Santiago, Imp. de R. Zorrilla, 1911, 76 páginas.

⁵³ Así: -Bahamondes L., Gabriel. *Artículo 1º del Código Penal*. TU. Santiago, Nacional, 1898, 28 páginas; -Frías Torres, Heriberto. *Introducción al estudio del Derecho Penal y artículo 1º del mismo*. TU. Talca, La Actualidad, 1901, 24 páginas; -Quijada B., Roberto. *Comentario del artículo 1º del Código Penal*. TU. Santiago, Imp. Mejía, 1901, 27; -López Moya, Uldaricio. *La acción voluntaria y el Derecho Penal*. TU-UCH. Santiago, Imp. y Enc. Bellavista, 1910, 32 páginas.

⁵⁴ Así: -Arriagada, César. *Breves observaciones sobre delitos i cuasi-delitos*. TU. Santiago, Edit. Ercilla, 1896, 20 páginas; -Fernández García, Manuel. *Estudio sobre el artículo 2º del Código Penal*. TU. Santiago, Nacional, 1898, 24 páginas; -Valverde, Emilio. *El delito no intencional*. TU. Santiago, Imp. Santiago, 1918, 48 páginas; -Kock Kreft, Erick Osvaldo. *Responsabilidad médica*. Santiago, Cervantes, 1919, 78 páginas.

⁵⁵ Así: Gaete Fagalde, Manuel. *Tentativa*. TU. Santiago, Imp. y Lit. Universo, 1910, 23 páginas; y Pereira Meza, Elías. *El delito en sus diferentes grados*. TU. Concepción, Imp. Valparaíso, 1915, 132 páginas.

concursos⁵⁶ y otra a la determinación de las penas⁵⁷.

En cambio, un poco más del 15% del total de las publicaciones del período trata de la *parte especial*. Pero aunque esta preferencia por la parte especial en principio se explicaría por la importancia práctica que la interpretación de las figuras delictivas en particular parece tener, el espíritu de la época y no las necesidades forenses se refleja en los tres estudios sobre el *duelo*⁵⁸ y los relativos a las *calumnias*⁵⁹, al *adulterio*⁶⁰ y al *juego*⁶¹. Y al contrario, claramente determinados por las necesidades prácticas y contingentes, son los trabajos sobre *contrabando de guerra*⁶², *delitos aduaneros*⁶³ y *prendarios*⁶⁴; los referidos a la regulación del robo y el hurto y sus modificaciones, especialmente la de la *Ley de 3 de agosto de 1876*⁶⁵; los relativos a las *lesiones*⁶⁶; y, en aparentemente menor grado, los

⁵⁶ Baeza Espineira, Ramón. *El art. 74 del Código Penal debería ser modificado*. TU. Santiago, R. Donoso, 1879, 30 páginas.

⁵⁷ Venegas Zamora, José María. *Individualización de la pena*. TU. Santiago, Imp. Univ., 1910, 42 páginas.

⁵⁸ Así: -Jara Urrutia, Demetrio. *El duelo*. TU. Santiago, Esc. Tip. Salesiana, 1903, 32 páginas; -Gutiérrez Urbina, Oscar. *El duelo*. TU-UCH. Victoria, Imp. y Lib. El Comercio, 1910, 23 páginas; -Zanelli López, Arturo. *El duelo*. TU. Santiago, 1915, 43 páginas..

⁵⁹ Larraín Zañartu, J.J. *Calumnias e injurias irresponsables ante la ley*. Valparaíso, Imprenta Colón, 1876, 16 páginas.

⁶⁰ Peralta Peralta, Fortunato. *Adulterio y divorcio*. Santiago Imp. y Enc. Victoria, 1912, 24 páginas.

⁶¹ Carmona Tornero, Emiliano. *Del juego*. TU. Santiago, San Buenaventura, 1898, 22 páginas..

⁶² Díaz Egaña, Joaquín. *Del contrabando de guerra*. TU. Santiago, Imp. Cervantes, 1917, 31 páginas

⁶³ Así: -Vicuña Fuentes, Luis. *Breves observaciones a la ley de 20 de Enero de 1897 (Aduanas)*. TU. Santiago, Imp. San Buenaventura, 1898, 20 páginas; -Vergara Bulnes, Ruperto. *Estudio sobre juicio de aduana*. TU. Santiago, 1900, 30 páginas; -Palacios Silva, Carlos A. *Dificultades que se ofrecen en la aplicación de la Ordenanza de Aduanas y Leyes Complementarias de ellas*. TU. Valparaíso, Imp. El Mercurio, 1904.

⁶⁴ Rodríguez Bravo, Joaquín. *El Código Penal y las Casas de Prenda*. Santiago, Imprenta La Estrella de Chile, 1875, 43 páginas.

⁶⁵ Así: -Araya Jeria, José Luis. *Breves observaciones a las leyes de 3 de agosto de 1876 y 16 de diciembre de 1892*. TU. Santiago, Imp. Nacional, 1897, 28 páginas; -Marchant Scott, Atalivar. *Consideraciones sobre la ley de 3 de agosto de 1876*. TU-UCH. Santiago, Colección de Tesis Universitarias, tomo 82 1901, 24 páginas; -Cumming y Cumming, Alberto. *Apuntes sobre la ley de 3 de agosto de 1876*. TU-UCH. Valparaíso, Babra y Cía., 1903, 19 páginas; -Donoso Bascuñán, Osvaldo. *Del robo*. TU-UCH. Santiago, Imp. Lit. y Enc. Barcelona, 1906, 31 páginas; -Casarino F., Filomena. *Del robo, hurto y estafa*. TU-UCH. Santiago, Imp. Univ., 1918, 39 páginas.

⁶⁶ Así: -Ibarra Celis, Benjamín. *Estudio sobre las lesiones*. TU. Santiago, Imp. Lit. y Enc. La Ilustración, 1907, 60 páginas; -Luco Arriagada, Nicolás. *Algunas observaciones al párrafo tercero del título octavo del Código Penal*. TU-UCH. Santiago, Imp. Ponce Hnos., 1907, 24 páginas; -Vergara Lois, Bonifacio. *Breve estudio sobre las lesiones*. TU-UCH. Santiago, Imp. Lit. y Enc. Barcelona, 1911, 20 páginas; Larraechea Herrera, Mario. *De las lesiones ante nuestra legislación penal*. TU. Santiago, s/e, 1916, 26 páginas; -Peña y Lillo C., Santiago. *Estudio crítico sobre lesiones ante el Código Penal y la Medicina Legal*. TU-UCH. Santiago, Imp. Universidad, 1919, 50 páginas; -Montero Rojas, Gustavo. *Las lesiones en el Código Penal (Legislación comparada y estudio crítico)*. TU-UCH. Santiago, Imp. Univ., 1920, 58 páginas.

referidos a las *falsificaciones*⁶⁷ y a los *incendios*⁶⁸. Por otra parte, cabe destacar la adelantada, para su época, memoria de Román Leiva, sobre *trata de blancas*⁶⁹, única monografía de parte especial que se aparta de la regulación nacional para adentrarse, siquiera someramente, en sus vinculaciones con el derecho internacional.

Además, en este lugar es preciso mencionar a un autor significativo en la vida pública nacional, pero poco conocido como penalista, don José Victorino Lastarria, a quien contra la opinión generalizada de la época se le atribuye por la Biblioteca Nacional el primer texto de derecho penal que circuló para los alumnos del Instituto Nacional y la Universidad de Chile antes de la aparición del Código de 1874⁷⁰ y, después de ésta, publicó en la *Revista Forense Chilena* dos interesantes aportaciones sobre la *Ley de 3 de agosto de 1876* y el *robo por sorpresa*, que aparecen recopiladas tiempo después en sus *Obras Completas*⁷¹.

Finalmente, y descontando las referidas a aspectos procesales⁷², un número ya mucho menos significativo (casi el 10% del total) se concentra en cuestiones que hoy consideraríamos un poco alejadas del centro de los estudios del derecho penal, pero importan-

⁶⁷ Cañas Sáez, Víctor Manuel. *De la moneda falsa. Artículos 162 a 171, inclusive, del Código Penal Chileno*. TU-UCH. Santiago, Imp. Del Progreso, 1913, 60 páginas; y Vigorena Rivera, Agustín. *La falsificación de documentos públicos e instrumentos privados*. TU-UCH. Santiago, Imp. El Progreso, 1914, 32 páginas.

⁶⁸ Así: García Rainieri, Víctor. *El delito de incendio*. TU. Santiago, Imp. Cervantes, 1909, 49 páginas; y Etcheberry, Pedro. *La presunción legal de delito de incendio (Artículo 483 del Código Penal)*. s/l, s/e, 1919, 151 páginas.

⁶⁹ Leiva Carvajal, Román. *La trata de blancas ante el Derecho Penal y el Internacional*. TU-UCH. Santiago, 1916, 138 páginas.

⁷⁰ Ver nota N° NOTEREF_Ref516587 \h 10.

⁷¹ Lastarria, José Victorino. *Obras completas, vol. XIV. Estudios Jurídicos, Segunda Serie*. Santiago, Universidad de Chile, 365 páginas, páginas 213-229 y 263-281. Entre ambas obras citadas figura el texto de carácter general *La vindicta individual en el Código penal chileno*, también publicado en la *Revista Forense*.

⁷² Así: -Figuerroa Rojas Francisco Antonio. *Estudio sobre las causas de comisos*. TU 26 Santiago Imp. San Buena-ventura 1898, páginas; -Martínez Santander, Francisco. *Quiénes están facultados legalmente para aplicar penas*. TU 21. Santiago, El Correo, 1898., páginas; -Meza Varas, Francisco. *¿Es procedente la prisión preventiva de los prestamistas por el solo hecho de haberse recibido en sus agencias una especie que resulta hurtada o robada?*. TU 11 Santiago Cervantes 1900, páginas; -Quijada Burr, Aurelio. *Estudio sobre la prisión preventiva* TU-UCH 58 Santiago Imp. Cervantes 1900, páginas; -Robles Valenzuela, Víctor. *De los delitos que no pueden pesquisarse de oficio*. TU-UCH 41 Concepción Imp. El País 1900, páginas; -Romani Martínez, Manuel. *¿El Código Penal derogó la Ordenanza Militar en orden a las penas de los delitos contemplados en el número 5 del Artículo 5 de la Ley Orgánica de Tribunales?* TU 13 Valparaíso Babra y Cía. 1901, páginas; -San Martín, F. Manuel. *Delitos que no pueden pesquisarse de oficio*. TU 72 Chillán 1902

tes para la práctica penal y la discusión filosófica: la acción civil derivada del delito⁷³, la extradición⁷⁴, los modos de extinguir la responsabilidad penal, en especial prescripción⁷⁵, indulto⁷⁶ y amnistía⁷⁷, y los problemas relativos a las penas corporales, muerte⁷⁸ y azote⁷⁹.

III. ¿Influyeron los comentaristas en las obras de su época?

En tanto todos los *comentaristas* parecen adscribirse a la llamada Escuela Clásica, esto es, asumen la libertad personal como fundamento de un derecho penal basado en el castigo de determinadas conductas señaladas por la ley⁸⁰ y no *modos de vida*, resulta más o menos evidente que ellos no podían haber marcado un rumbo a la mayor parte de los autores de la época, quienes, encandilados con el fulgor del positivismo de fines del siglo XIX y comienzos del XX, dedicaban sus esfuerzos a conocer y estudiar “tantos estados anormales” que, según se creía, “tan poderosamente influyen, en la ejecución de actos criminales”⁸¹. Si a lo anterior agregamos que todos ellos asumían de una u otra forma que la ley “no hace punible lo que en realidad no lo sea, ya como violación de la ley natural o

⁷³ Así: - Márquez Navarrete, Teófilo. *De las acciones que nacen del delito*. TU-UCH. Santiago, Imp. Aurora, 1900, 40 páginas; - Molina N., Julio. *Del daño resarcible*. TU. Santiago, Colección de Tesis Universitarias, Tomo LXXXI, 1909, 87 páginas; - Castillo Sánchez, Hernán. *Responsabilidad civil del delito y del cuasidelito*. TU. Santiago, Imp. Chile, 1910, 46 páginas; - Urrutia Ibáñez, Enrique. *Responsabilidad civil del delincuente e indemnización*. TU-UCH. Santiago, Imp. de R. Zorrilla, 1910, 38 páginas; - Vivanco Costa, Manuel. *De las acciones que nacen de los delitos*. TU. Santiago, Imp. Univ. 1912, 19 páginas; - Marín Rojas, Urbano. *Las acciones que nacen de los delitos*. TU. Concepción, Imp. Chile, 1920, 40 páginas.

⁷⁴ Así: - Villaroel Mora, Ascanio. *La extradición, especialmente ante el Derecho Chileno*. TU. Santiago, Imp. Cervantes, 1902, 24 páginas; - MacIver Ovalle, Malcom. *La extradición de nacionales*. TU. Santiago, Imp. Cervantes, 1908, 32 páginas; - Díaz Egaña, Joaquín. *De la extradición*. TU. Santiago, Imp. y Enc. Claret, 1918, 38 páginas.

⁷⁵ Así: Barrie Laurel, Carlos Alberto. *De la prescripción de la acción civil y de la acción penal en materia criminal*. TU-UCH. Valparaíso, Tall. Tip. de la Armada, 1909, 36 páginas.

⁷⁶ Así: Álamos Blanco, Ruperto. *Breve estudio sobre el Indulto*. Santiago, Imprenta Mejía, 1901, 25 páginas; y Vela García, Luis S. *El derecho de gracia y los sistemas penales*. TU. Santiago, Imp. FrancoChilena, 1910, 34 páginas.

⁷⁷ Así: Urrejola Menchaca, José Francisco. *De la amnistía como medio de extinguir la responsabilidad penal*. TU. Santiago, Imp. y Lit. Barcelona, 1903, 38 páginas.

⁷⁸ Así: - Newman, F. *Notas sueltas sobre la pena de muerte, con un apéndice de F.H. Brady, intitulado «Algunas reflexiones sobre el castigo»*. Santiago, 1896, 228 páginas; - Soto Leiva, Ramón. *La pena de muerte*. TU-BUCH. Concepción, Imp. Penquista, 1899, 49 páginas; - Rebolledo Lavín, Rómulo. *La pena de muerte*. TU-UCH. Santiago, Imp. El Progreso, 1912, 36 páginas.

⁷⁹ Así: Novoa Valdés, Nicolás. *La pena de azotes*. TU-UCH. Santiago, Imp. Univ., 1910, 49 páginas; y Zamorano Reyes, Ernesto. *La pena de azotes*. TU-UCH. Santiago Imp. y Enc. Bellavista, 1909, 35 páginas.

⁸⁰ Fuenzalida I, 8, Vera, 82, Fernández I, 63. Todos ellos agregan como requisito para la existencia del delito el “que haya voluntad de dañar” o “intención”, asimilando esta idea a uno de los elementos de la voluntad.

⁸¹ El texto entre corchetes es de un memorista de la época: Valenzuela D., op. cit., p. 3.

de la ley civil”, y que cuando lo hace en verdad se desemboca en “la tiranía”⁸² o se penan “como delitos hechos que ante la moral no lo son, y como simples faltas otros que son verdaderamente delitos”⁸³, bien podían ser calificados como *metafísicos* por Valentín Letelier y aplicársele su sentencia de que se trata de autores cuyas ideas son “una elucubración ideológica de gabinete, que no tiene fundamento alguno en los hechos”⁸⁴. Así, un memorista que escribe sobre “delitos no intencionales”, señala como “obras consultadas” cuatro: Carrara, Dorado, Savart y Angeolini, ninguno de ellos chileno; y claro, difícilmente recurrirá a ellos si afirma que “ha sido la Escuela Positiva, la que, aportando una nueva concepción del delito, al que considera no como manifestación de una voluntad metafísicamente libre, sino como esteriorización de una naturaleza moral determinada por una serie de factores físicos, síquicos o sociales, nos ha dado la razón de ser del delito de culpa y el fundamento racional de su represión”⁸⁵.

Del resto, el más importante de todos, José Victorino Lastarria, no los cita en sus artículos publicados en la *Revista Forense*⁸⁶. Por su parte, aunque es evidente que entre ellos mismos no pueden haber citas cruzadas en los dos textos de 1883 (Vera y Fuenzalida), es algo desalentador reconocer que, sabiéndose que Fernández había adquirido el *Comentario* de Fuenzalida⁸⁷, este hecho no se refleje en citas o reconocimientos en la edición de su *Comentario* de 1899-1900. En cambio Robustiano Vera reconoce sin problemas entre sus fuentes la primera edición del Código Penal de su “inteligente amigo, Pedro Javier Fernández”⁸⁸, pero sin abundar en citas dentro del texto.

Por otra parte, la formación brindada por los profesores de la Universidad de Chile de ese entonces tampoco parecía ayudar a los alumnos y memoristas en orden a recorrer el camino de la discusión o al menos la referencia a las fuentes directas en sus trabajos, particularmente en aquellos de *parte especial* donde podrían ser más útiles los *Comentarios*. Así, a modo de ejemplo, se puede apreciar en la memoria (¡aprobada!) de Filomena Casarino, *Del robo, hurto y estafa*, materias todas abarcadas en detalle por los *comentaristas*, que no hace ni una sola referencia directa en su breve texto (39 pp.), limitándose a señalar en su *introducción*: “Las bases de mi memoria han sido los estudios que he hecho como alumna del distinguido profesor de Derecho Penal don Ricardo Cabieses”, agre-

⁸² Vera, 80.

⁸³ Fuenzalida I, 5.

⁸⁴ Letelier, op cit., p. 483.

⁸⁵ Valverde, op. cit., p. 10.

⁸⁶ Ver Nota N° NOTEREF_Ref531191172 \h 70.

⁸⁷ Pues aparece en la lista de suscriptores: *Fuenzalida III*, 328.

⁸⁸ Vera, 52.

gando: “también he consultado comentaristas españoles y nacionales”, pero sin ninguna indicación bibliográfica precisa⁸⁹. También aprueba su memoria Joaquín Díaz Egaña, pero ya sin siquiera una referencia genérica a fuentes a las que parece no necesitar recurrir, a pesar de tratar un tema contemplado en los *Comentarios*, como es el *contrabando de guerra*⁹⁰. En otra memoria, sobre *lesiones*, su autor, Santiago Peña y Lillo incluye al menos una lista bibliográfica, donde se cita el *Comentario de Fuenzalida*, junto a otros siete textos, uno de los cuales es el *Comentario de Pacheco* y el resto, textos de medicina legal⁹¹.

IV. El olvido

En 1964, Enrique Cury veía en la que, con elegancia, denominó “variada fortuna” que corrieron esos “comentarios a la manera de Pacheco”, un efecto, primero, de la “súbita irrupción de la disputa de escuelas”, y luego, del “vigoroso advenimiento de una ciencia penal alemana en pleno florecimiento dogmático”⁹².

⁸⁹ Casarino, op. cit., p. 7.

⁹⁰ Díaz Egaña, *Contrabando*, cit. El *contrabando de guerra* se trata en *Vera*, 290s; *Fernández I*, 250; y *Fuenzalida II*, 28s.

⁹¹ Peña y Lillo, op. cit., p. 51. Además, en dos ocasiones en el texto se transcriben las opiniones de *Fuenzalida*: para discutir la solución que da al caso del envenenamiento no mortal (p. 40); y para suscribir la forma cómo distingue delitos de lesiones menos graves de las faltas de lesiones leves (p. 47).

⁹² Enrique Cury U. *Reflexiones sobre la evolución del Derecho Penal Chileno*, en RCÓDIGO PENAL XXIII N° 2 (1964), páginas 154-160, p. 155. En estas reflexiones sigue Cury una clasificación que toma de Grispi (sin hacer la cita correspondiente), adscribiendo los *Comentarios* a la etapa de *exégesis*, “período que cumple una función preparatoria, meramente cognoscitiva, en que el científico y su objeto entablan un primer contacto”. Esta idea de que los “comentarios al estilo de Pacheco” representan la forma de trabajo de una etapa primaria del desarrollo científico parece chocar con la buena salud de que gozan los comentarios en ese estilo –es decir, impresos en un solo tomo y destinados principalmente al ejercicio práctico, pero sin olvidar el rigor en el análisis–, en Alemania (Cfr., a modo de ejemplo, los conocidos Tröndle, Herbert y Fischer, Thomas. *Kommentar, Strafgesetzbuch und nebensetze*, 53ª ed. München, Ed. C.H. Beck, 2006 y el Shönke, Adolf / Schröder, Horst. *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27ª ed. München, Ed. C.H. Beck, 2006) y en España, donde incluso se ha reimpresso, después de la entrada en vigencia del Código Penal de 1995, la tercera edición del *Comentario de Pacheco* (Pacheco, Joaquín Francisco. *El Código penal, concordado y comentado*, 3ª ed. de 1867. Reimpresión en Madrid, Edisofer, 2000, 1383 páginas), y la actividad editorial centrada en el *Comentario* parece haber tomado un gran vuelo (Cfr., entre otros, Rodríguez Mourullo, Gonzalo (Dir.). *Comentarios al Código Penal*. Madrid, Ed. Civitas, 1997; Quintero Olivares, Gonzalo (Dir.). *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 2ª ed. Pamplona, ed. Aranzadi, 1999). Sin embargo, a diferencia de los comentarios “al estilo Pacheco”, ya no se encuentran obras personales de tal envergadura, sino, como se aprecia en las citas, más bien obras colectivas que intentan conservar alguna armonía en la perspectiva y forma de tratar el análisis del articulado. Lo antedicho se aplica también a nuestro *Comentario* (ver nota al pie N° NOTEREF _Ref530579375 \h 7), y al resto de las obras en que, ya en varios tomos circulan especialmente en la dogmática española (como, por ejemplo, el de Cobo del Rosal, Manuel. *Comentarios al Código Penal*, 4 t. Madrid, ed. Edersa, 1999-2000).

El efecto de la irrupción del positivismo en la fortuna de nuestros primeros comentarios aparece claro en el manifiesto de J. Raimundo del Río, vertido en su *Clase Inaugural del Curso de Derecho Penal de la Universidad de Chile* del año 1920, donde reniega de “los métodos en vigencia en los estudios universitarios”, que a su juicio, se habían “limitado a una exposición comentada de las normas jurídicas vigentes”, siguiendo dos variantes de la exégesis: la *histórica* y la *empírica*; fundada la primera “en el cuádruple error de tomar la voluntad del legislador por la única fuente del derecho”, y la segunda – “llamada impropia y presuntamente filosófica”– que, “presindiendo de los orígenes de las fórmulas legales, contempla sólo los casos jurídicos que se presentan”⁹³. En su lugar, propone Del Río adoptar el *método positivista* de Comte, cuya obra cita como punto de partida metodológico⁹⁴, el cual, según vimos en el primer apartado de este trabajo, había sido ya adoptado por la mayor parte de los que se acercaban al derecho penal, ya a partir de principios del siglo XX⁹⁵. Por tanto, no es de extrañar que en sus obras de carácter general, no dedique ningún apartado a la evolución de la doctrina nacional –donde se inscriben nuestros comentaristas–, a pesar de la extensión que le dedica a la evolución de la denominada “lucha de las escuelas”⁹⁶.

⁹³ Del Río, J. Raimundo. *Clase Inaugural del Curso de Derecho Penal de la Universidad de Chile*. En Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales, t. XVII (1920), N°s 1-2, páginas 18-26, p. 24. Las críticas transcritas las refiere Del Río, en las notas al pie de la página citada, de su maestro en la Universidad, Valentín Letelier.

⁹⁴ Ídem, p. 23, nota 2.

⁹⁵ Como señalamos, esta doctrina se había propagado en la Universidad de Chile por Valentín Letelier, quien en su extensa y más completa *Jénesis del Derecho*, op. cit., páginas 409 a 417, adopta resueltamente el método de la escuela positivista de Ferri (p. 416s, nota (1)), al que se refiere Del Río como sustituto de la exégesis de que reniega. El propio Del Río había sido nombrado primero Profesor de Derecho Penal en 1918 y luego de Medicina Legal en 1919 (De Ramón et al., op. cit., vol. IV, p. 27).

⁹⁶ Así, en Del Río C., Raimundo J. *Derecho Penal*, t. I, *La Teoría y la Historia*. Santiago, ed. Nascimento, 1935, 312 páginas, se dedica desde las páginas 181 a 312 a estudiar el “Derecho Penal en el Tiempo”, reservando para la evolución patria sólo un apartado de legislación previa al Código de 1874 (que Del Río considera de 1875, por la fecha de su entrada en vigencia) y sus antecedentes (páginas 303 a 312). Sólo al final del t. III, *Legislación penal-delitos especiales*, 580 páginas, se mencionan, en una lista bibliográfica, entre “los libros conocidos del autor y, principalmente, los que le han servido de base para su trabajo” (p. 555), las obras de Fuenzalida, Fernández y Vera (p. 565).

En Del Río C., Raimundo J. *Explicaciones de Derecho Penal*. Santiago, ed. Nascimento, 1945, t. I (344 páginas) y II (366 páginas), donde, aunque no hay un apartado para la historia de la disciplina ni para la bibliografía, al menos se les cita directamente en el texto, aunque sólo en dos ocasiones: en una interminable lista de autores de todas las nacionalidades y épocas que utilizan la denominación “derecho penal” (t.II, p. 24) y en otra no tan extensa con definiciones del contenido de la materia (t. II, p. 53: aquí sólo se cita a Vera). En cambio, en Del Río C., Raimundo J. *Manual de Derecho Penal*. Santiago, ed. Nascimento, 1947, 442 páginas, no aparece ya ninguna mención a ellos.

Y en cuanto al advenimiento de “la dogmática alemana”, las palabras de Luis Jiménez de Asúa, sentenciando que en la bibliografía chilena “los *Comentarios* no ofrecen importancia mayor”⁹⁷, parecen recoger el espíritu con que a mediados del siglo pasado se acercaban a ellos los “espíritus jóvenes” que, según Álvaro Bunster, “anuncia[ban] una nueva época en los estudios jurídicos chilenos ... que tiende dignamente a huir del comentario exegético sin visión”⁹⁸, y en particular el del propio Enrique Cury, quien no los cita en su memoria de grado sobre *El Delito Continuado*⁹⁹ ni en su *Orientación Para el Estudio de la Teoría del Delito*¹⁰⁰, y tampoco en el apartado que dedica en las varias ediciones de su *Derecho Penal* a la evolución de la ciencia del derecho penal con posterioridad a la promulgación del Código Penal¹⁰¹. Similar indiferencia frente a los *Comentarios* “al estilo de Pacheco”, se aprecia en la mayor parte de las importantes monografías¹⁰² de aquellos “espíritus jóvenes”: Alfredo Etcheberry¹⁰³, Luis Ortiz¹⁰⁴, Sergio Politoff¹⁰⁵, Armando

⁹⁷ Jiménez de Asúa, Luis. *Tratado de Derecho Penal*, t. I, 5ª ed. actualizada. Buenos Aires, Losada 1950, p. 1181.

⁹⁸ Bunster, Álvaro. *Prólogo*. En Politoff L., Sergio. *El delito de apropiación indebida*. Santiago, Ed. Nascimento, 1957, páginas5-7, p. 5.

⁹⁹ Cury U., Enrique. *El delito continuado*. Memoria de Prueba U. de Chile. Santiago, Ed. Jurídica, 1962, 119 páginasBibliografía citada en páginas115ss

¹⁰⁰ Cury U., Enrique. *Orientación para el estudio de la teoría del delito*. Valparaíso, Edeval, 1968, 317 páginasEn esta orba sólo aparece una cita de referencia no directa e incompleta a Fuenzalida, en la nota al pie (3), de la p. 278, tomada de Novoa M., Eduardo. *Curso de Derecho Penal*, t. II. Santiago, Ed. Jurídica, 1966, p. 215.

¹⁰¹ Cury U., Enrique. *Derecho penal*, 3ª ed. (impresa como 7ªed.). Santiago, Ed. P. U. Católica de Chile, 2005, 812 páginas, páginas158-164. Tampoco aparecen los comentaristas entre las abreviaturas de la obra (páginas29 a 33). Sólo en dos notas al pie se menciona a Fuenzalida: en la N° 129 de la p. 495, a propósito de la atenuante de entrega voluntaria a la autoridad (y en este caso, la cita es de referencia de Novoa, t. II, op. cit., p. 43); y en la N° 17 de la p. 552, donde la cita, directa en este caso, es para incluirlo entre los partidarios de las teorías objetivas del fundamento del castigo de la tentativa, pero sin que se explique, critique o desarrolle su posición. La situación es similar en las ediciones anteriores en dos tomos de 1982-1985 (Santiago, Ed. Jurídica) y 1992 (Santiago, Ed. Jurídica).

¹⁰² Aunque la mayor parte de ellas eran sólo memorias de grado, su importancia en la época se manifiesta en la inclusión de referencias laudatorias en la *Revista de Ciencias Penales* (en adelante, RCÓDIGO PENAL), como se señala en cada caso.

¹⁰³ Etcheberry O., Alfredo. *El concurso aparente de de leyes penales*. Santiago, Ed. Jurídica, 1955, 118 páginas[Reseña en RCÓDIGO PENAL XV N° 1 (1956), p. 117]. En este caso, la indiferencia es más explicable, por el marcado acento de dogmática alemana que tiene el tema, lo que se confirma por un más matizado acercamiento a los comentarios en el texto de carácter general del autor (Cfr. *Infra*, nota al pie N° NOTEREF_Ref530836191 \h 121, NOTEREF_Ref530836197 \h 122 y NOTEREF_Ref530836202 \h 123, y el texto a que hacen referencia).

¹⁰⁴ Ortiz Q., Luis. *Teoría de las hipótesis preterintencionales*. Santiago, Ed. Jurídica, 1959, 107 páginas[Reseña en RCÓDIGO PENAL XVIII N° 1 (1959), p. 160].

¹⁰⁵ Politoff L., Sergio. *El delito de apropiación indebida*. Santiago, Ed. Nascimento, 1957, 241 páginas[Reseña en RCÓDIGO PENAL XVII N° 1 (1958), p. 53]. Aunque en las “fuentes de información” que se citan al final de la obra (páginas235-239) se mencionan las obras de Fernández, Fuenzalida y Vera, lo cierto es que su utilización en un texto que tiene 667 notas al pie, se reduce, en el caso de Fernández, a una sola nota, como parte de la antigua

Uribe¹⁰⁶ y Jaime Vivanco¹⁰⁷, y naturalmente, en la del mentor, directo o indirecto de todos

doctrina que consideraba la apropiación indebida una forma de estafa (p. 59, nota 168); y en el de Vera, a confirmar que el Código de 1874 estaría “calcado”, al menos en lo que a la apropiación indebida se refiere, del español de 1848 (p. 43, nota 128); y a señalar el grave error de dicho autor, que Politoff califica de “humano atolondramiento”, acerca de la peculiar forma de hurto (no contemplada en la legislación chilena, pero sí en la española), de negarse haber recibido tener obligación de restituir (p. 49s, nota 145). Fuenzalida corre mejor suerte en el juicio de Politoff: le reconoce que, contra la doctrina dominante en su época, “señalaba que la calificación de estafa [de la apropiación indebida] no es muy correcta” (p. 59, nota 168); en la p. 173 lo califica de “insigne jurista” y trae sus opiniones a la discusión acerca de la apropiación indebida de dinero (p. 173, notas 505 y 507); y aunque no comparte el juicio del comentarista, discute su interpretación de la expresión “distrar” en el art. 470 N° 1 (p. 230, nota 658).

Una década después, en Politoff, Sergio; Bustos, Juan y Grisolia, Francisco. *Derecho penal chileno, parte especial*. Santiago, Ed. Jurídica, 1971, 405 páginas, se ve la maduración en el primero de ellos de su respeto por el “insigne” Alejandro Fuenzalida, cuya obra se menciona entre las 15 “abreviaturas con que se designan las obras generales citadas con mayor frecuencia” (p. 17), recurriéndose a ella en la discusión acerca de si existe una solución de continuidad entre el aborto y el homicidio (p. 58, nota 16); para criticar la configuración del infanticidio en el art. 394 Código Penal (p. 140, nota 9); a propósito del sentido de la calificante del precio o promesa remuneratoria en el homicidio calificado (p. 160, nota 18); para ilustrar las dificultades de delimitar los “maltratos de obra” (p. 286, nota 105); a propósito de un problema de concausalidad en las lesiones causadas administrando sustancias nocivas (p. 309, nota 161); para retratar la visión de las diferencias de clases sociales que existía en su época (p. 317, nota 177); criticando la automática agravación de parentesco del art. 400, comentario que califica de “penetrante” (p. 319, nota 179); dando cuenta del error en la penalidad del art. 392 respecto a las lesiones graves (p. 341, nota 6); y en la discusión acerca de la distinción entre infanticidio y abandono de niños (p. 370, nota 8). En cambio, a Vera se le cita sólo en dos ocasiones: primero, como compañía de otros ilustres autores españoles en relación al fundamento de la premeditación (p. 177, nota 59), y luego como fuente para la interpretación de la voz de “violencias” en el mal llamado homicidio en riña del art. 392 (p. 354, nota 40). Y precisamente en ese mismo lugar se encuentra una de las escasas cuatro citas que se hacen del Comentario de Fernández: allí, para señalar el error de interpretar “violencias” en el sentido del art. 439 Código Penal; antes, mencionando su crítica a que la Comisión Redactora considerase concurso ideal entre el aborto y la muerte no querida de la mujer (p. 208, nota 54); y después, como referencia de un antiguo fallo de la Corte de Concepción sobre *abandono de niños* (p. 372, nota 11), y en la discusión sobre el alcance de la expresión “lugar solitario” (p. 374, nota 18). Con todo, a pesar de la aparente abundancia de citas, y el reconocimiento expreso a la importancia de la obra de Fuenzalida, no debe perderse de vista que el total de citas en el texto analizado es de 818, por lo que en él, las de nuestros comentaristas no superan el 2% (aunque sólo Fuenzalida hace un 1%).

Sin embargo, en la misma época, en su prólogo a la obra de Mera F., Jorge. *El delito de entrega fraudulenta*. Santiago, Ed. Encina, 1971, 269 páginas, p. 9, no duda Politoff en calificar de “estéril” la interpretación de la doctrina representada en “las tautologías de los viejos comentaristas”.

¹⁰⁶ Uribe A., Armando. *De los delitos calificados por el resultado*. Santiago, Ed. Jurídica, 1957, 75 páginas [Reseña en RCÓDIGO PENAL XVII N° 1 (1958), p. 55].

¹⁰⁷ Vivanco S., Jaime. *El delito de robo con homicidio. Ensayo a la luz de la doctrina del delito-tipo*. Santiago, Ed. Jurídica, 1957, 102 páginas [Reseña en RCÓDIGO PENAL XVII N° 1 (1958), p. 54].

ellos¹⁰⁸, Álvaro Bunster¹⁰⁹. Sólo Antonio Bascuñán V., Jorge Mera y Mario Garrido parecen un poco, aunque no mucho más, interesados en discutir (más allá de completar algunas citas de rigor) los textos de los comentaristas en importantes pasajes de sus trabajos de *parte especial* sobre los delitos de abusos deshonestos¹¹⁰, fraude en la entrega¹¹¹ y

¹⁰⁸ Así lo reconoce el propio Bunster en el citado *prólogo* de la monografía de Sergio Politoff (ver nota N° NOTEREF Ref530836121 h 97), y en el correspondiente de la de Alfredo Etcheberry, op. cit., páginas xi y xii. Y también sus discípulos, como Vivanco, op. cit., p. 4, quien le dedica su obra “porque hizo renacer en mí la vocación por este ramo”; Ortiz, quien se refiere a Bunster como “nuestro profesor”, citando incluso sus clases en un curso profundizado de 1956 (Ortiz, op. cit., p. 14, nota 1), el mismo al que hace referencia Bunster en su *Informe* al texto de Armando Uribe, op. cit., p. 7, y el propio Uribe (p. 12). Aunque en la memoria de Cury, *Delito continuado*, cit., p. 5, también hay un *Informe* de Bunster, su carácter aparentemente reglamentario, no permite reflejar la verdadera relación de discípulo y maestro que existía entre ellos. Pero que sí se trasluce en el hecho de que, como Director de la Revista de Ciencias Penales, publicaba Bunster trabajos de Cury en su período de formación como estudiante de derecho: Cury U., Enrique. *Interpretación del artículo 343 del Código Penal*. En RCÓDIGO PENAL t. XVII, N° 3 (1958), páginas 86-91, breve artículo en el que, a pesar de la evidente necesidad de contar con interpretaciones del texto punitivo, no se recurre a las de nuestros comentaristas, y aún partes de la memoria en elaboración (Cury, Enrique. *El delito continuado (primera parte)*. En RCÓDIGO PENAL t. XVIII N° 2 (1959), páginas 104-123; *conclusión*), en RCÓDIGO PENAL t. XVIII N° 3 (1959), páginas 201-215).

¹⁰⁹ Bunster B., Álvaro. *La malversación de caudales públicos. Estudio de doctrina y de jurisprudencia*. Santiago, U. de Chile, 1948, 134 páginas. Con todo, aquí se nombran en la bibliografía a Fernández y Fuenzalida (p. 127s), y al menos hay cuatro referencias directas a este último en el texto: para justificar la extensión *per objecto* del delito a caudales de particulares (p. 39, nota 43); para justificar la penalidad del art. 235 en base a la protección de la regularidad del funcionamiento de la administración y no de su patrimonio (p. 71, nota 76); a propósito del sentido de la llamada *malversación culposa* del art. 234 (p. 101, notas 95 y 96); y para aclarar el sentido de la expresión “sin causa bastante” del delito de negativa a un pago del art. 237 (p. 125, nota 123).

¹¹⁰ Bascuñán V., Antonio. *El delito de abusos deshonestos*. Santiago, Ed. Jurídica, 1961, 159 páginas. Aquí se les da similar importancia en el número de citas a Fuenzalida y Vera, aunque sin olvidar a Fernández. Todos ellos son citados para afirmar que el principio de ejecución de la violación no es necesariamente el de la cópula (p. 82, notas 197, 198 y 199), y para excluir la cópula normal del delito de abusos deshonestos (p. 161, nota 130). Además, se cita a Fuenzalida, para afirmar que la cópula sexual como conducta punible en el incesto (p. 21, nota 27), que la violación castigaba como consumada desde las partidas (p. 32, nota 46), que la amplia penalidad de los abusos deshonestos permitía abarcar la diversidad de situaciones que se presentaban (p. 42, nota 81), que la expresión “yacer” en la primitiva redacción del art. 361 Código Penal tenía como antecedente el Código austriaco (p. 46, nota 96), y que no existían variaciones en el castigo de la tentativa de violación como delito consumado entre la legislación española antes vigente y el código de 1874 (p. 82, nota 197). A Vera, para demostrar la confusión que entre “pecado” y “delito” aparece manifiesta en el castigo de la sodomía, y que el comentarista aprobaba con citas bíblicas (p. 46s, nota 99); para demostrar que la conducta de abusos deshonestos incluía otros supuestos diferentes al engaño (p. 117, nota 266); y para criticar la fórmula amplia usada por el Código en el delito de abusos deshonestos, que Vera aprobaba (p. 131, nota 281).

¹¹¹ Mera, op. cit. Aquí aparecen en la bibliografía los *Comentarios* de Fernández, Fuenzalida y Vera (p. 251s.), a quienes se cita en los siguientes tópicos: a Fernández, para dar cuenta del proceso de formación del art. 467 en la Comisión Redactora (p. 30, nota 41); a Fuenzalida, para calificar de estafa la entrega fraudulenta (p. 106, nota 13), a propósito de la discusión acerca de si se exige o no engaño en esta figura (p. 173, nota 40), si éste se extiende al título obligatorio antecedente (p. 181, nota 50), la naturaleza del dolo envuelto en la misma (p. 182, nota 51) y en la diferencia entre lo entregado y lo convenido (p. 231, nota 124); y a Vera, a propósito del problema de si el mero tenedor que restituye una especie diferente comete o no el delito de entrega fraudulenta (p. 164, nota 32), y cuando se discute si corresponde o no apreciar atenuantes respecto de la entrega fraudulenta calificada con el *máximum* del grado correspondiente (p. 237, nota 9).

contra el honor¹¹², respectivamente.

En las obras generales de la época, entre quienes durante la preeminencia del positivismo en Chile, en el segundo cuarto del siglo XX, se mantuvieron fuera de su influencia y cerca de la doctrina alemana, Fontecilla en su texto de 1930 sobre *La Pena*, bajo el epígrafe “evolución de la pena”, únicamente da cuenta de la llamada “lucha de las escuelas”¹¹³, sin citar en ningún momento a los comentaristas¹¹⁴; y en sus *Nociones* de 1933-1937, Pedro Ortiz¹¹⁵, sin hacer mención a la doctrina nacional, se limita a reproducir las doctrinas de v. Liszt¹¹⁶. Más cercano a la doctrina italiana que a la alemana, y ya a mediados de los años 1950, en la segunda edición de su *Derecho penal*, Gustavo Labatut¹¹⁷ no consigna el desarrollo histórico de la doctrina penal chilena, y apenas se refiere a los

¹¹² Garrido M., Mario. *Los delitos contra el honor*. Santiago, Carlos Gibbs Ed., 1963, 381 páginas. En esta obra se cita a Fuenzalida para mencionar el origen del art. 412 Código Penal (p. 169, nota 7), afirmar que la apreciación de la gravedad de las injurias queda en muchos casos entregada al tribunal de fondo (p. 237, nota 84; y p. 238, nota 87); que basta con la declaración de falsa de la denuncia (no que constituya en sí el delito calumniosa), para la comisión del delito de denuncia calumniosa (p. 247, nota 99); que la *exceptio veritatis* “juega ampliamente” para hacer desaparecer la calumniosa (p. 262, nota 119), pero no la injuria (p. 263, nota 124); que la penalidad de la injuria encubierta es justa con relación a ordenamiento comparados (p. 275, nota 141); que existe doctrina aislada contra el criterio jurisprudencial de que las expresiones injuriosas contenidas en documentos oficiales no destinados a la publicidad, no son punibles (p. 296s, nota, 170); y que debió establecerse una regla especial para contar la prescripción de la injuria o calumniosa causadas en juicio (p. 301, nota 177). Y a Fernández, además de en algunos de los puntos ya señalados –denuncia calumniosa (p. 248, nota 102), *exceptio veritatis* (p. 262, nota 120 y p. 264 nota 125), injuria encubierta (p. 273, nota 138) y prescripción (p. 300s, notas 173 a 175)–, se lo cita para destacar las mejoras técnicas en la redacción del tipo de calumniosa hechas por la Comisión Redactora en relación a su fuente española, esto es, cambiar la expresión “falsa imputación” por “delito determinado, pero falso” (p. 184, nota 32); y para citar de referencia a Pacheco, a propósito de las calumnias o injurias causadas en juicio (p. 285, nota 157).

Aunque este es el único texto de los que se han citado hasta ahora en que el número de citas a dos comentaristas (18) sobrepasa el 5% del total de las que comprende la obra (232), no puede estimarse completamente separado del espíritu de su época, ya que no considera la obra de Vera ni siquiera en la bibliografía (p. 371s), y 35 años después, en su *Derecho penal*, no contempla un apartado o capítulo para referirse a la evolución de la doctrina nacional (y mucho menos a nuestros comentaristas), haciendo sólo una referencia a algunos los positivistas y seguidores de las corrientes alemanas de que da cuenta (Garrido M., Mario. *Derecho penal, parte general, t. I*. Santiago, Ed. Jurídica, 1997, 414 páginas, p. 169-171).

¹¹³ Fontecilla R., Rafael. *La pena. Evolución natural, jurídica y técnica*. Santiago, Imprenta Cisneros, 1930, 426 páginas. La sección citada está entre las páginas 9-26.

¹¹⁴ Y eso a pesar del importante manejo bibliográfico del autor, como aparece en el *Índice de Autores* de las páginas 420-424.

¹¹⁵ Ortiz M., Pedro: *Nociones generales de derecho penal*. Santiago, Ed. Nascimento, t.I 1933, 226 páginas; y t. II, 1937, 214 páginas.

¹¹⁶ Lo que le valió la dura crítica de Jiménez de Asúa, op. y loc. cit., quien señala que la mayor parte de sus páginas “son un calco del Tratado de Franz von Liszt”.

¹¹⁷ Jiménez de Asúa, op. y loc. cit.

Comentarios en la Bibliografía del tomo dedicado a la parte general¹¹⁸, y en un par de citas aisladas e incompletas, una en cada tomo¹¹⁹. En los años 1960, Novoa, en su *Curso de Derecho Penal Chileno*, en un apartado que denomina “Noticia sobre doctrina penal”, menciona únicamente la obra de Fuenzalida, aunque atribuyéndole sólo un “valor exegético”¹²⁰, apreciación que se transluce claramente en las escasas citas que de él hace¹²¹; en cambio, Alfredo Etcheberry al menos contempla en su *Derecho penal*¹²² un apartado especial sobre el “desarrollo de la ciencia penal en Chile” en que menciona las obras de Fuenzalida, Fernández y Vera, calificándolas eso sí de obras que “se reducen a comentarios exegéticos”¹²³, aunque luego en su texto recurra en varias ocasiones a Fuenzalida y, particularmente, a Fernández¹²⁴. Ya entrada la década de 1970, Cousiño, quien no dedica ni un solo epígrafe o

¹¹⁸ Labatut G., Gustavo. *Derecho penal, t. I, parte general*, 2ª ed. Santiago, Ed. Jurídica 1954, 460 páginas. El desarrollo histórico del Derecho penal se reseña en las páginas 34 a 78, dándose allí sólo cuenta de la denominada “Lucha de las Escuelas”. La bibliografía está en las páginas 445 ss. Tres años después apareció el *Derecho penal, t. II, 2ª ed., parte especial*. Santiago, Ed. Jurídica, 1955, 373 páginas.

¹¹⁹ Una de Fuenzalida, a propósito de la reincidencia (Labatut, t. I, cit., p. 375), y otra de Fernández, a propósito de la prescripción de los delitos de injuria y calumnias (Labatut, t. II, cit., p. 267s).

¹²⁰ Novoa Monreal, Eduardo. *Curso de Derecho Penal Chileno*. Santiago, Ed. Jurídica, t. I (1960), 618 páginas, p. 96.

¹²¹ Así, en el t. I de su *Curso*, op. cit., Novoa menciona a Fuenzalida con relación al concepto de agresión, en la legítima defensa (p. 356); cuando se refiere al carácter preventivo de las medidas de seguridad para los inimputables (p. 467, nota 23); y cuando se refiere a la regulación de la *aberratio ictus* en el art. 1º Código Penal. Y en el t. II, op. cit., para varios aspectos vinculados con el alcance de las atenuantes y agravantes (páginas 19, nota 5; 39; 43 nota 40; 47, nota 53; 53, nota 6 y 111); para determinar el significado del “concierto” en el Nº 3 del art. 15 (páginas 215 y 216); para ejemplificar ciertos casos de “complicidad” (p. 218), aunque reconocidamente alterando la cita, y de no complicidad (p. 219); para establecer el alcance del “encubrimiento” del Nº 1 del art. 17 Código Penal (p. 222) y de la excepción del inciso final (p. 228); y finalmente, en una discusión acerca del sentido del art. 105 Código Penal (p. 466).

A Fernández lo cita Novoa en el t. I, también a propósito de la *aberratio ictus* (p. 582); y en el t. II, a propósito de la agravante de reincidencia (p. 105, nota 40), y sobre el significado de la expresión “pena corporal” (p. 327, nota 4).

¹²² Etcheberry O., Alfredo. *Derecho penal*. Santiago, Carlos Gibbs ed., t. I, 1964, 327 páginas; t. II, 1964, 295 páginas; t. III, 1965, 511 páginas; t. IV, 1965, 269 páginas.

¹²³ Etcheberry, *Derecho penal*, t. I, cit., p. 50.

¹²⁴ Así, en Etcheberry, *Derecho penal*, t. I, cit., se hace referencia a Fuenzalida a propósito de la discusión acerca de si la agresión requiere o no acometimiento físico (p. 234, nota 48), del contenido de la presunción de voluntariedad del art. 1º Código Penal (p. 290, nota 68), del alcance del inc. 3º de dicho art. 1º (p. 304, nota 98) y del contenido de la fuerza a que hace referencia el Nº 9º del art. 10 (p. 313, nota 104); y en el t. II, cit., sólo a propósito del acuerdo unánime de la doctrina en orden a aceptar el desistimiento en la tentativa (p. 69, nota 11). En cambio, las citas a Fernández al menos abarcan los cuatro tomos de la obra: en los t. I y II, cit., en los mismos temas en que se citó a Fuenzalida (t. I: páginas 285, nota 54; 290, nota 69; 304, nota 98; y 313, nota 104; t. II: p. 69, nota 11)), y además, para declarar que la inimputabilidad debe probarse (t. I, p. 258, nota 23). La diferencia está en las citas que se hacen a Fernández los tomos dedicados a la parte especial: en el t. III, cit., respecto a la falta de una disposición referida al aborto seguido de muerte (p. 104, nota 98), y con relación a la forma de contrar la prescripción en las injurias causadas en juicio (p. 193, nota 46). Y en el t. IV, cit., para determinar el carácter del lugar “solitario” en el abandono de niños (p. 15, nota 8); establecer el sentido del ya derogado art. 362, sobre el comienzo de la tentativa en la violación (p. 62, nota 95); criticar lo “minucioso” de la descripción de las formas de espionaje del art. 109 Código Penal (p. 92s, nota 9); reproducir una cita de Bello acerca del levantamiento de tropas castigado en el art. 114 (p. 100, nota 16); comentar la especial forma que adopta el castigo de la tentativa de pasar a país enemigo del art. 117 (p. 101, nota 19); discutir el sentido de la circulación concertada de moneda falsa (p. 125, nota 11); determinar el sentido del tipo que castiga el otorgamiento de pasaportes en blanco (p. 158, nota 54); y el alcance de la disposición del art. 260 Código Penal (p. 180, nota 5).

subtítulo en los tres tomos de su extenso *Derecho Penal Chileno*¹²⁵ a dar cuenta del desarrollo de la doctrina nacional, sí al menos hace más referencias útiles a Fuenzalida y Fernández que Novoa, pero no más de las que hace Etcheberry en los dos tomos de su *Derecho penal* dedicados a la *parte general*, particularmente cuando se trata de analizar el texto del Código vigente¹²⁶.

Pero también es posible que colaborase con esta indiferencia generalizada hacia nuestros *comentaristas*, por parte de quienes no profesaban el positivismo, una causa menos justificable que la supuesta falta de valor doctrinal de los *Comentarios* decimonónicos, pero en la práctica más determinante, si se quiere: la falta de acceso a los textos. En efecto, en 1937, don Gregorio Schepeler, a la sazón Ministro de la Exma. Corte Suprema, en un discurso pronunciado con ocasión de la inauguración del Instituto de Ciencias Penales, confiesa que el problema de las ciencias penales chilenas no parece ser sólo que se estudiara exegéticamente el Código Penal en una “Universidad [donde] debían formarse abogados para defender pleitos y no legisladores”, sino también la escasez de libros en las bibliotecas (incluidas la de la Universidad), lo que resalta recordando su época de estudiante en la cual “el libro de don Robustiano Vera, tal vez era el más conocido; los de Pacheco y Fuenzalida se oían nombrar en las clases” (el destacado es mío)¹²⁷. El *Catálogo* de la Biblioteca de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile de

¹²⁵ Cousiño Mac Iver, Luis. *Derecho penal chileno*. Santiago, Ed. Jurídica de Chile, t. I (1975), 960 páginas; t. II (1979), 602 páginas; t. III (1992), 294 páginas

¹²⁶ En el t. I, la primera referencia a Fuenzalida es anecdótica, pues da cuenta de su calidad de juez en la Lima ocupada (p. 174), y las restantes son referidas a interpretaciones de los arts. 5º, p. 506, 6º, p. 508 y 10º Código Penal: 752 y 755). En el t. II, ya hay más referencias útiles: así, respecto al concepto de “necesidad racional” en la legítima defensa, se transcribe un pensamiento de Fuenzalida contrario al de Cousiño, pero “en palabras tan precisas y hermosas” que el autor no resistió “el impulso de copiarlas” (p. 216); y luego se cita con relación a otros aspectos prácticos de interpretación de las causales de justificación: alcance de la legítima defensa (p. 223); sentido de la expresión “agresión” (p. 242); otra vez sobre la “racionalidad de la defensa” (p. 268); el alcance de la expresión “peligro inminente” en el estado de necesidad (páginas 388 y 389); el aborto terapéutico (p. 426); el alcance de la eximente de ejercicio legítimo de un oficio (p. 431); y en una referencia marginal al origen del art. 320 Código Penal (p. 536). En el t. III, finalmente, de nuevo es a raíz de la interpretación del Código donde aparece citado Fuenzalida, aunque ya sólo en dos ocasiones: primero, a propósito del alcance del inc. 3º del art. 1º Código Penal (p. 168); y después, acerca de si comprende o no la fuerza moral el N° 9 del art. 10º Código Penal (p. 254).

La importancia que adquiere Fuenzalida al interpretar Cousiño textos de la ley vigente es coincidente con la que le atribuye a Fernández, aunque en su caso con menor número de citas, aunque referidas a similares aspectos, e incluso hechas en las mismas notas al pie. Así, en el t. I, aparece citado en las páginas 508, 752 y 755; en el t. II, en las páginas 223, 242, 268 y 426; y en el t. III, en las mismas 168 y 254. En cambio, de Vera, Cousiño sólo señala que fue miembro de la Comisión redactora del Código (p. 75, t. I).

¹²⁷ Schepeler, Gregorio. *Discurso*, en RCÓDIGO PENAL T. III, N°S. 16-17 (1937), p. 416. A lo que agrega que Viada, Groizard, Chauveau et Helie, “no están en mis recuerdos” y que sólo después de sus estudios universitarios descubrió la existencia de Fernández, Lazo y Ortiz.

1938 (publicado en 1940)¹²⁸, confirma estas aseveraciones: en la sección “Derecho Penal y Medicina Legal”¹²⁹, bajo la letra “F”, no figura el *Comentario* de Fernández, del de Fuenzalida sólo se tiene la edición incompenta de 1876, y el tomo I de la edición de Lima de 1883¹³⁰; y de Vera, sólo figura un ejemplar de la edición de 1883¹³¹. El propio Bunster reconocía todavía en 1955, la “indigencia bibliográfica” del medio nacional¹³². Treinta años después parecen confirmar lo alejada del estudio de fuentes directas de la formación jurídica nacional las palabras con las que el citado Luis Cousiño, al hacer un recuento de la doctrina nacional en el homenaje a Jiménez de Asúa que hizo nuestro Instituto de Ciencias Penales en 1971, omite cualquier referencia a nuestros *Comentaristas*¹³³, prefiriendo recordar las enseñanzas “exegéticas” de sus contemporáneos Ricardo Cabieses y Galvarino Gallardo, profesores cuya obra impresa es escasa o inexistente¹³⁴, pero que, como ya dijimos, ocuparon en la época las plazas universitarias que aquéllos no sirvieron, formando así, como es natural, alumnos alejados de las fuentes directas¹³⁵.

V. La pregunta de fondo: ¿Tienen valor para las preocupaciones actuales los *Comentarios* decimonónicos?

En los apartados anteriores hemos procurado poner de manifiesto que hay buenas razones para creer que son factores ajenos al valor intrínseco del contenido de los *comentarios* decimonónicos lo que los ha llevado al baúl de las reliquias “al estilo de Pacheco”, a saber: las debilidades del proceso de formación universitaria, incluyendo una inexplicable indigencia bibliográfica; el cambio de foco en las materias de estudio, desde la exégesis hacia la criminología y sus derivaciones, propiciado por el *positivismo*; y la posterior moda germanófila seguida por nuestros jóvenes de los años 1950 y 1960 quienes, privados de una formación que se reconociera en las obras de los autores nacionales, parece que “se dejan seducir” “por la magnífica coherencia formal y la elegancia del sistema”¹³⁶.

¹²⁸ Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. *Catálogo de la Biblioteca de la Ciencias Jurídicas y Sociales*. Santiago, Imp. Dir. Gral. de Prisiones, 1940, 226 páginas

¹²⁹ *Catálogo*, páginas 106 a 119.

¹³⁰ *Catálogo*, p. 108. Para la referencia exacta de ambas ediciones del Fuenzalida, ver nota al pie N° NOTEREF_Ref530739770 \h 2.

¹³¹ *Catálogo*, p. 114. Para las referencias al resto de la obra de Vera, ver nota al pie N° NOTEREF_Ref530740316 \h 3.

¹³² Bunster, *Prólogo* a Etcheberry, *Concurso*, cit., p. xi.

¹³³ Cousiño, Luis: *Influencia de don Luis Jiménez de Asúa en los penalistas chilenos*, en RCÓDIGO PENAL XXX N° 1 (1971), p. 5.

¹³⁴ Cfr. *Supra* Nota N° NOTEREF_Ref531207953 \h 25.

¹³⁵ Lo que es fácil de comprobar consultando las memorias de la época, comose hace *Supra* en el texto, apartado I, *in fine*.

¹³⁶ Politoff, *prólogo*, op. cit.

Sin embargo, con ello no hemos superado todavía la afirmación de Jiménez de Asúa, en el sentido de que los *Comentarios* “no ofrecen importancia mayor”¹³⁷.

Naturalmente, existen graves dificultades para organizar el material contenido en los *Comentarios* a la manera de un *manual de parte general* como los que hoy se usan entre nosotros, siguiendo algún modelo tomado de los textos alemanes. Luego, en la superficie del análisis podría decirse que, al menos en lo que toca a la *teoría del delito*, no puede contarse con los *Comentarios*. Sin embargo, respecto de los aspectos generales del Derecho penal, Robert Fletcher nos advierte de la infecundidad de quedarse en la superficie de los modelos de exposición de las materias, proponiéndonos estudiar los problemas de fondo de la disciplina, que “surgen inevitablemente en las controversias de cualquier sistema penal”¹³⁸. Luego, del mismo modo que a través de los problemas que constituirían esa “gramática universal del derecho penal” puede Fletcher comparar las soluciones de sistemas tan diferentes como el norteamericano y el alemán, sería atendible que antes de desecharlos *a priori*, por su antigüedad o por opiniones genéricas emitidas por algún profesor, explorásemos si existen o no eventuales aportes de nuestros *Comentaristas* a las discusiones en torno a los problemas fundamentales del Derecho penal, tal como los conocemos hoy día, sin exigirles el imposible de que usen la misma nomenclatura y sistematización que hemos importado de la doctrina alemana (hay que recordar que hasta la década de 1930 no se había producido entre nosotros la importación de la doctrina de raigambre germana¹³⁹).

Presentados de este modo los aspectos a estudiar, la categórica afirmación de Jiménez de Asúa parece un comentario todavía sujeto a verificación, sobre todo por las pocas modificaciones que en la *parte general* del Código se han operado y, además, por la subsistencia todavía hoy de buena parte de las disposiciones de la *parte especial*¹⁴⁰.

¹³⁷ Jiménez de Asúa, op. y loc. cit.

¹³⁸ Fletcher, Robert. *Conceptos básicos de Derecho penal*. Trad. F. Muñoz Conde. Valencia, Tirant Lo Blanch 1997, 307 páginas, p. 18. Estos problemas serían: 1. La distinción entre derecho penal sustantivo y procesal; 2. La distinción entre las sanciones penales y las de otra naturaleza; 3. La diferencia entre tratar a la persona acusada de un delito como sujeto o como objeto; 4. La diferencia entre *causar* un daño y que ese daño se produzca por un *evento natural*; 5. La diferencia entre determinar que se ha cometido un acto antijurídico y atribuir ese acto a un tercero; 6. La relación entre los elementos del delito y las eximentes; 7. La distinción entre delitos dolosos e imprudentes; 8. la distinción entre responsabilidad objetiva y subjetiva; 9. La distinción entre legítima defensa y estado de necesidad; 10. Las diferencias entre error de hecho y de derecho; 11. Las diferencias entre delitos consumados y tentados; y 12. La distinción entre autores y partícipes.

¹³⁹ El precursor de esta importación fue, a partir de la década de 1930, Pedro Ortiz, quien en muchos pasajes sencillamente transcribía el *Lehrbuch* de von Liszt. Cfr. Ortiz M., Pedro. *Nociones generales de Derecho Penal*, 2 tomos. Santiago, ed. Nascimento, 1933 (t. I, 226 páginas) y 1937 (t. II, 216 páginas).

¹⁴⁰ Las Tablas de Modificaciones del Código, hasta el año 2001, preparadas por Roberto Navarro D. pueden verse en Politoff/Ortiz/Matus. *Texto y Comentario del Código penal*, t. I. Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2002, 493 páginas, p. 21 a 47.

Desde luego, si bien las escasas fuentes disponibles por los *Comentaristas* hacen que carezcan de interés sus apreciaciones sobre la evolución histórica del derecho penal en general¹⁴¹, la información que entregan sobre la legislación vigente en la época¹⁴², la formación del Código penal en general y el origen de sus artículos en particular¹⁴³, las discusiones parlamentarias habidas¹⁴⁴, las sesiones correspondientes de la Comisión Redactora (hay que recordar que el propio Robustiano Vera sirvió un año como Secretario de dicha Comisión¹⁴⁵) y la primera jurisprudencia producida al respecto¹⁴⁶ son de primera fuente y de gran importancia para la interpretación de las disposiciones en particular, a pesar de que muchas veces se limitan a transcribir las opiniones de Pacheco¹⁴⁷ o de Chaveau y Hélie¹⁴⁸, con el argumento de que fue la obra que tuvo en vista la Comisión Redactora¹⁴⁹.

¹⁴¹ Por ejemplo, *Fuenzalida I*, p. iv a xi. Por su parte, *Vera* reproduce las partes pertinentes de su memoria de prueba antes publicada bajo el título *Teorías del Derecho Penal*, que correctamente el mismo había antes calificado como faltas de originalidad por no ser más que un compilado de “ideas ... entresacadas de los autores más notables”.

¹⁴² Así, por ejemplo, en el *Apéndice* de *Vera*, “con leyes, decretos, Reglamentos y otras disposiciones que complementan el Código Penal”, páginas 743-801, se incluyen diversas leyes penales especiales vigentes al año 1883, incluyendo la Ley de Abusos de la Libertad de Imprenta de 1872; la de Propiedad Literaria de 1834; la de Homicidio, hurto, robo, incendios i accidentes de ferrocarriles de 1876, la de su reforma de 1883 y el reglamento para su ejecución; la de Casas de préstamos sobre prendas de 1877; la de Prisión por deudas de 1868; además de algunos fallos, un interesante listado de las disposiciones anteriormente vigentes en materia criminal, y una “Tabla de Concordancias” de los artículos del Código con los de los Códigos español, francés, brasilero, austriaco, napolitano, belga y otras “disposiciones varias”, en las que se incluyen las Partidas, el Digesto y otras leyes españolas antiguas. En el texto de *Fernández*, se contienen apéndices similares en sus tomos I (páginas 417-447) y II (páginas 337-384), donde además pueden verse la Ley de Garantías Individuales de 1884, la de Régimen Interior de 1885, la de “Bebidas Fermentadas o Destiladas” de 1892, y la de Casas de Préstamos sobre Prendas de 1898.

¹⁴³ Esencial, *Fuenzalida*, *passim*, con las concordancias precisas a los textos extranjeros que sirvieron de modelo y las discusiones en la Comisión Redactora.

¹⁴⁴ Muy completo es al respecto el *Prólogo* de *Fernández I*, páginas 8-50.

¹⁴⁵ Su nombramiento aparece en las *Actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código penal chileno*. Santiago, Imprenta de la República, 1873, 314 páginas, p. 34, Sesión 19, de 20 de julio de 1870. Con sabrosos comentarios, puede verse la historia de la conformación de esta Comisión en Rivacoba y Rivacoba, Manuel. *Estudio preliminar*. En, *del mismo*. *Código penal de la República de Chile y Actas de las sesiones de la Comisión redactora del Código penal chileno*. Valparaíso, Edeval, 1974, páginas ix-iv, p. xiv y s. En el propio *Vera*, páginas 53-70, puede leerse, también, el “*Discurso pronunciado por el Profesor de Código Penal de la Universidad, Señor Don Alejandro Reyes, el 29 de marzo de 1875*”, Presidente de la Comisión Redactora y primer Profesor de Código Penal de la U. de Chile.

¹⁴⁶ Uno de los agregados de la *Segunda Edición* que *Fernández I*, p. 5, destaca, y que de verdad debe agradecerse por la importante cantidad de fallos y la agudeza de la forma en que se citan, sin descuidar en ningún momento la exposición de los hechos sobre que se juzga.

¹⁴⁷ Pacheco, *Código penal*, op. cit.

¹⁴⁸ Ad. Chaveau y F. Hélie. *Théorie du Code Pénal*, ed. augmentée en Belgique par J.S.G. Nypels. Bruxelles, Maline, Cans et Compagnie, 1843, 3 tomos.

¹⁴⁹ Así, expresamente, por ejemplo, *Fernández I*, 92.

En cuanto a los *fin*es y *funciones de la pena*, sólo Vera, p. 34, se explaya sobre esta cuestión, diciendo que la “justicia penal existe porque ella es ... un elemento necesario para [la] *conservación* [de la sociedad]”¹⁵⁰⁻¹⁵¹, que debería “armonizarse” con la teoría iusnaturalista de la *Justicia*, porque “la lei penal no puede estar jamas en oposicion con ella i léjos de eso, allí debe estar su límite i dentro de ella su círculo de accion armonizando en cuanto sea posible con los intereses de la sociedad en que hace sentir sus efectos”¹⁵².

Este *iusnaturalismo* también está presente en el concepto de ley penal de nuestros comentaristas, esto es, de lo que debiera considerarse delito o simple infracción civil o administrativa. Esto es evidente en las críticas que hace *Fuenzalida I*, p. 3 y 5, a la definición de delito del art. 1º, en el sentido de que pareciera “establecer el principio absoluto y despótico de que el legislador no debe atender para calificar las acciones u omisiones de crímenes, simples delitos ó faltas sino a su voluntad soberana”, de modo que “no habiendo un principio positivo que haya dirigido al legislador, ha podido penar como delitos hechos que ante la moral no lo son, y como simples faltas otros que son verdaderos delitos”, agregando más adelante (p. 16): “la moral es una por su esencia y lo que daña a un individuo o a una nacion causa un daño mediato a la humanidad”¹⁵³. Por su parte, Vera,

¹⁵⁰ Esta idea está tomada por Vera reconocidamente de “Ms. Hélié”. Sin embargo, en el famoso *Comentario* de Ad. Chaveau y F. Hélié, cit., Tomo I, p. 8, los comentaristas citados se muestran abiertamente eclécticos y contrarios a cualquier teoría que explique por sí misma, cuáles son los hechos que merecen pena, “por amenazar la existencia de la sociedad”, haciendo hincapié en que “no puede existir un buen sistema penal sino en gobierno libre” y que la imposición de teorías hasta sus últimas consecuencias parece más bien propio de gobiernos “despóticos” que de sociedades donde el “poder social emana de instituciones libres”. También “esencialmente necesaria” considera la pena *Fuenzalida I*, p. v, aunque sin explayarse para qué. Finalmente, *Fernández* no parece estar interesado en esta la disputa conceptual.

¹⁵¹ Por otra parte, no deja de ser interesante destacar cómo este fundamento de “*derecho social*” que ofrece Vera al *ius puniendi* no se aparta mucho —salvando la distancia temporal y la pirotecnia conceptual—, de la denominada actualmente *prevención general positiva*, particularmente en versión *jakobsiana*. En efecto, la idea de que el derecho penal es necesario sin más para la *conservación de la sociedad* no parece apartarse de la afirmación según la cual “jurídico—penalmente sólo se garantizan aquellas normas a cuya observancia general no se puede renunciar para el mantenimiento de la configuración social básica” (Jakobs, Günther, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. Berlin, de Gruyter, 1991, 944 páginas, p. 8. Hay traducción al castellano de Cuello Contreras, Joaquín y Serrano González, José Luis. Madrid, Marcial Pons, 1985, p. 12).

¹⁵² Es interesante aquí anotar la evolución del autor, quien antes, Vera, *Teorías...*, 2ª ed., cit., páginas 47s. sostenía que “la Justicia es el único fundamento sólido, noble i elevado del derecho de penar”.

¹⁵³ El alcance de esta afirmación, con la que justificaba *Fuenzalida I*, 16 una jurisdicción universal para *toda clase de delitos*, parece hoy en día más vigente que nunca, si se toman en cuenta las crecientes obligaciones de establecer delitos provenientes de tratados internacionales y la cooperación que hoy existe entre los estados. Naturalmente, no es que exista una *moral universal*, pero al menos existe un *consenso* creciente sobre lo que debiera o no ser punido por todas las naciones. Cfr. Politoff, Matus y Ramírez, *Lecciones PG*, cit., páginas 123-125 y 139-153.

p. 81, afirma que “la idea comun de todo crimen, de todo delito moral, no es otra cosa que el quebrantamiento de alguno de nuestros deberes”, siempre que se cumplan las siguientes condiciones: “1.^a que el deber violado no tenga una sanción natural; 2.^a que sea de aquellos respecto de los cuales no baste una sanción civil, i 3.^a que sea un precepto de importancia, para cuya reparación no basten medidas guernativas o de policía”¹⁵⁴. Sólo Fernández I, p. 62s, estima que esta definición de delito del Código “es perfecta por su claridad y concisión”, y que, “propiamente hablando, puede decirse que la lei crea al delito”, pero agrega que “esto no quiere decir que la lei invente o fragüe el delito ... procura castigar lo que es punible, pero no hace punible lo que en realidad no lo sea, ya como violacion de la lei natural o de la lei civil”.

En cuanto a cómo organizar los materiales legales para conformar una estructura de los presupuestos de la responsabilidad penal similar a nuestra *Teoría del Delito*, se observa en los comentaristas el predominio de una *Teoría Bipartita*, que por un lado contempla los *elementos del delito*, según la definición del art. 1º Código Penal: a) la realización de acción u omisión punible, y b) la voluntad (compuesta de la *libertad* de actuación, la *inteligencia* -conocimiento- de lo que se hace y la *intención de realizarlo*); y, por el otro, las circunstancias que excluyen la responsabilidad penal emanada del delito¹⁵⁵. Las diferencias que se observan tiene que ver con el alcance que a las eximentes del art. 10 Código Penal le otorgan nuestros autores. Así, mientras para Fuenzalida I, p. 10, y Fernández I, p. 63, estas eximentes sólo alcanzan a la *voluntariedad* (por lo que debemos deducir que se tratarían de excusas personales, en el sentido del art. 64, y que sin acción u omisión punible, esto es, descrita en la ley como delito, nada habría que investigar o sancionar¹⁵⁶), para Vera, p. 98, las eximentes se pueden clasificar en aquellas que “deben su origen en la falta de voluntad en el autor del hecho”, art. 10 N°s 1, 2, 3, 8, 9 y 12; las “establecidas en favor del que obra usando de un derecho lejítimo”, art. 10 N° 4, 5, 6, 7 y

¹⁵⁴ Sin embargo, no ofrece ningún criterio para verificar el cumplimiento de tales condiciones en el Código ya vigente a la época y, por tanto, el concepto resulta impracticable para distinguir el derecho penal de otras infracciones de deberes. Lo anterior es explicable si se toma en cuenta que el texto transcrito es una reproducción del contenido en su anterior *Teorías del Derecho Penal*, donde tales criterios sí podían concebirse como un alegato dirigido hacia la prudencia del futuro codificador más que como un criterio para identificar el derecho penal de lo que no lo es (Cfr. Vera, *Teorías ...*, 1.^a ed., cit., p. 32).

¹⁵⁵ Aunque puede criticarse esta bipartición por poco original o por no estar asentada en criterios extralegales, su validez como método de organización de los problemas no puede discutirse, ya que, como puede apreciarse en el trabajo de Kai Ambos, ella no es esencialmente diferente a la bipartición del sistema americano y del actual Derecho Penal Internacional (Cfr. Ambos, Kai, *Der allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2.^a Aufl. Berlin, Duncker & Humblot, 2004, 1058 páginas, páginas 361-377).

¹⁵⁶ Ambos consideran, por lo mismo, que la del art. 10 N° 10, cumplimiento del deber, etc., es superflua y bien podría eliminarse sin daño del sistema, pues la ley no podría considerar delito lo que manda o autoriza.

10; y las que lo hacen “a favor de los que obran en cumplimiento de un deber legítimo”, probablemente art. 10 N° 10, en la parte correspondiente¹⁵⁷. Además, con buen criterio, reconocen Vera, p. 109, y Fernández I, p. 100, la existencia de otras circunstancias que eximen de la responsabilidad penal fuera del art. 10 Código Penal (entre ellas, la del art. 17 inciso final, 129 inciso 1°; inciso 2° del art. 153; los arts. 378, 415 y 489). Con todo, Vera, p. 142s, parece también atribuir a todas las eximentes reguladas legalmente un carácter *personal*, en los términos del art. 64 Código Penal.

Volviendo a los *elementos del delito*, es interesante destacar cómo se enfrenta la distinción entre acciones y omisiones, a través de una teoría *normativa extrema*, donde el sentido de la conducta depende únicamente del sentido de la norma que se infringe y no de su materialidad. En palabras de Fernández I, p. 62: “La lei penal, así como la civil, tiene siempre por objeto mandar, prohibir o permitir. Si faltamos a sus mandatos, no prestando, por ejemplo, la debida cooperación para la administración de justicia u otro servicio público, de que habla el art. 253 de este Código, pecaremos por *omisión*. Sin infringimos algunas de sus prohibiciones, como son la jeneralidad de los objetos de la lei penal, pecaremos por *accion*. Tambien pecaremos por *accion* si nos excedemos en las facultades o permisos que nos otorga la lei, como si teniendo la facultad de arrestar, *prolongamos indebidamente una prisión, caso previsto en el art. 224*”. La solución transcrita no da lugar a conductas valorables fuera de la ley penal y, en particular, hace difícil concebir los actualmente llamados *delitos de comisión por omisión*, si falta la “ley penal” que establezca la obligación de actuar en un sentido determinado¹⁵⁸.

La *voluntad* como *elemento del delito* compuesto de la libertad, inteligencia (conocimiento) e intención, contiene en este último elemento lo que califica Fernández I, p. 63, propiamente como *dolo* o la *malicia*, y así puede entenderse la siguiente explicación de Fuenzalida I, p. 7: “El delincuente que obra sin libertad es un simple instrumento sin responsabilidad como el puñal con que se hiere; el que obra sin saber lo que hace es como la máquina que entre sus ruedas despadaza a un desgraciado i el que procede sin inten-

¹⁵⁷ Sin embargo, sin el *corset* del Código, en sus *Teorías del Derecho Penal*, 2ª ed., cit., p. 54s, apuntaba Vera más fino y, bajo la denominación genérica de *causas justificación*, agrupaba a las siguientes que “completamente destruyen la criminalidad de un hecho prohibido”: “la existencia de un *derecho* o un *deber* contrario i mas poderoso que el infringido por la accion que parece crimen”, como “un asesinato causado por la propia defensa o en obediencia de una autoridad legitima”; el “*error o ignorancia*, respecto del hecho inculminado” (donde incluye la menor edad y la ebriedad involuntaria); y la “*coacción fisica o moral*”.

¹⁵⁸ Sin embargo, el propio Fernández I, p. 129, nos ofrece un caso de *omisión impropia*, donde atribuye responsabilidad penal a un sirviente por “*haber dejado hurtar*” a un tercero joyas de su patrón, aunque la solución no es atribuir autoría, sino sólo *complicidad*.

ción i por mero accidente causa un daño, tampoco tiene responsabilidad”. Luego, una conducta *imprudente* sólo es aquella que siendo libre y con conocimiento, se ha realizado *sin intención* de causar daño. Sin embargo, tampoco nuestros comentaristas exigían pleno conocimiento o previsibilidad del autor, para estimar la existencia de una imprudencia temeraria, sino más bien el que el autor *debía tener*, conforme al criterio del hombre medio: Según Vera, p. 718, “ella existe siempre que se ejecuta un hecho en tales circunstancias que, a cualquiera hubiera podido *ocurrírsele* que iba a resultar daños que se podían causar por poco que en ello se hubiera reflexionado”. Pero si el hecho se estima absolutamente imprevisible para el hombre medio, como el caso que pone Vera I, p. 105, del niño que se atraviesa al golope de un caballo en un lugar donde no está prohibido, habría caso fortuito y no culpa.

De la definición de lo voluntario, podría también deducirse una *teoría general del error* como causal que excluye la existencia del delito. Así lo señala claramente Vera en sus *Teorías del Derecho Penal*: “No puede ser culpable de una real i verdadera accion, quien no sabe lo que hace, quien juzga hacer otra cosa que la que efectivamente comete”¹⁵⁹. Por lo mismo, Fuenzalida I, pp. 41ss, ve en la locura, la ebriedad involuntaria y la menor edad causales de exclusión de la voluntariedad, pues estima que todos ellos carecen de la inteligencia que les permita conocer lo que hacen. Y Vera, p. 143, cita como correcto que si se ha engañado a un notario en el caso de la falsificación de instrumento público, “se declar[e] que no es culpable a causa de su buena fê o por ignorancia del crimen de que no era mas que un simple instrumento”.

Sin embargo, a la hora de enfrentar el tratamiento del *error en la persona* del inc. 3º del art. 1º, no derivan nuestros comentaristas consecuencias tan categóricas que permitan distinguir el *error en la identidad* de la *aberratio ictus*: Fernández I, p. 64, se limita a hacer un comentario laudatorio de la intención de los Comisionados reflejada en el inciso en cuestión, Vera, p. 83s, lo justifica en aras de la igualdad ante la ley, lo que Fuenzalida I, p. 11, profundiza diciendo que si bien “en verdad, el daño recae sobre un objeto distinto al de la intencion; [...] la lei no tiene para que considerar esta circunstancia pues para ella todos los hombres son iguales”. Tampoco se hacen referencias explícitas en los textos a supuestos de *error de prohibición*, aunque Fernández I, p. 93, cita sin criticar ni aprobar un fallo de la Corte Suprema de 1886 que admitió legítima defensa de terceros “a un inquilino que sintiendo golpes de barreta en la casa de su patrón, salió armado a imponerse de lo que ocurría, i al acercarse, vió que eran dos hombres y atacó y mató a uno de ellos

¹⁵⁹ Cfr. Vera, *Teorías...*, 2ª ed., cit., p. 55.

... no obstante averiguarse que esos hombres buscaban un entierro”.

Y en cuanto al resto de las eximentes, a falta en los Comentarios de una distinción entre justificantes y exculpantes, y más bien precisamente por ello, la teoría bipartita dominante permite sacar a relucir varias disquisiciones y afirmaciones que podrían dar origen a investigaciones más profundas sobre las vinculaciones entre ellas. Así, por ejemplo, mientras en *Vera*, p. 101s, encontramos la afirmación de que la defensa es un acto lícito cuando la lei no puede ocurrir en auxilio de nuestra propia conservación” (p. 101), si la agresión “nos lleva a la alternativa de obrar o de sufrir”, ubicando su fundamento no en el ejercicio de un derecho, sino en la *coacción psicológica* que causaría la agresión (¿legítima defensa *exculpante*?); en *Fuenzalida I*, pp. 61 a 63, se afirma que la eximente del *miedo insuperable* “tiene por fundamento una causa análoga” a la del *estado de necesidad*, y por ello debe ser exigible que se exima sólo ante el miedo “de un mal mayor” real o inminente y siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo (¿miedo insuperable *justificante*?).

Si examinamos los *Comentarios* en busca del fundamento del castigo de la *tentativa*, podemos apreciar que si bien en principio todos están de acuerdo en que debe haber una graduación penológica entre el delito consumado, el frustrado y el tentado, excluyéndose el castigo de los simples pensamientos: *Cogitationis poenam nemo patitur* cita Fernández I, p. 74, no es claro el acuerdo en cuanto a decidir cuándo la exteriorización de tales pensamientos puede considerarse una tentativa punible¹⁶⁰. Así, *Vera*, p. 89, parece asumir una *teoría subjetiva limitada* únicamente por la exteriorización del plan del autor, como se desprende de los siguientes ejemplos: hay tentativa de homicidio si “Antonio toma su revolver cargado i acecha a Juan en un lugar por donde sabe que debe pasar i *éste no llega al sitio*” (el subrayado es mío); y frustración, cuando hay “un hecho enteramente consumado por parte de su autor”, como en el caso del simple disparo a la víctima, sin acertarle. En cambio, *Fuenzalida I*, p. 19s, sigue de cerca la *teoría objetiva* de Carrara¹⁶¹, rechazando que la sola exteriorización del plan del autor sea constitutiva de tentativa, y exigiendo,

¹⁶⁰ A lo que Fernández I, p. 74s, agrega que en la práctica se produce una gran “confusión” al intentar distinguir entre delito frustrado y consumado, citando contradictorias sentencias respecto a los disparos que dan en el cuerpo de la víctima sin matarlo, calificados indistintamente por los tribunales como amenazas, lesiones, homicidio tentado y homicidio frustrado.

¹⁶¹ Cfr. Carrara, Francesco. *Programa de Derecho Criminal*, 10 vols. Trad. de J. Ortega y J. Guerrero. Bogotá, Ed. Temis, 1956, vol. I, páginas 246 ss (§§356ss). Con más claridad, la idea de que esta limitación objetiva en la univocidad del acto se justifica porque de ese modo se castiga el “riesgo corrido” y no “la mala intención criminal”, aparece en Carrara, Francesco. *Teoría de la tentativa y de la complicidad, o del grado de la fuerza física del delito*. Trad. de V. Romero. Madrid, 1877, p. 7.

en cambio, una distinción entre los actos preparativos y la tentativa propiamente tal, basada en que sólo constituyen ésta “los hechos externos tan íntimamente ligados a la acción que esta no podría verificarse sin ellos”, de modo que debe excluirse de la tentativa todo hecho que no conduzca “directamente” a la consumación, ejemplificando con el caso de la fractura y el uso de llaves falsas para el robo, que si no estuviesen descritos como presunciones meramente legales en el art. 444, podrían dar lugar a interpretaciones diversas, por lo que no serían propiamente tentativas de robo; y también con su rechazo al castigo de la *tentativa imposible*, pues “es menester que el delito intentado pueda existir, i que los medios sean bastantes para que se realice la intención acabada de cometerlo”.

En cuanto a la distinción entre la (co)autoría y la participación en el delito, es primero destacable la lucidez, sin duda, “heredada” de Pacheco¹⁶², con que nuestros comentaristas dan cuenta del contenido de los artículos 15 a 17, asumiendo como una evidencia que ellos se refieren al “delito colectivo”, como lo llama *Fuenzalida I*, p. 135, y no a la autoría individual, destacando inmediatamente que el problema aquí no es dilucidar quién es el “autor” individual, sino a quienes, de entre varios que participan en un delito, podemos llamar (co)“autores” y a quiénes “cómplices”, y qué clase de relación existe entre ellos. Así, *Vera*, pp. 138 a 143, considera que (co)autor es el “que contribuye de un modo principal i directo a su existencia i es la causa de él” y que “la diferencia entre los actos de los autores i de los cómplices, está en que los primeros son directos o necesarios para la ejecución del delito i los segundos indirectos i no absolutamente necesarios para su perpetración”, en el sentido de dar origen a la “resolución de cometerlo” o de ser responsable del “hecho material de ejecutarlo”. En el mismo sentido, *Fuenzalida I*, p. 146, considera que “todos los autores ejecutan o toman parte en la resolución, i los cómplices solo colaboran por un medio indirecto de consejo o auxilio en la ejecución de un hecho concertado por aquellos”. Dado que la definición de (co) autor no se limita por la calificación que pueda hacerse de la participación de los intervinientes a partir de la descripción del hecho punible, sino por la calificación que el artículo 15 hace de su contribución material en la resolución de cometerlo o en su ejecución, la teoría podría considerarse *unitaria normativamente limitada*, pues toda participación materialmente “necesaria” (sin la cual no se resuelve o no se ejecuta el delito) debe calificarse de autoría, a menos que ella *no esté* contemplada en algún número del art. 15 Código Penal. De allí el reducido alcance que se le otorga a la *complicidad*, a pesar de considerarse la distinción, en palabras de *Fernández I*, p. 126s, “tan lógica como la hecha en el art. 7º del delito en consumado,

¹⁶² Cfr. Pacheco, op. cit., p. 267ss. El interesado puede descubrir la “literalidad” de esta herencia en más de un párrafo de nuestros comentaristas.

frustrado y tentativa [, pues] así como la pena es proporcionada al mal efectivamente causado, así también la responsabilidad de los agentes debe guardar una justa proporción en la participación que hayan tenido en el hecho punible”. Así, afirma *Fuenzalida I*, p. 145, que el art. 15 N° 1 “no deja lugar para que se consideren como cómplices a ninguno de los ejecutores”; el N° 2, “sólo deja lugar para que puedan considerarse cómplices a ciertos consejeros”; y sólo el N° 3 “deja lugar a varios actos de complicidad si en la comisión de un delito falta alguna de [sus] condiciones”. Así, *Vera*, pp. 138 a 142, sólo excluye de la autoría a quienes no contribuyen al hecho común, por procurar medios “no indispensables” o dar “consejos” u “órdenes” “sin ejercer autoridad sobre él”, y en cambio, admite se clasifique como (co)autores a quienes dejan entrar a los que hurtan al lugar donde se encuentran las especies y a quienes les ayudan a transportar los bienes hurtados. Por su parte, *Fuenzalida I*, p. 137, sostiene que “son autores en nuestra legislación todos los que toman parte en la ejecución aunque sea solo presenciándola, i los que suministran medios con que se lleva a efecto un delito si se han concertado para la ejecución; i cómplices, los que solo aprueban la resolución de los autores i cooperan a la ejecución por un medio indirecto de consejo o auxilio”. Y *Fernández I*, p. 129s, cita críticamente varios fallos en que se califican de cómplices o encubridores a quienes participan en el delito, encontrándose en alguno de los casos del art. 15, agregando que “quien sabe si no ha sido el temor de incurrir en ese exeso de pena [la prevista para el autor] lo que ha perturbado el criterio de nuestros tribunales”.

También el muy “actual” problema de la *autoría mediata*, es abordado por nuestros comentaristas, aunque evidentemente no de manera sistemática. Así, *Vera*, p. 143, cita un caso de *autoría mediata en delitos de infracción del deber*, considerando que si se ha engañado a un notario en el caso de la falsificación de instrumento público, y “se declara que no es culpable a causa de su buena fé o por ignorancia del crimen de que no era mas que un simple instrumento, el beneficio de su escepcion personal no puede estenderse a los cómplices, porque el delito subsistirá”¹⁶³. Por su parte, *Fuenzalida I*, p. 138s, al tratar el caso de las *órdenes de superiores* dentro de los problemas de la autoría por inducción, pero separadamente del *mandato* y el *consejo*, y considerar “fuera de duda” que el que da la orden es (co)autor, con independencia del grado de responsabilidad del que la ejecuta (y del lugar que ocupe en la escala de mando), parece anticipar la actual discusión en

¹⁶³ Si se revisa la edición de 2005 del texto de Cury, op. cit., p. 617 ss., puede encontrarse la relación de este caso, como se presentó en la SCS 22.05.2001 (en *Gaceta Jurídica*, N° 251, páginas 128ss), y su solución –idéntica a la propuesta por Vera–, revestida de cierto aparato de “novedad”.

torno a la *autoría mediata con agente doloso en aparatos organizados de poder*¹⁶⁴.

Los llamados “principios que regulan la participación criminal” no son ajenos a nuestros comentaristas. Así, respecto a la idea que hoy llamaríamos principio de *convergencia*, Vera, 138s, afirma “si uno de los ladrones, al ejecutar el hurto, comete otro delito que no se había pensado como ser violar o asesinar, tendremos que él solo responderá de tales crímenes i no los otros”; y lo mismo aplica a las relaciones entre inductor e inducido: “el mandante de un delito no responde de excesos que hubiera cometido el ejecutor o mandatario de ese delito, salvo que las agravaciones hayan sido una consecuencia natural del delito i que el mandante ha debido prever”¹⁶⁵. Por su parte, *Fernández I*, p. 131 distingue la *convergencia* en la *coautoría* de la propia de la *complicidad*, afirmando que para la primera se requiere verdadero concierto de voluntades (*libertad, conocimiento e intención*: resolución de cometer el delito) y que, en cambio, para la complicidad bastaría con la *libertad* y el *conocimiento*: “Si un sirviente abre la puerta de una casa para que entren los ladrones, será autor si la abrió previo concierto; pero será solo cómplice si solo despues de abierta conoció el propósito de los ladrones i los dejó entrar sin dificultad, aun cuando despues se le remunere su inaccion”. En cuanto al principio de *accesoriedad*, y con base en lo dispuesto en el art. 64, admite Vera, p. 142s, una suerte de *accesoriedad mínima*, estimando que no hay complicidad cuando el hecho al que se colabora “considerado en sí no constituye delito; mas no a la falta de autor del delito, con tal que exista aquel”, como en los caso de quien alegue una eximente personal que “no destruya el hecho material del delito”, como la locura, menor edad, fuga o muerte del reo, en los cuales podrían perseguirse a los cómplices¹⁶⁶.

Finalmente, cabe señalar que en cuanto a otros problemas importantes de la parte general, particularmente todo lo referido a la vigencia de la ley penal, el sistema de penas y sus reglas de aplicación (incluyendo las circunstancias atenuantes y agravantes y los

¹⁶⁴ Es significativo al respecto que el carácter “preciso i determinado” del hecho a que se induce lo exija *Fuenzalida I*, p. 143, sólo respecto de la *inducción* como *consejo*; y lo mismo vale para el requisito de que se de comienzo a la ejecución del delito, que se predica sólo de la inducción como *mandato*; pues precisamente el carácter indeterminado de las órdenes dadas en los casos actuales de macrocriminalidad y la posibilidad de castigar al que las emite, aunque no se ejecuten, son los que más problemas generan en la discusión sobre su calificación en nuestro Código. Cfr. al respecto, Politoff L., Sergio. El “autor detrás del autor”. De la *autoría funcional* a la *responsabilidad penal de las personas jurídicas*. En: Plitoff, Sergio / Matus, Jean Pierre (Coords.): *Gran criminalidad organizada y tráfico ilícito de estupefacientes*. Santiago, Ed. Conosur, 2000, páginas 333-414.

¹⁶⁵ En idéntico sentido, Cfr. *Fuenzalida I*, p. 141.

¹⁶⁶ Nótese que, según lo hemos dicho *Supra*, en general, los comentaristas consideran todas las eximentes o “escusas” del art. 10 como *personales*, por referirlas exclusivamente a supuestos en que se excluye la *voluntad*, salvo el caso del N° 10, que consideran superfluo.

concursos), atendida la relativa originalidad de nuestro texto positivo, nuestros comentaristas nos entregan valiosa información y orientaciones útiles para la interpretación, como puede verse del frecuente uso que, al menos de la obra de Fuenzalida, se hace en el *Texto y Comentario del Código penal chileno*, publicado el año 2002¹⁶⁷. Lo mismo cabe decir de las interpretaciones que nuestros Comentaristas ofrecen a los delitos contemplados en las disposiciones del Libro II del Código, la mayor parte de los cuales aún permanece vigente o ha sufrido modificaciones que no alteran sustantivamente el contenido de las figuras básicas, como sucede particularmente con los muy comunes delitos contra las personas y contra la propiedad.

VI. El valor de los *Comentarios* decimonónicos y el futuro: ¿Han cambiado los hábitos de la doctrina nacional?

La revisión desprejuiciada de los *Comentarios* decimonónicos que acabamos de realizar nos permite concluir que la afirmación de Jiménez de Asúa sobre su escaso interés no parece tener otro asidero que la constatación de que, en muchas ocasiones, se reproducen en ellos ideas extraídas del Comentario de Pacheco, lo que a un lector español podría llegar a aburrir. Sin embargo, contienen información e interpretaciones que bien se pueden tomar en cuenta tanto para entender las disposiciones que aún siguen vigentes como para comprender el sentido de las modificaciones operadas. Pero sobre todo, un estudio como el esbozado en el apartado anterior nos permite reconstruir argumentos con los que enfrentar problemas tan básicos como determinar qué significa determinada expresión en un artículo dado o tan importantes como enfrentarnos a las preguntas sobre cuál es el sentido de la pena, qué hechos deben ser delito y cuáles infracciones administrativas, ¿es posible una definición puramente normativa de la conducta punible?, ¿son las causas de justificación enteramente objetivas?, ¿dónde radica la diferencia entre *dolo* y *culpa*?, ¿cuándo empieza una tentativa a ser punible?, ¿cómo distinguimos los *autores* de los *cómplices*?, etc., porque, como Enrique Gimbernat se ha encargado de destacar, “no está escrito en ninguna parte que un libro de 1989 tenga que aportar mejores soluciones y razonamientos más convincentes que otro de 1919, de 1931 o de 1969”¹⁶⁸.

Luego, el olvido en que tales obras han caído parece atribuible a los malos hábitos que nuestra “formación” “universitaria” ha ido inculcando, más que a su supuesto escaso valor intrínseco.

¹⁶⁷ Ver nota N° NOTEREF_Ref530579375 \h 7.

¹⁶⁸ Enrique Gimbernat O. *Concurso de leyes, error y participación en el delito*. En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1992, páginas 833-854, p. 833.

Así, el Centro de Estudios de Derecho Penal del Campus Santiago de la Universidad de Talca organizó en noviembre de 2006 unas “Segundas Jornadas Chilenas de Derecho Penal y Ciencias penales”, olvidando que otras con ese mismo nombre tuvieron lugar en Santiago, organizadas por el Instituto de Ciencias Penales, del 3 al 7 de agosto de 1954, versaron sobre los delitos contra la salud pública y, era que no, en la época, sobre el tratamiento carcelario, y sus resultados se publicaron en la Revista de Ciencias Penales de ese año, t. XIV. ¿Habrán en los próximos cuarenta años unas otras “Segundas Jornadas Chilenas de Ciencias Penales”?

Por otro lado, si se miran las notas al pie del conjunto de los trabajos de las Jornadas anteriores, publicados en la Revista de Derecho de la PUCV, t. XXVI, Sem. I (2005), se verá con claridad el predominio de las citas españolas y alemanas sobre las nacionales, reflejo no sólo de la escasez de obras patrias, sino también del efecto de “calle de un solo sentido” que produce nuestra fascinación por la doctrina alemana y española, que nosotros citamos disciplinadamente mientras ellos nos ignoran con igual rigor¹⁶⁹, debilitándose así nuestras relaciones y discusiones académicas y, en definitiva, la comunidad de que formamos parte.

Finalmente, la preparación en cursos de posgrado en el extranjero de buena parte de las generaciones de profesores menores de 40 años¹⁷⁰, en vez de favorecer un mayor rigor en el examen de nuestro derecho y en la discusión sistemática de las opiniones de nuestros autores, muchas veces parece que sigue produciendo el efecto de adscribirnos a usos lingüísticos o sistemas que ahora parecen de gran capacidad explicativa y belleza formal, pero que nada indica, como simples entelequias intelectuales que son, que mañana no sean reemplazados en sus países de origen por otros usos y sistemas (que más de alguno de nosotros estará presto en adoptar como propios).

La cuestión que surge ahora es si, en estas condiciones y con estos hábitos no nos convendrá el reproche que, según el mito del *Timeo* de Platón, hacían los antiguos egipcios a los griegos: “... Seréis siempre niños ... sin creencias antiguas transmitidas por la tradición [ni] conocimientos encanecidos por el tiempo”¹⁷¹.

¹⁶⁹ Es curioso que sea Kai Ambos, precisamente un autor alemán, quien haya puesto con claridad sobre la mesa esta suerte de “colonialismo” dogmático, muchas veces disfrazado de dificultad idiomática.

¹⁷⁰ Por nombrar algunos conocidos míos: Juan Ignacio Piña, Magdalena Ossandón y Raúl Carnevali, en Navarra; Francisco Maldonado, en Sevilla; M^a Cecilia Ramírez, en Barcelona; Héctor Hernández, en Friburgo.

¹⁷¹ Platón. *Timeo*, 22 c. Trad. de Francisco Lisi. Madrid, Ed. Gredos, 2000, p. 157.
