

Revista de Estudios Histórico-Jurídicos
 [Sección historia del derecho chileno]
 XLII (Valparaíso, Chile, 2020)
 [pp. 499-530]

LOS ORÍGENES HISTÓRICOS DE LAS REGLAS SOBRE
 COMUNICABILIDAD DE LAS CIRCUNSTANCIAS
 MODIFICATORIAS DEL CÓDIGO PENAL CHILENO:
 ANTECEDENTES EN LA CODIFICACIÓN NAPOLITANA Y EN EL
 DERECHO ROMANO
 [Historical background to the rules on “communicability” of mitigating and
 aggravating circumstances in the Chilean Criminal Code: the Neapolitan and
 Roman antecedents]

José Luis CORTÉS Z.*
 Pontificia Universidad Católica de Chile**

RESUMEN

La aplicación literal del artículo 64 del Código Penal chileno, relevante en cuanto que establece reglas vinculadas con el problema de la comunicabilidad y por su rol como modelo de los recientes proyectos de reforma integral, justifica la pregunta por sus antecedentes históricos. Sus orígenes se pueden rastrear finalmente hasta el derecho romano, pasando por el modelo habitual de la codificación nacional (el Código español de 1848 reformado en 1850) y por la codificación napolitana de 1819. La evolución observada pone de manifiesto que el esfuerzo generalizador requirió de reglas que acojan tanto la incomunicabilidad como la comunicabilidad, para distintos supuestos, sin perjuicio de mostrar una vinculación con hipótesis que hoy reciben un tratamiento especial y separado.

ABSTRACT

A quest for the historical background of Article 64 of the Chilean Criminal Code (legal provision significant as it deals with the so-called problem of “communicability” and as a model for recent proposals of legal reform) is justified because it is interpreted based on the literal meaning of its wording. Its origins can be traced back eventually to Roman Law, through the usual model of the national legislation (the Spanish Code of 1848 as amended in 1850) and through the Neapolitan codification of 1819. This evolution underlines that the process of setting up regulations of a general nature required different rules applicable under different circumstances, respectively allowing and blocking the “communicability” effect. Furthermore, this quest shows how these origins are related to cases subject currently to a particular and different regulation.

*Becario CONICYT PECHA/Doctorado Nacional 2018-21180291. El trabajo corresponde a una versión modificada del presentado por el autor en el marco del Programa de Doctorado de la Pontificia Universidad Católica de Chile y que, con mayor desarrollo, se presentó en las XV Jornadas Nacionales de Derecho Penal y Ciencias Penales organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado y el Instituto de Ciencias Penales (Santiago, 21 a 23 de noviembre de 2018). Esta versión recoge los comentarios y observaciones que, en los distintos contextos, realizaron los profesores Dr. Carlos Amunátegui, Dr. Alex van Weezel y Dr. Héctor Hernández, así como los árbitros anónimos de esta revista, a todos quienes el autor agradece.

** Profesor asistente adjunto de Derecho Penal, Facultad de Derecho.

PALABRAS CLAVE

Comunicabilidad – circunstancias
modificadorias – orígenes – *furtum*.

KEYWORDS

“Communicability” – mitigating
and aggravating circumstances – origins
– *furtum*.

Recibido el 29 de abril de 2019 y aceptado el 12 de marzo de 2020

INTRODUCCIÓN

La investigación histórica de una disposición del Código Penal chileno, en tiempos en que los impulsos de reforma integral han cobrado nuevos bríos, podría parecer un sinsentido: no pasaría de ser una revisión de antecedentes históricos de reglas amenazadas de muerte. Sin embargo, nada se aleja más de la realidad, pues difícilmente puede concebirse una oportunidad más propicia para la revisión de las fuentes históricas que los tiempos de reforma. Respecto del artículo 64 del Código Penal chileno, tal revisión es, si cabe, aún más necesaria, si se considera que, en la actual etapa de la (hasta ahora) fallida recodificación penal chilena¹, todas las propuestas legislativas que han visto la luz reconocen significativa influencia de la disposición que atrae nuestra atención.

Antes de volver a ello, es preciso recordar que la disposición estudiada regula la comunicabilidad de las circunstancias modificadorias de responsabilidad penal, distinguiendo aquellas que la doctrina denomina *personales o subjetivas*, que sólo producen efecto respecto de quienes concurren, y aquellas *objetivas, reales o materiales*, cuyo efecto se extenderá también a otros sujetos, siempre que obren con conocimiento coetáneo o anterior al hecho². Su objeto propio es, por ende, el alcance del efecto de las circunstancias modificadorias de responsabilidad penal en hipótesis de codelincuencia³. Sin embargo, la literatura

¹ La expresión es de MATUS, Jean Pierre, *La doctrina penal de la (fallida) recodificación chilena del Siglo XX y principios del Siglo XXI*, en *Política Criminal*, 5/9 (2010), pp. 143-206.

² Según el inciso primero del artículo 64 del Código Penal chileno, “*Las circunstancias atenuantes o agravantes que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para atenuar o agravar la responsabilidad de sólo aquellos autores, cómplices o encubridores en quienes concurren*”. El inciso final establece que “*Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarlo, servirán para atenuar o agravar la responsabilidad únicamente de los que tuvieron conocimiento de ellas antes o en el momento de la acción o de su cooperación para el delito*”.

³ Cfr. COUSO, Jaime, *Comentario*, en COUSO SALAS, Jaime y HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (dirs.), *Código Penal comentado. Parte general. Doctrina y jurisprudencia* (Santiago, LegalPublishing, 2011), p. 579; CURY URZÚA, Enrique, *Derecho penal. Parte general* (10ª ed., 1982, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2011), p. 646; CURY URZÚA, Enrique y MATUS ACUÑA, Jean Pierre (colaborador), *Comentario al art. 14 y comentario preliminar a los artículos 15 y 17. El concurso de personas en el delito*, en POLITOFF LIESCHITZ, Sergio y ORTIZ QUIROGA, Luis (dirs.), *Texto y comentario del Código Penal chileno, I: Libro primero. Parte general* (2002, reimp., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2016), p. 234; ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho penal, II: Parte general*, (1964, 3ª ed., 1998, reimp., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010), p. 82; GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal, II: Parte general. Nociones fundamentales de la teoría del delito*, (4ª ed., reimp., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007), p. 431; LABATUT GLENA, Gustavo, *Derecho penal* (1951, 7ª ed., 1989, actualizada por Julio Zenteno Vargas,

nacional, durante años, ha expandido su alcance, encontrando en ella bases para resolver el problema de la comunicabilidad de los elementos típicos de carácter personal⁴, aunque esta extensión ha encontrado resistencia en el último tiempo⁵.

A parte de esta polémica, el contenido de la disposición, en relación con su objeto natural, ha permanecido –hasta donde nos alcanza– exento de mayores

reimp., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005), I, p. 195; LEIVA LÓPEZ, Alejandro, *La comunicabilidad en el derecho penal chileno a partir de su interpretación práctica. Mirada crítica a su formulación como principio del derecho*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 49 (2017), p. 227 y *passim*; MATUS ACUÑA, Jean Pierre y VAN WEEZEL, Alex, § 4. *De la aplicación de las penas. Artículos 50 a 73*, en POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio y ORTIZ QUIROGA, Luis (dirs.), *Texto y comentario del Código Penal chileno, I: Libro primero. Parte general*, (2016, reimp., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002), p. 354; NOVOA MONREAL, Eduardo, *Curso de derecho penal chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1966), II, pp. 116-117; POLITOFF, Sergio, GRISOLÍA, Francisco y BUSTOS, Juan, *Derecho penal chileno. Parte especial. Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas* (1971, 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993), p. 97; RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, *Naturaleza y fundamento de las circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 36 (2011), p. 411; RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena, *Delitos contra la función pública* (2004, 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008), p. 127; VAN WEEZEL, Alex, *Delitos tributarios* (2007, reimp., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2016), p. 114.

⁴ Así, CURY URZÚA, Enrique, *Derecho penal*, cit. (n. 3), pp. 646-647; ETCHEBERRY, Alfredo, cit. (n. 3), II, pp. 82-83, 181; GRISOLÍA, Francisco, *La comunicabilidad en los delitos de malversación y fraude*, en *Revista de Ciencias Penales*, 34 (1975), pp. 3, 29-31; HADWA, Marcelo, *El sujeto activo en los delitos tributarios, y los problemas relativos a la participación criminal*, en *Política Criminal*, 3 (2007), p. 10; MATUS ACUÑA, Jean Pierre y VAN WEEZEL, Alex, *De la aplicación de las penas*, cit. (n. 3), pp. 354, 355; POLITOFF, Sergio; GRISOLÍA, Francisco y BUSTOS, Juan, cit. (n. 3), p. 100. Al parecer también HERNÁNDEZ, Héctor, *Comentario*, en COUSO SALAS, Jaime y HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (dirs.), *Código Penal comentado. Parte general. Doctrina y jurisprudencia* (Santiago, LegalPublishing, 2011), pp. 378; BULLEMORE G., Vivian R. y MACKINNON R., John R., *Curso de derecho penal, II: Teoría del delito* (2005, 3ª ed., Santiago, Legal Publishing, 2010), p. 177.

⁵ Según MATUS ACUÑA, Jean Pierre y VAN WEEZEL, Alex, *De la aplicación de las penas*, cit. (n. 3), p. 355, esa era la t e n d e n c i a ; similar COUSO, Jaime, *Comentario*, cit. (n. 3), p. 580. Sin embargo, han surgido voces que cuestionan el alcance extendido; así BALMACEDA HOYOS, Gustavo, *Comunicabilidad de la calidad de sujeto activo en los delitos contra la función pública. Especial referencia a la malversación de caudales públicos y al fraude al Fisco*, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 19/2 (2012), p. 75; al parecer HERNÁNDEZ, Héctor, cit. (n. 4), p. 372; LEIVA LÓPEZ, Alejandro, cit. (n. 3), *passim*, especialmente, pp. 244-245; OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena, *Sobre la calidad de empleado público en los delitos funcionarios y al punibilidad de quienes no la poseen*, en *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 8 (2012), p. 62; VAN WEEZEL, Alex, *Actuar en lugar de otro*, en MANALICH R., Juan Pablo (coord.), *La ciencia penal en la Universidad de Chile. Libro homenaje a los profesores del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile* (Santiago, 2013), p. 298; VAN WEEZEL, Alex, *El sujeto activo del delito previsto en el artículo 97 N° 4 inciso 2° del Código Tributario*, en *Jurisprudencia al día*, 3/101 (2008), p. 1166, posición anticipada ya en VAN WEEZEL, Alex, *Delitos tributarios*, cit. (n. 3), pp. 114, 115. Ya PACHECO, Joaquín Francisco, *El Código Penal concordado y comentado*, (1848, 5ª ed., Madrid, Imprenta y Fundación de Manuel Tello, 1881), I, p. 399 anunciaba el carácter más general del problema; así mismo, ARABIA, Francesco Saverio, *I principi del diritto penal applicati al Codice delle Due Sicilie col confronto de' migliori codici d' Europa* (2ª ed., Napoli, Tipografia de la sirena, 1859), II, p. 187.

críticas⁶. Antes bien, se ha tendido a hacer de ella una aplicación de carácter primordialmente literal, lo que se manifiesta en una escasa delimitación conceptual de los distintos criterios legales⁷ y en un tratamiento orientado a la clasificación o encasillamiento de las circunstancias modificatorias⁸. En este contexto, no queda claro —o no se explicita al menos— cuáles serían las cualidades subyacentes a los criterios legales que, en su caso, fundamentarían u obstarían a la comunicabilidad del efecto atenuante o exasperante de la responsabilidad penal⁹.

⁶Expresivo, ETCHEBERRY, Alfredo, cit. (n. 3), II, p. 82 al afirmar que, para las modificatorias propiamente tales, “la regla no ofrece dificultad”. Sin referencias críticas a los criterios legales, COUSO, Jaime, *Comentario*, cit. (n. 3), pp. 579-584; GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal. I: Parte general*, (2007, reimp. 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009), pp. 182, 206-207, 303; LABATUT GLENA, Gustavo, cit. (n. 3), I, pp. 194-195, 219, 273-274 (aunque plantea que los criterios relativos a las circunstancias personales son “de fácil confusión en la práctica”); MATUS ACUÑA, Jean Pierre y VAN WEEZEL, Alex, *De la aplicación de las penas*, cit. (n. 3), pp. 353-358; NOVOA MONREAL, Eduardo, cit. (n. 3), II, pp. 116-117, 238. Críticos, en cambio, CURY URZÚA, Enrique, *Derecho penal*, cit. (n. 3), p. 499 (en relación con el carácter subjetivo y objetivo, con proyecciones al alcance de los términos empleados por ley); LEIVA LÓPEZ, Alejandro, cit. (n. 3), pp. 229-230 (“una vaguedad legislativa”); VAN WEEZEL, Alex, *Actuar en lugar de otro*, cit. (n. 5), p. 298 y VAN WEEZEL, Alex, *El sujeto activo*, cit. (n. 5), p. 1166 (en relación a su aplicación a los elementos típicos, identificando el problema “en que no proporciona un criterio razonable para distinguir entre distintas clases de delitos especiales”).

⁷Así, COUSO, Jaime, *Comentario*, cit. (n. 3), pp. 579-584; ETCHEBERRY, Alfredo, cit. (n. 3), II, pp. 81-85; GARRIDO MONTT, Mario, cit. (n. 6), I, pp. 182, 206, 330; LABATUT GLENA, Gustavo, cit. (n. 3), I, pp. 194-195, 219, 273-274; MATUS ACUÑA, Jean Pierre y VAN WEEZEL, Alex, *De la aplicación de las penas*, cit. (n. 3), pp. 356-358 (aunque parcialmente recoge una descripción próxima a la de Cury); NOVOA MONREAL, Eduardo, cit. (n. 3), II, pp. 116-117, 238. Excepcionalmente, CURY URZÚA, Enrique, *Derecho penal*, cit. (n. 3), pp. 499-500 ofrece —en sus palabras— una “determinación más rigurosa de los conceptos”.

⁸En algunos casos sólo para agravantes o agregando una categoría intermedia; *vid.*, BULLEMORE G., Vivian R. y MACKINNON R., John R., cit. (n. 4), II, p. 226; ETCHEBERRY, Alfredo, cit. (n. 3), II, pp. 28-44; GARRIDO MONTT, Mario, cit. (n. 6), I, pp. 206-207; LABATUT GLENA, Gustavo, cit. (n. 3), I, p. 219; MATUS ACUÑA, Jean Pierre y VAN WEEZEL, Alex, *De la aplicación de las penas*, cit. (n. 3), pp. 356-358; NOVOA MONREAL, Eduardo, cit. (n. 3), II, pp. 116-117. Aunque precedida de un esfuerzo de conceptualización y descartando que sea “posible ofrecer una clasificación de ellas que se encuentre exenta de otro reparo”, CURY URZÚA, Enrique, *Derecho penal*, cit. (n. 3), p. 500 (respecto de las agravantes).

⁹Sin identificar fundamentos genéricos, ETCHEBERRY, Alfredo, cit. (n. 3), II, p. 82; GARRIDO MONTT, Mario, cit. (n. 6), I, pp. 182, 206-207, 303; LABATUT GLENA, Gustavo, cit. (n. 3), I, pp. 194-195, 219, 273-274; MATUS ACUÑA, Jean Pierre y VAN WEEZEL, Alex, *De la aplicación de las penas*, cit. (n. 3), pp. 356-358; NOVOA MONREAL, Eduardo, cit. (n. 3), II, pp. 116-117, 238. Subyacen fundamentos a las descripciones que realiza CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal*, cit. (n. 3), pp. 499-500 y, hasta cierto punto, MATUS ACUÑA, Jean Pierre y VAN WEEZEL, Alex, *De la aplicación de las penas*, cit. (n. 3), p. 356 cit. *supra* n. 7. En ocasiones, una alusión genérica al fundamento acompaña a la distinción entre persona (incomunicable) y hecho (comunicable); así, COUSO SALAS, Jaime, *Determinación legal e individualización de la pena en la doctrina penal chilena. Exploración en las consecuencias prácticas de un déficit conceptual*, en MAÑALICH R., Juan Pablo (coord.), *La ciencia penal en la Universidad de Chile. Libro homenaje a los profesores del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile* (Santiago, 2013), p. 520; LABATUT GLENA, Gustavo, cit. (n. 3), I, p. 195; sólo por las personales, ETCHEBERRY, Alfredo, cit. (n. 3), II, p. 82. La distinción, aunque sin relación con las modificatorias ni con el artículo 64, MAÑALICH R., Juan Pablo, *La malversación de caudales*

Sin la guía de un concepto ni de fundamentos materiales, los criterios legales se cubren de un manto de vaguedad e imprecisión, en desmedro de la certeza jurídica¹⁰. Con ello, su capacidad para ofrecer soluciones correctas queda también en entredicho, por la dificultad derivada de enjuiciar la razonabilidad de los criterios, de sus fundamentos y de los resultados a los que conducen¹¹. Entorpecida la crítica racional, se agudiza el riesgo siempre latente de ofrecer –ya por exceso, ya por defecto– soluciones inadecuadas. Con todo, el peligro es más acotado respecto de los presupuestos de la incomunicabilidad, como resultado de que los dos primeros criterios del inciso 1º del artículo 64 (disposición moral y relaciones particulares con el ofendido) se consideren ejemplos¹². De esta forma, se diluye el riesgo de cubrir menos hipótesis de las que racional y funcionalmente debieran escapar al efecto expansivo de la comunicabilidad (riesgo de defecto), ya que las que no queden comprendidas en los criterios ejemplares serán alcanzadas por el concepto genérico de “causa personal”¹³. Sin embargo, el carácter ejemplar derivado de la consagración de una cláusula de vocación amplia no conjura el riesgo de exceso, es decir, no es capaz de impedir la aplicación de la incomunicabilidad a casos en que la circunstancia sí debiese hacerse extensiva a terceros¹⁴. De paso, la configuración de los criterios legales a los que se les arregla el efecto incomunicante deja en evidencia que las circunstancias materiales –para las cuales no se contempla una cláusula de recogida– están expuestas a ofrecer soluciones incorrectas en ambas dimensiones.

El alcance de estos aspectos problemáticos se proyecta como consecuencia del influjo que, como anticipábamos, el artículo 64 ha ejercido sobre los proyectos

públicos y el fraude al fisco como delitos especiales, en *Política Criminal*, 71/4 (2012), p. 358. La invocación de criterios materiales aparece al clasificar las circunstancias, pero sin construir una formulación general, por ejemplo, al considerar objetiva la atenuante por justificante incompleta en atención a la disminución de la antijuridicidad; cf., COUSO, Jaime, *Comentario*, cit. (n. 3), pp. 583-584. Un fundamento estructural vinculado con el sistema de regulación específica en RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, *Naturaleza y fundamento*, cit. (n. 3), pp. 422, 425.

¹⁰ En este sentido, la crítica de LEIVA LÓPEZ, Alejandro, cit. (n. 3), pp. 229-230 cit. *supra* n. 6.

¹¹ En esta línea, destacando que la ambigüedad de presuponer la solución podría explicar contradicciones y divergencias, CURY URZÚA, Enrique, *Derecho penal*, cit. (n. 3), p. 499.

¹² Así, CURY URZÚA, Enrique, *Derecho penal*, cit. (n. 3), p. 499; MATUS ACUÑA, Jean Pierre y VAN WEEZEL, Alex, *De la aplicación de las penas*, cit. (n. 3), p. 356; RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, *Naturaleza y fundamento*, cit. (n. 3), p. 425.

¹³ Aunque limitadamente si, como afirman MATUS ACUÑA, Jean Pierre y VAN WEEZEL, Alex, *De la aplicación de las penas*, cit. (n. 3), p. 356 la “cláusula analógica [...] ha de interpretarse al tenor” de los ejemplos.

¹⁴ Las circunstancias de naturaleza psíquica y anímica son, a nuestro juicio, expresión de esta dimensión del problema. Siguiendo el análisis de POLITOFF, Sergio; GRISOLÍA, Francisco y BUSTOS, Juan, cit. (n. 3), pp. 98-99 (aunque sin las conclusiones que aquí se alcanzan), el ánimo de lucro en el hurto debiese considerarse una circunstancia personal (disposición moral del delincuente), no obstante lo cual se le comunica al partícipe. Sostener que este ánimo en el hurto no modifica, sino que funda, la responsabilidad, no soluciona el problema de los elementos subjetivos (psicológicos) que determinan una figura calificada, como ocurre con el secuestro o la substracción de menores para obtener un rescate, imponer exigencias o arrancar decisiones de los artículos 141 inciso 3º y 142 Nº 1 (se refieren al segundo delito, POLITOFF, Sergio; GRISOLÍA, Francisco y BUSTOS, Juan cit. [n. 3], p. 99, n. 47).

encaminados a reemplazar al Código Penal vigente. Esta influencia no sólo se advierte en que todos ellos contengan reglas sobre la comunicabilidad de las circunstancias modificatorias¹⁵, sino, además, en el contenido de dichas reglas, las que, en mayor o menor medida, presentan grados significativos de coincidencia con aquellas actualmente en vigor, particularmente en relación con las circunstancias materiales. En efecto, los criterios empleados por los textos prelegislativos para definir las circunstancias personales (incomunicables) incluyen conceptos próximos a la “*disposición moral del delincuente*”¹⁶, las “*relaciones particulares con el ofendido*”¹⁷ y “*otra causa personal*”¹⁸. Por su parte, es posible encontrar criterios que, definiendo las circunstancias materiales (comunicables), se acercan a las ideas de “*ejecución material del hecho*”¹⁹ y de “*medios empleados para ejecutarlo*”²⁰. Esta continuidad conduce a la conclusión de que los antecedentes históricos del artículo 64 del Código Penal debieran ser de provecho, no sólo para la hermenéutica de la ley vigente, sino también como base del debate académico, político y legislativo que debiera avecinarse. Sin embargo, el origen de las reglas, a pesar de su importancia, pareciera no haber recibido suficiente atención en la literatura²¹.

¹⁵ El Anteproyecto de nuevo Código Penal de 2005 las contemplaba en el artículo 45, con un alcance amplio, en línea con la tendencia doctrinaria imperante entonces. Por su parte, el artículo 80 del Anteproyecto de Código Penal de 2013, así como el artículo 79 del Proyecto de Código Penal de 2014, limitaban su alcance a las circunstancias modificatorias. Por el último, el artículo 73 del Anteproyecto de Código Penal de 2015, es, quizá, el que más se aleja del modelo del artículo 64 vigente, aunque –como se verá– es posible advertir un paralelo con las ideas de “*otra causa personal*” y “*ejecución material del hecho*”, así como con el binomio hecho y persona (cf. *supra* n. 9), criterios que mantiene el artículo 76 del Anteproyecto de 2018, a pesar de las diferencias que presentan ambas disposiciones.

¹⁶ Artículo 45 del Anteproyecto de 2005 (“*en disposición moral del sujeto*”).

¹⁷ Artículo 45 del Anteproyecto de 2005 (“*sus relaciones particulares con el ofendido*”).

¹⁸ Artículo 45 del Anteproyecto de 2005 (“*otra causa personal*”); artículos 80 del Anteproyecto de 2013 y 79 del Proyecto de 2014 (las circunstancias que “*se fundan en causas personales*”); artículos 73 y 76 de los Anteproyectos de 2015 y 2018 (circunstancias que “*conciernen a la persona del responsable*”).

¹⁹ Artículo 45 del Anteproyecto de 2005 (“*realización material del hecho*”); artículos 80 del Anteproyecto de 2013 y 79 del Proyecto de 2014 (circunstancias que “*consisten en la ejecución material del hecho*”); artículos 73 y 76 de los Anteproyectos de 2015 y 2018 (circunstancias que “*conciernen al hecho*”).

²⁰ Artículo 45 del Anteproyecto de 2005 (“*los medios empleados*”); artículos 80 del Anteproyecto de 2013 y 79 del Proyecto de 2014 (“*los medios empleados*”); artículos 73 y 76 de los Anteproyectos de 2015 y 2018 (circunstancias que “*conciernen [...] a su modo de perpetración [del hecho]*”).

²¹ Sin referencias a antecedentes históricos, COUSO, Jaime, *Comentario*, cit. (n. 3), pp. 579-584; CURY URZÚA, Enrique, *Derecho penal*, cit. (n. 3), pp. 449-500; ETCHEBERRY, Alfredo, cit. (n. 3), II, pp. 81-85; GARRIDO MONTT, Mario, cit. (n. 6), I, pp. 182, 206-207, 303; LABATUT GLENA, Gustavo, cit. (n. 3), I, pp. 194-195, 219, 273-274; MATUS ACUÑA, Jean Pierre y VAN WEEZEL, Alex, *De la aplicación de las penas*, cit. (n. 3), pp. 353-358. En cambio, un análisis histórico en LEIVA LÓPEZ, Alejandro, cit. (n. 3), p. 225, aunque atribuyéndole –en contra de lo que se sostiene en el texto– un origen en el Código Penal francés; *vid. infra* n. 58. Con una referencia a la actividad de la Comisión Redactora, NOVOA MONREAL, Eduardo, cit. (n. 3), II, p. 118; destacando el vínculo con la legislación española, GRISOLÍA, Francisco, cit. (n. 4), p. 31. En contextos próximos recogen elementos históricos, POLITOFF, Sergio; GRISOLÍA, Francisco y

En este trabajo intentaremos demostrar que los orígenes del artículo 64 del Código Penal chileno pueden rastrearse hasta fuentes romanas, las cuales exhibían un ámbito de aplicación acotado y sin gozar de la amplitud con que se las recibió en el Código napolitano de 1819, por medio del cual fueron acogidas en el ordenamiento español, primero, y en el chileno, después. De modo coherente con las soluciones en el derecho romano, el proceso de generalización supuso establecer reglas que previeran tanto la incomunicabilidad como la comunicabilidad de las circunstancias, para supuestos que, como en el caso de las fuentes romanas, eran muy próximos. Para ello, parece insoslayable la revisión panorámica de las fuentes del Código Penal chileno, como paso previo para dirigir la atención hacia aquellas que contribuyeron a dar fisonomía al artículo 64 del Código Penal. Revisado, con este propósito, el contenido de la legislación napolitana y de los antecedentes romanos, estaremos en condiciones de ofrecer algunas conclusiones.

I. LAS FUENTES DEL CÓDIGO PENAL CHILENO DE 1874

Aunque los vínculos entre el derecho penal chileno y el español no comenzaron ni se agotan con la codificación,²² ciertamente ella ocupa un lugar señalado en esa historia. En este capítulo, el rol protagónico pertenece al Código Penal español de 1848, “no sólo porque su influencia sea especialmente notoria, como unánimemente ha sido reconocida, sino porque además, en la elaboración del texto chileno jugó un papel decisivo la doctrina penal española a través de los comentarios de Pacheco”²³.

Como en el resto de las naciones hispanoamericanas, nuestro país continuó, luego de la independencia, dando aplicación a “la legislación de la antigua

BUSTOS, Juan, cit. (n. 3), p. 93, n. 33 (derecho romano, la praxis medioeval y las Partidas en cuanto a la comunicabilidad en el parricidio); HADWA, Marcelo, cit. (n. 4), p. 13 (concepto de *delicta propria y communia* en el derecho romano).

²²Amén del derecho indiano, por ejemplo, INESTA PASTOR, Emilia, *El Código Penal chileno de 1874*, en *RChHD*, 19 (2003), p. 293, apunta, respecto de Hispanoamérica en general, que “España servirá de vehículo indirecto de penetración de las doctrinas penales europeas predominantes en el momento de la independencia, especialmente, el Iluminismo francés y el Utilitarismo inglés de Jeremías Bentham, decisivas para la creación del derecho penal liberal que cristalizó en la Codificación”. Este “vehículo indirecto de penetración” sigue funcionando, si se considera que, tras lo que MATUS, Jean Pierre, *Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos*, en *Política Criminal*, 3/5 (2008), p. 2 llama “breve dominio del positivismo o i t a l i a n o y de la escuela de la *t é c n i c a j u r í d i c a* de ese país”, se dio paso a “nuestro actual panorama científico [que] se encuentra dominado por la ciencia penal alemana” (CARNEVALI R., Raúl, *La ciencia penal italiana y su influencia en Chile*, en *Política Criminal*, 3/6 [2008], 6, p. 1). Este tránsito se dio de la mano del proceso sufrido en España, donde también “eran fuerte el impacto de la doctrina italiana [...], que incluso era superior a la alemana” (MATUS, Jean Pierre, *Por qué citamos a los alemanes*, cit. [n. 22], p. 2). Por ello, “no resulta exagerado afirmar que nuestra proximidad a Alemania se debe, en no pocos casos, a los teóricos españoles” (CARNEVALI R., Raúl, cit. [n. 22], p. 2, n. 4). Jiménez de Asúa habría jugado un destacado papel en la difusión de la ciencia alemana (*vid.* MATUS, Jean Pierre, *Por qué citamos a los alemanes*, cit. [n. 22], p. 2; CARNEVALI R., Raúl, cit. [n. 22], p. 16; VAN WEEZEL, Alex, *¿Por qué no citamos más (por ejemplo, a los alemanes)? Réplica a J.P. Matus*, en *Política Criminal*, 3/6 [2008], p. 4).

²³INESTA PASTOR, Emilia, *El Código Penal chileno*, cit. (n. 22), pp. 295-296.

metrópoli”²⁴. Separándose de la tendencia de iniciar el programa codificador por el derecho penal, el proceso chileno comenzó por el Código Civil seguido por el Código de Comercio²⁵. Sin embargo, muy tempranamente empezaron a aparecer leyes patrias de alcance penal que preferían a la legislación indiana²⁶.

Antecedido por intentos fallidos que comenzaron en 1823,²⁷ el proceso que concluiría con la promulgación del Código Penal vigente se inició con la constitución en 1870 de una comisión encargada de redactar “un proyecto de Código Penal, para lo que debía tomar como base el Código belga”²⁸. La Comisión Redactora celebró 174 sesiones entre el 8 de marzo del mismo año y el 22 de octubre de 1873²⁹. Acompañado de un mensaje preparado por el comisionado Rengifo, el Gobierno remitió el proyecto “al Senado, el 29 de octubre de 1873”³⁰. En la tramitación parlamentaria, “tanto el Senado, como la Cámara de Diputados, apartándose de la antigua práctica de aprobar por completo los códigos sin entrar en discusiones particulares, creyeron que esta vez era preciso no aceptar alguna de las disposiciones contenidas en dicho proyecto”³¹. En el curso del intenso debate, “las preocupaciones religiosas de la época y las controversias a que esto daba lugar apasionaron los ánimos y explican ‘que la mayor parte de las discusiones se centraran alrededor de las facultades de las autoridades eclesiásticas frente al poder civil y de la preeminencia que éste reclamaba para sí’”³². El 12 de noviembre de 1874 se dictó el decreto promulgatorio, entrando a regir el 1 de marzo del año siguiente.

La intención del Gobierno de recurrir como base a la codificación belga³³ encontró la oposición de los comisionados, quienes mostraron su discrepancia,

²⁴ RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel de, *Estudio preliminar*, en RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel de (dir.), *Código Penal de la República de Chile y Actas de las sesiones de la Comisión Redactora* (Valparaíso, Edeval, 1974), p. IX. Así también, PEÑA WASSAF, Silvia, *Las raíces histórico-culturales del derecho penal chileno*, en REHJ., 7 (1982), pp. 308-309.

²⁵ Así, IÑESTA PASTOR, Emilia, *El Código Penal chileno*, cit. (n. 22), p. 298: “no siguió la regla de codificar primero el derecho penal ya que se redactaron primero el *Código Civil*, promulgado el 14 de diciembre de 1855 y el *Código de Comercio*, de 23 de noviembre de 1865” (los destacados en el original, como todos los que se incluyen los textos citados, salvo expresa mención en contrario).

²⁶ Cfr. RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel de, *Estudio preliminar*, cit. (n. 24), p. X.

²⁷ Cfr. RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel de, *Estudio preliminar*, cit. (n. 24), pp. XI-XII; similar, IÑESTA PASTOR, Emilia, *El Código Penal chileno*, cit. (n. 22), pp. 300-302.

²⁸ RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel de, *Estudio preliminar*, cit. (n. 24), p. XIV.

²⁹ Aunque la última sesión está numerada como la 175ª, en realidad la sesión 118 no se realizó; cfr. IÑESTA PASTOR, Emilia, *El Código Penal chileno*, cit. (n. 22), p. 303.

³⁰ RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel de, *Estudio preliminar*, cit. (n. 24), p. XIX.

³¹ IÑESTA PASTOR, Emilia, *El Código Penal chileno*, cit. (n. 22), p. 304.

³² IÑESTA PASTOR, Emilia, *El Código Penal chileno*, cit. (n. 22), p. 304, con cita a NOVOA MONREAL, Eduardo, *Curso de derecho penal chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1960), I, p. 106.

³³ De hecho, Manuel Carvallo, ministro de Chile en ese país, “tradujo al castellano el Código penal belga, [...] por orden del gobierno, que hizo publicar su versión en Santiago por la Imprenta Nacional, el año 1868, en un volumen de 208 páginas” (RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel de, *Estudio preliminar*, cit. [n. 24], p. XII). Fue también autor del llamado Proyecto de Carvallo que quedó inconcluso a su muerte (*vid. ibidem*). *Vid.* también IÑESTA PASTOR, Emilia, *El Código Penal chileno*, cit. (n. 22), p. 302; IÑESTA PASTOR, Emilia, *La proyección hispanoamericana del Código*

desde la sesión preparatoria, favoreciendo el Código español³⁴. En su favor, se argumentó, “por un lado, que las costumbres chilenas guardaban más relación con las del pueblo español que las del belga; por otro, que el Código español era más completo que el belga, y, en fin, que aquél contaba con ‘un comentador como el señor Pacheco, cuyos estudios se hallaban concordados a la vez con las disposiciones de seis códigos distintos, que servían inmensamente para ilustrar la materia’”³⁵. La decisión finalmente adoptada “merece la opinión favorable de los penalistas, ya que el Código Penal español, pese a su fecha, era muy superior al belga por su orientación doctrinal y técnica; no en vano el *Código* belga era una revisión del francés, y a pesar de su fecha resultaba menos evolucionado y más antiguo que el español”³⁶.

El principal antecedente de la legislación chilena será, de esta manera, la codificación española, al punto que “mucho más que un orden de discusión o un punto de partida para los debates, el *Código* de 1848 fue en realidad un modelo que el Proyecto Chileno siguió tan de cerca que, en definitiva, resultó un código muy semejante y, en muchas partes, hasta idéntico, pues mantuvo la misma redacción, salvo leves modificaciones”³⁷. Aunque existe discrepancia de opiniones, Rivacoba deduce de las Actas “que los comisionados trabajaban sobre el Código de 1850, pero teniendo a la vista y tomando en consideración la redacción original de 1848”³⁸. El texto legislativo español fue acompañado, en su influencia en la redacción del Código nacional, por “la obra de Pacheco, *El Código Penal concordado y comentado*, en la cual se comentaban las disposiciones y además se concordaban con las de otros códigos (especialmente el francés, el austriaco, el de las Dos Sicilias y el brasileño) y se señalan los precedentes legislativos de las diversas

Penal de 1848, en GONZÁLEZ VALE, Luis E. (coord.), *XII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, II: *Estudios* (San Juan, 2003), p. 510; PEÑA, cit. (n. 24), p. 309.

³⁴ Así, IÑESTA PASTOR, Emilia, *El Código Penal chileno*, cit. (n. 22), p. 306; IÑESTA PASTOR, Emilia, *La proyección hispanoamericana*, cit. (n. 33), p. 510.

³⁵ RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de, *Estudio preliminar*, cit. (n. 24), p. XVII. Cf. IÑESTA PASTOR, Emilia, *La proyección hispanoamericana*, cit. (n. 33), p. 510.

³⁶ IÑESTA PASTOR, Emilia, *El Código Penal chileno*, cit. (n. 22), p. 306. Similar, aunque respecto del Código francés de 1810, PEÑA WASSAF, Silvia, cit. (n. 24), p. 311. En lo de la decisión de los comisionados, JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de derecho penal* (1950, 4ª ed., Buenos Aires, Editorial Losada S.A., 1964), I, p. 1166, destaca que “el Código de Bélgica todavía enclavaba la legítima defensa, como homicidio justificado [...], al igual que los viejos Códigos [...], mientras el español había hecho ya de ella un instituto de la Parte general.” Este y otros ejemplos en PEÑA WASSAF, Silvia, cit. (n. 24), p. 311.

³⁷ IÑESTA PASTOR, Emilia, *El Código Penal chileno*, cit. (n. 22), p. 306. Similar, PEÑA WASSAF, Silvia, cit. (n. 24), p. 314, aunque destacando que nuestro código “no es una simple copia del español”.

³⁸ RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de, *Estudio preliminar*, cit. (n. 24), p. XII. En el mismo sentido, IÑESTA PASTOR, Emilia, *La proyección hispanoamericana*, cit. (n. 33), p. 511. IÑESTA PASTOR, Emilia, *El Código Penal chileno*, cit. (n. 22), p. 306 destaca que durante el proceso de redacción en España había surgido un nuevo código (1870), el que, en su opinión, “los comisionados no desconocían [...], si bien ninguna de sus disposiciones pasaron al chileno” (p. 307).

disposiciones.”³⁹ A tal punto fueron relevantes sus comentarios que “en general las innovaciones introducidas reflejan la influencia de las críticas de Pacheco”⁴⁰.

El modelo español no fue, con mucho, la única fuente del Código chileno. Desde luego, ha de mencionarse el Código belga, que habría hecho sentir su influencia “especialmente en la distribución de los títulos del libro II y el contenido de algunos crímenes y simples delitos”⁴¹. A aquellos cuerpos legislativos de los que daba noticia Pacheco han de sumarse otras referencias, influyendo así “indirectamente el Código de las Dos Sicilias (1819) y el del Imperio de Brasil (1830), modelo del español de 1848”⁴². En efecto, las fuentes del Código de 1848 conducen finalmente a Francia, pues el texto español recibe inspiración principalmente del Código imperial del Brasil de 1830 y del Código del Reino de las Dos Sicilias de 1819, ambos tributarios del Código napoleónico de 1810⁴³. Asimismo,

³⁹ ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho penal*, I: *Parte general* (1964, reimp. 2010, 3ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998), p. 47.

⁴⁰ ETCHEBERRY, Alfredo, cit. (n. 39), I, p. 47. Una difundida opinión le atribuye Pacheco un papel principal en la redacción del Código de 1848. Así, JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, cit. (n. 36), I, pp. 861 y 760 lo presenta como “el autor más destacado y principal del Código de 1848” y “su principal redactor”. Sin embargo, la opinión actual rechaza esta afirmación: así, con detalle, IÑESTA PASTOR, Emilia, *El Código Penal español de 1848* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2011), pp. 257-262, quien destaca que fueron “estudiosos de la codificación penal como López Rey, Antón Oneca y sobre todo Candil Jiménez [quienes] pusieron de relevancia su escasa participación [de Pacheco]” (p. 257), exageración que habría nacido “probablemente por el enorme prestigio alcanzado por éste [...] por sus comentarios al Código Penal” (p. 261), agregando que este código “es al menos obra de dos individuos, Manuel Seijas Lozano y José María Clarós” (p. 256). En el mismo sentido, HIERREZUELO CONDE, Guillermo, *Recensión. Iniesta Pastor, Emilia, El Código Penal español de 1848* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2011), 935 pp., en REHJ., 33 (2011), p. 703; IÑESTA PASTOR, Emilia, *La proyección hispanoamericana*, cit. (n. 33), p. 506, n. 36; PEÑA WASSAF, Silvia, cit. (n. 24), p. 313 n. 46.

⁴¹ GUZMÁN DALBORA, José Luis, *Reseña histórica de la codificación penal y procesal penal en Chile*, en MAÑALICH R., Juan Pablo (coord.), *La ciencia penal en la Universidad de Chile. Libro homenaje a los profesores del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile* (Santiago, 2013), p. 107.

⁴² *Ibid.*

⁴³ De manera sintética, aunque imprecisa, JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, cit. (n. 36), I, p. 760 acota que el Código de 1848, “inspirado en el Código del Brasil de 1830 –copia a su vez del napolitano, como éste lo era del francés de 1810–, pertenece a la rama legislativa francesa, y reconoce como tronco común el Código napoleónico”. En términos similares, PEÑA WASSAF, Silvia, cit. (n. 24), p. 310, quien agrega que “el código de 1848 también recibe influencia notable del primer código penal español de 1822, que acusa considerable influencia del código francés y del derecho español histórico”. Aunque sumando al Código Penal austriaco de 1803, IÑESTA PASTOR, Emilia, *El Código Penal español*, cit. (n. 40), pp. 294-298 también destaca que la influencia del Código Penal español de 1822 se ejerció, además, por intermedio de la que dicho texto desplegó sobre el Código del Brasil, en lo que se considera “el paradigma de la influencia mutua entre la codificación española y la hispanoamericana” (p. 269). Ver también IÑESTA PASTOR, Emilia, *La proyección hispanoamericana*, cit. (n. 33), p. 505. La misma autora ha destacado que la mayor influencia habría provenido del Código napolitano de 1819 y del Código del Brasil de 1830; así, IÑESTA PASTOR, Emilia, *The influence exerted by the 1819 Criminal Code of the Two Sicilies upon Nineteenth-Century Spanish Criminal Law Codification and Its Projection in Latin America*, en MASFERRER, Aniceto (ed.), *The Western Codification of Criminal Law. A Revision of the Myth of its Predominant French Influence* (s.l., Springer, 2018), p. 246;

se advierte la influencia “de otros códigos penales con carácter secundario como el austriaco, especialmente en las circunstancias atenuantes de la responsabilidad”⁴⁴.

II. EL MODELO ESPAÑOL DEL ARTÍCULO 64 Y LA ACTIVIDAD DE LA COMISIÓN REDACTORA

En las dos oportunidades en que analizó la disposición que nos ocupa⁴⁵, la Comisión Redactora se sirvió de su modelo habitual, el Código español de 1848-1850, siguiendo muy de cerca el texto de su artículo 69⁴⁶. La actividad de los comisionados se concentró en dos aspectos: el alcance de la disposición y la oportunidad del conocimiento como requisito para la comunicabilidad de las circunstancias materiales. En esto último se introdujo la única modificación, incorporando la posibilidad de que el conocimiento de la circunstancia material concurriera no sólo al momento de la acción, por lo que ella también beneficia o perjudica a aquel que tuviera conocimiento con anterioridad a la conducta⁴⁷. Esta extensión se justificó porque “tanto importa que el conocimiento de la circunstancia agravante sea anterior como simultánea con el hecho criminal, i sin ella se escluiria a los que se hallaren en el primer caso”⁴⁸. Sea como fuere, la adición es de interés por el papel que ha jugado esta referencia al conocimiento en general, la que, a pesar de referirse exclusivamente a las circunstancias modificatorias, se ha empleado como fundamento positivo de la exigencia general de dolo (o de su ausencia, el error de tipo)⁴⁹. Además, en este contexto, la eficacia del conocimiento anterior al hecho ha sido invocada en apoyo de un concepto normativo del dolo⁵⁰.

La segunda cuestión que reclamó la atención de los comisionados debió haber

similar INESTA PASTOR, Emilia, *The influence of the 1819 criminal code of the Two Sicilies upon the Spanish criminal law codification and the parliament of the nineteenth century*, en ROMANO, Andrea (a cura di), *Culture parlamentari a confront. Modelli de la rappresentanza politica e identità nazionali* (Bologna, CLUEB Casa editrice, 2016), p. 250.

⁴⁴ INESTA PASTOR, Emilia, *El Código Penal chileno*, cit. (n. 22), p. 307.

⁴⁵ Sesión 19, de 20 julio de 1870, y sesión 136, de 13 de mayo de 1873.

⁴⁶ Artículo 69: “*Las circunstancias agravantes ó atenuantes que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido, ó en otra causa personal, servirán para agravar ó atenuar la responsabilidad de solo aquellos autores, cómplices ó encubridores, en quienes concurren. Las que consistan en la ejecución material del hecho, ó en los medios empleados para realizarlo, servirán para agravar ó atenuar la responsabilidad únicamente de los que tuvieren conocimiento de ellas en el momento de la acción, ó de su cooperación para el delito*”.

⁴⁷ En este sentido, NOVOA MONREAL, Eduardo, cit. (n. 3), II, p. 118; asimismo, LEIVA LÓPEZ, Alejandro cit. (n. 3), p. 225 n. 22.

⁴⁸ RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel de (dir.), *Código Penal de la República de Chile y Actas de las sesiones de la Comisión Redactora* (Valparaíso, Edeval, 1974), p. 494. Igual, LAZO, Santiago, *Código Penal. Orígenes, concordancias, jurisprudencia* (Santiago, Poblete Cruzat Hnos. Editores, 1915), p. 85. Esta extensión, como se verá, no estaba tampoco en el Código de las Dos Sicilias que Pacheco cita como concordancia.

⁴⁹ COUSO, Jaime, *Comentario*, cit. (n. 3), p. 580; MATUS ACUÑA, Jean Pierre y VAN WEEZEL, Alex, *De la aplicación de las penas*, cit. (n. 3), pp. 354, 355. Esta posibilidad ya aparece sugerida por PACHECO, Joaquín Francisco, cit. (n. 5), I, p. 399.

⁵⁰ Cf. VAN WEEZEL, Alex, *Error y mero desconocimiento en derecho penal* (2008, 2ª ed., Santiago, LegalPublishing, 2009), pp. 22-23.

tenido su origen en otra de las fuentes habituales del Código chileno: los comentarios de Joaquín Francisco Pacheco, quien cuestiona la amplitud del inciso segundo del artículo 69 del Código español que, como nuestro artículo 64, extiende su alcance tanto a agravantes como a atenuantes. A diferencia de la regla que impone la incomunicabilidad de las circunstancias *personales*, Pacheco declara, respecto de la comunicabilidad de las agravantes, que comprendía “su doctrina” y estaba en condiciones de “multiplicar los ejemplos”, sin que pudiese hacer lo propio con las atenuantes, pues no alcanzaba a divisar atenuantes “materiales” que pudieran extenderse a coimputados en que no concurrieran⁵¹. Estas dudas debieron haber movido a la reflexión de los comisionados, pues convinieron, “después de alguna discusión entre los presentes, que era necesario dejarlo íntegro para que por él se tomaran en cuenta las circunstancias que pueden atenuar o agravar la responsabilidad de los delinquentes en un delito dado”⁵².

Los antecedentes del artículo 69 del Código español, que sirvieron de modelo al legislador nacional, parecieran encontrarse en el Código del Reino de las Dos Sicilias⁵³. Así lo sugiere, en primer lugar, que la recopilación napolitana no sólo haya sido una de las fuentes utilizadas por los redactores del Código español de 1848, sino que además sirvió de base, junto con el Código imperial del Brasil, al

⁵¹ PACHECO, Joaquín Francisco, cit. (n. 5), I, p. 399; preguntándose: “¿Es torpeza nuestra ó ligereza de la ley?”

⁵² RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de, *Actas*, cit. (n. 48), p. 279. Igual, LAZO, Santiago, cit. (n. 48), p. 85. La prudencia del legislador habría sido injustificada si, como sostiene la “doctrina mayoritaria, no existen atenuantes reales, sino sólo agravantes reales” (COUSO, Jaime, *Comentario*, cit. [n. 3], p. 538; en este mismo sentido, CURY URZÚA, Enrique, *Derecho penal*, cit. [n. 3], p. 475; LABATUT GLENA, Gustavo, cit. [n. 3], I, p. 273; MATUS ACUÑA, Jean Pierre y VAN WEEZEL, Alex, *De la aplicación de las penas*, cit. [n. 3], p. 357). Estaría justificada, en cambio, si se acepta la atenuante por eximente incompleta fundada en justificantes (así, *v. gr.*, NOVOA MONREAL, Eduardo, cit. [n. 3], II, p. 117; seguido –al menos parcialmente– por COUSO, Jaime, *Comentario*, cit. [n. 3], p. 538).

⁵³ Según sostiene JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, cit. (n. 36), I, p. 316, “en el Reino de las Dos Sicilias se promulgó en 1819 un Código [...] que fue uno de los mejores, todavía es hoy digno de loa”. Se trata de “una codificación nueva, muy amplia, que se articuló en cinco partes correspondientes, en sustancia, a cinco códigos napoleónicos” (FERRANTE, Riccardo, *Los orígenes del modelo de codificación entre los siglos XIX y XX en Europa, con particular atención al caso italiano*, en *Revista de Derecho Privado [Universidad Externado de Colombia]*, 25 [2013], p. 43). PESSINA, Enrique, *Elementos de derecho penal* (trad. cast., 4ª ed., Madrid, Editorial Reus, 1936), p. 136 comenta que el gobierno de las Dos Sicilias llevó adelante el proceso de “mejorar los mismos Códigos importados por el Imperio francés”, estableciendo “una Comisión legislativa para la revisión de las cinco partes del Código napoleónico, con el fin de hacer de él un Código que tomara prestado de la legislación francesa todo lo bueno de ella y suprimiera aquello que estuviese en oposición con los principios de la ciencia respecto a los delitos comunes o en contradicción con los intereses del poder público en la penalidad y en los juicios”. El mismo PESSINA, Enrique, *Elementos de derecho penal*, cit. (n. 53), p. 136 destaca la figura de Nicola Nicolini (“que contribuyó principalmente a la formación del nuevo Código Penal y del nuevo Código de Procedimientos Penales, ambos publicados en 1819”) y agrega que “la legislación penal napolitana marcó entonces un progreso entre los códigos de Europa, tanto que algunas de sus instituciones fueron admitidas por Francia en la revisión que de sus leyes hizo en 1832”. La valoración positiva también en PESSINA, Enrico, *Dei progressi dei diritto penale in Italia nel secolo XIX* (Firenze, Stabilimento Civelli, 1868), p. 6.

trabajo de Seijas Lozano, como autor del anteproyecto del libro I⁵⁴. En particular, se reconoce que una de las influencias del Código napolitano en la legislación española de 1848 se produjo en materia de determinación de la pena⁵⁵. Pero, adicionalmente, el Código de las Dos Sicilias extendió su influencia sobre la temática que, en su estructura y a diferencia de las legislaciones española y chilena, cobijaba las reglas que atraen nuestro interés: la participación criminal⁵⁶.

La influencia ejercida en ambas temáticas es razonable, pues encuentra explicación en su desarrollo entre los juristas italianos y su recepción en los códigos de ese origen, a lo que se ha de sumar que la recopilación napolitana se caracterizó por la particularidad de extender la regulación también a las circunstancias materiales⁵⁷. Finalmente, confirma el antecedente napolitano que Pacheco transcriba, como

⁵⁴ INESTA PASTOR, Emilia, *El Código Penal español*, cit. (n. 40), pp. 77-79, atribuyendo a Lozano la redacción del anteproyecto del libro I, sostiene que adoptó como modelo el Código napolitano y el del Brasil.

⁵⁵ INESTA PASTOR, Emilia, *The influence of the 1819 criminal code* (n. 43), p. 255; LA MISMA, *The influence of the 1819 criminal code* (n. 43), p. 255; LA MISMA, *The influence exerted by the 1819 Criminal Code* (n. 43), p. 265. Con mayor detalle, LA MISMA, *El Código Penal español*, cit. (n. 40), pp. 594-595, 601, 610-611.

⁵⁶ Los artículos 76 y 77 del Código napolitano se encuentran en el capítulo V (“*Del cómplice*”), que, a su vez, integra el título II (“*De las reglas generales para la aplicación de la pena*”), en el marco del libro I (“*De las penas y de las reglas generales para su aplicación y exclusión*”), acompañadas de la definición legislativa del cómplice (artículo 74) y de su penalidad (artículo 75). En cambio, tanto en el Código español, como en el chileno, las reglas aparecen en secciones dedicadas a la pena: en aquél, en la sección segunda (“*Reglas para la aplicación de las penas en consideración a las circunstancias atenuantes o agravantes*”) del capítulo IV (“*De la aplicación de las penas*”) del título III (“*De las penas*”) del libro I (“*Disposiciones generales sobre los delitos y las faltas, las personas responsables y las penas*”); en el segundo cuerpo legal, en el § IV (“*De la aplicación de las penas*”) del título III (“*De las penas*”) del Libro I. La definición del cómplice figura, en las recopilaciones española y chilena, en secciones diversas dedicadas a la participación criminal. Respectivamente, en el artículo 13 está incluida en el capítulo I (“*De las personas responsables criminalmente de los delitos y faltas*”) del título II (“*De las personas responsables de los delitos y faltas*”) del mismo libro I mientras que en el artículo 16 forma parte del título II (“*De las personas responsables de los delitos*”) del libro I.” Por la influencia napolitana en materias de participación, *vid.* INESTA PASTOR, Emilia, *The influence of the 1819 criminal code*, cit. (n. 43), p. 254; LA MISMA, *The influence exerted by the 1819 Criminal Code*, cit. (n. 43), p. 264.

⁵⁷ En esta línea, PESSINA, Enrique, *Elementos de derecho penal*, cit. (n. 53), p. 136 destaca que “las gloriosas tradiciones italianas sirvieron de base para la modificación de la doctrina [...] de la participación de varias personas en un mismo delito”; habiéndolas caracterizado antes como “brillantes tradiciones de la ciencia y de la práctica italiana” (p. 135). Así, GÓMEZ MARTÍN, Víctor, *Los delitos especiales* (Montevideo, Buenos Aires, Editorial B de F, 2006), p. 5 acota que, “ya en la Edad Media, fueron los juristas italianos los primeros en abordar con cierta frecuencia, la cuestión relativa a si la influencia de las cualidades o relaciones del autor, agravantes o atenuantes de la pena, podrían extenderse a la punibilidad del ‘mandante’ (inductor) y del partícipe”, haciendo referencia a que las soluciones defendidas en ese contexto estarían influenciadas por el derecho romano (el parricidio en relación con la *Lex Pompeja de Parricidiis*). Por otro lado, PESSINA, Enrico, *Dei progressi*, cit. (n. 53), p. 10 destaca, como una de las aportes a la legislación francesa, el reconocimiento en los códigos italianos de circunstancias personales que agravan, eliminan o disminuyen la responsabilidad de uno de los participantes sin extenderse a los otros, acotando que fue mérito del Código napolitano extender la aplicación de las circunstancias materiales a los que tuvieran conocimiento de ella.

única “concordancia” del artículo 69 del Código español, los artículos 76 y 77 del Código de las Dos Sicilias⁵⁸.

III. LA COMUNICABILIDAD DE LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS EN EL CÓDIGO NAPOLITANO DE 1819

1. *El contenido de los artículos 76 y 77 del Código de las Dos Sicilias*

Las reglas que el legislador español contemplaba en una única disposición, forma en que fueron recibidas en Chile, se encontraban divididas en dos artículos del Código napolitano. Siguiendo empero el mismo orden, su artículo 76 se ocupaba de las circunstancias p e r s o n a l e s, mientras que la disposición siguiente trataba las circunstancias m a t e r i a l e s⁵⁹. Comparadas con las disposiciones españolas y chilenas, la descripción del presupuesto en la legislación napolitana exhibe un carácter más general. Así, mientras el Código napolitano habla sencillamente de “*circunstancias personales*” y “*circunstancias materiales*”, tanto el Código chileno como el español son menos concisos: las p e r s o n a l e s pasaron a ser circunstancias que consisten en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones personales con el ofendido o en otra causa personal; a su turno, las m a t e r i a l e s se convirtieron en circunstancias que consisten en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarlo. Por otro lado, el ámbito de aplicación de las reglas dadas para el Reino de las Dos Sicilias presenta diferencias. Como se indicó, el Código Penal chileno y el español extienden su alcance a circuns-

⁵⁸ PACHECO, Joaquín Francisco, cit. (n. 5), I, p. 398. Otra opinión, LEIVA LÓPEZ, Alejandro, cit. (n. 3), p. 225 y especialmente n. 23, planteando un origen francés. Sin embargo, además de no coincidir con los artículos 76 y 77 del Código Penal de 1810, en general, Pacheco utiliza la denominación que antecede a la referencia (“Cód. napol.”) en referencia al Código del Reino de las Dos Sicilias. Por otro lado, LEIVA LÓPEZ, Alejandro cit. (n. 3), pp. 225-226, n. 23 sostiene que el artículo 69 del Código de 1848 “no tiene un correlato en su antecesor, esto es, el Código Penal español de 1822”, agregando que “la norma del artículo 69 no fue copiada del Código brasileño —el cual no contiene norma alguna sobre la materia—.” Por otro lado, esta conclusión podría encontrar confirmación en los registros del proceso de redacción en la Comisión General de Códigos, a los que, desafortunadamente, no hemos podido tener acceso. Según INESTA PASTOR, Emilia, *El Código Penal español*, cit. (n. 40), pp. 23-24, 72-75, aunque no existen actas de la Sección Penal de la referida comisión, sí las hay de reuniones de la Comisión General, las cuales estarían disponibles en el Archivo de la Comisión General de Codificación y habrían sido publicadas (LASSO GAITE, Juan Francisco, *Crónica de la Codificación Española*, V: *Codificación penal* [Madrid, Ministerio de Justicia, 1970], II, cit. por INESTA PASTOR, Emilia, *El Código Penal español*, cit. [n. 40], p. 43 y *passim*), cuya utilización no nos ha sido posible. Por el proceso de redacción en general, *vid.* INESTA PASTOR, Emilia, *El Código Penal español*, cit. (n. 40), pp. 55-228.

⁵⁹ ARABIA, Francesco Saverio, cit. (n. 5), II, pp. 185, 186 presenta el siguiente texto: “*le circostanze personali che accrescono, tolgono o diminuiscono la pena di un complice o in uno degli autori del reato, nos giovano nè nuocciono agli altri*”; “*le circostanze materiali che aggravano la pena di un reato, non nuocciono che agli autori, o a coloro tra i complici i quali ne hanno avuto la scienza nel momento dell'azione o de la cooperazione costitutiva de la loro reità*”. La versión que ofrece PACHECO, Joaquín Francisco, cit. (n. 5), I, p. 398 es diferente (no menciona las atenuantes personales). La primera parece ser la correcta, según la versión consultada que está disponible en el portal del Ministerio de Justicia (Biblioteca digitale dell'Unificazione Giuridica).

tancias tanto agravantes como atenuantes, mientras que el Código napolitano prevé la incomunicabilidad, en función de su naturaleza *personal*, para las agravantes, atenuantes y eximentes de responsabilidad. Asimismo, la legislación española se separaría de las reglas napolitanas en cuanto a la comunicabilidad de las circunstancias materiales, pues en éstas ella sólo resulta aplicable a las agravantes, escapando de su alcance no sólo las minorantes, sino también las eximentes. El Código de las Dos Sicilias, por ende, en este último punto, se alineaba con las dudas de Pacheco en relación con la existencia de atenuantes *materiales* y, además, exhibe una vocación más amplia, por extenderse –en lo que dice relación con la incomunicabilidad, a las eximentes⁶⁰.

No es difícil advertir que las diferencias con la legislación española son considerables y significativas. Y, aunque no puede desconocerse que las variaciones aportaron simetría –al extender su aplicación a las dos especies de circunstancias modificatorias– y precisión –mediante una mayor elaboración de los criterios que abren y cierran la puerta al efecto comunicante–, lo cierto es que se alejaron de una de las posibles inspiraciones del Código napolitano, al preterir a las eximentes. Comprobar esta última afirmación conduce a revisar el origen de los referidos artículos 76 y 77, tarea que abordaremos en el acápite siguiente; pero antes consideramos de provecho revisar la literatura relativa a estas reglas, que hemos podido tener a la vista, con el propósito de identificar las hipótesis que se entendían cubiertas por las genéricas referencias napolitanas. Para ello, agruparemos los casos mencionados en los comentarios al Código del Reino de las Dos Sicilias, según las categorías recogidas en la legislación chilena, buscando determinar el grado de continuidad material entre las disposiciones.

De esta forma, las “*circunstancias personales*” napolitanas se entendían comprensivas de algunas hipótesis que es posible asociar a nuestras “*circunstancias que consisten en la disposición moral del delincuente*”, como la demencia, el estado de error y la coacción⁶¹. Por otro lado, bajo la idea de “*circunstancias que consisten en las relaciones particulares del delincuente con el ofendido*”, que emplea nuestro artículo 64, podemos ubicar las referencias de los comentarios napolitanos a la calidad de padre, marido y hermano⁶², de doméstico⁶³, de posadero y de guardián⁶⁴. Asimismo, podría considerarse que consiste en una relación particular

⁶⁰ Ello no pasó inadvertido a PACHECO, Joaquín Francisco, cit. (n. 5), I, p. 399, quien reconoce que la solución del Código español sólo se hace cargo de una parte del problema.

⁶¹ ARABIA, Francesco Saverio, cit. (n. 5), II, p. 185 (“*la demenza*”, “*lo stato di errore*”, “*lo stato [...] di costringimento*”, “*lo stato [...] di costringimento*”).

⁶² ARABIA, Francesco Saverio, cit. (n. 5), II, p. 185 (“*la qualità [...] di padre, di marito, di fratello o sorella*”); aunque, antes de analizar la legislación napolitana, PESSINA, Enrico, *Propedeutica al diritto penale delle Due Sicilie* (Napoli, Stabilimento Tipografico dei Classici Italiani, 1858), p. 136, hace una referencia al hijo respecto del padre. Más general, NICOLINI, Niccola, *Questioni di diritto trattate nelle conclusioni, ne' discorsi ed in altri scritti legali* (Napoli, Tipografia Prete Largo Avelino, 1869), I, p. 552 (“*congiunzione di sangue*”).

⁶³ ARABIA, Francesco Saverio, cit. (n. 5), II, p. 185 (“*di domestico*”). Citando una sentencia, la menciona SALUTO, Francesco, *Diritto penale secondo l'ordine del Codice per lo Regno delle Due Sicilie* (Palermo, Tipografia di Pietro Morvillo, 1858), I, pp. 273-274.

⁶⁴ ARABIA, Francesco Saverio, cit. (n. 5), II, p. 185 (“*d'oste, di locandiere*”, “*di tutore*”).

del delincuente con el ofendido el carácter de empleado o funcionario público, que también recogen los comentarios al Código del Reino de las Dos Sicilias⁶⁵. Concluyendo con las circunstancias personales, los comentarios a la legislación napolitana ofrecen ejemplos que, sin corresponderse con ninguna de las categorías anteriores, pudieran incardinarse en nuestra cláusula de recogida (“*otra causa personal*”), como son la edad⁶⁶, la reiteración y la reincidencia⁶⁷.

Por su parte, el lugar y el tiempo⁶⁸ incluidos en los comentarios al Código napolitano como circunstancias materiales pueden adscribirse a la categoría formada por aquellas que “consisten en la ejecución material del hecho”. Asimismo, los comentarios también hacen mención a los medios⁶⁹, criterio que explícitamente recogió el legislador español mediante la referencia a las “circunstancias que consistan en los medios empleados” para realizar el hecho. Finalmente, nos parece difícil reconducir la gravedad del daño⁷⁰, que figura en comentarios al Código napolitano, a alguna de las especies contempladas en nuestro artículo 64.

2. *Los antecedentes históricos de las reglas napolitanas*

En cuanto a los antecedentes históricos de esta regulación napolitana, varias son las consideraciones que apuntan hacia el derecho romano. En primer lugar, este vínculo es posible porque esta materia escapó a las imbricaciones que unen a la legislación napolitana con el Código Penal francés de 1810, el que desde 1812 recibió aplicación en Nápoles⁷¹. Así, Nicolini afirma que, aunque el Código francés carecía de una regla como el artículo 77, su lógica fue aplicada durante la vigencia de aquella legislación en Nápoles, sentando las bases de dicha disposición⁷². Saluto, por su parte, da cuenta de un caso en 1813 en el que, estando vigente un “código extranjero” que no contenía ninguna disposición al respecto, se resolvió que la calidad de doméstico era personal y no comunicable al cómplice⁷³. De un modo similar, comentando el artículo 76, Arabia sostiene que estas reglas no se encontraban en la legislación francesa, tratándose de una de las innovaciones que introdujo el legislador napolitano⁷⁴. Este autor agrega que, durante la vigencia del

⁶⁵ *Ibid.*, (“*la qualità di pubblico funzionario o impiegato*”).

⁶⁶ *Ibid.*, (“*l’età*”); NICOLINI, Niccola, *Questioni di diritto*, cit. (n. 62), p. 540 (“*l’età*”); desde una perspectiva histórica y positiva, PESSINA, Enrico, *Propedeutica*, cit. (n. 62), pp. 136, 139 (“*l’età minore la vecchiezza*”; “*all’età minore*”).

⁶⁷ ARABIA, Francesco Saverio, cit. (n. 5), II, p. 185 (“*di reiteratore, di recidivo*”); NICOLINI, Niccola, *Questioni di diritto*, cit. (n. 62), pp. 540 (“*la recidiva*”), 552 (“*recidive*”); aunque antes de analizar la legislación napolitana, PESSINA, Enrico, *Propedeutica*, cit. (n. 62), p. 136 (“[...] *quando un individuo per aver antecedentemente commesso un altro reato [...]*”).

⁶⁸ ARABIA, Francesco Saverio, cit. (n. 5), II, p. 186-187: “*luogo*”, “*tempo*”

⁶⁹ *Ibid.*: “*mezzo*”.

⁷⁰ *Ibid.*: “*gravezza del danno prodotto*”.

⁷¹ En este sentido, PESSINA, Enrique, *Elementos de derecho penal*, cit. (n. 53), p. 135; también, IÑESTA PASTOR, Emilia, *The influence exerted by the 1819 Criminal Code* (n. 43), p. 251; en términos generales, ANTOLISEI, Francesco, *Manual de derecho penal. Parte general* (trad. cast., Buenos Aires, UTEHA, 1960), p. 16.

⁷² *Cfr.* NICOLINI, Niccola, *Questioni di diritto*, cit. (n. 62), p. 559.

⁷³ *Vid.* SALUTO, Francesco, cit. (n. 63), I, pp. 273-274.

⁷⁴ ARABIA, Francesco Saverio, cit. (n. 5), II, p. 185. En esta línea, PESSINA, Enrico, *Dei*

Código francés y a pesar del silencio de esa ley, la jurisprudencia napolitana no habría encontrado obstáculo para dar aplicación a lo que califica de “principio de razón y equidad”⁷⁵.

Por otro lado, junto a las mencionadas tradiciones italianas⁷⁶, la influencia del derecho romano habría contribuido a dar al Código de las Dos Sicilias su fisonomía propia⁷⁷. Expresión de esta influencia puede encontrarse en el amplio manejo del derecho romano que exhibe Nicolini –considerado el principal autor de dicho código– manifestado en constantes referencias⁷⁸. Por ello, no es en absoluto una sorpresa que, entre los antecedentes citados por los comentaristas del Código de las Dos Sicilias al analizar las reglas en estudio, se encuentren dos que remitan explícitamente a fuentes del derecho romano. Así, Arabia agrega que el principio habría sido “conocido y admitido en las leyes de Roma”⁷⁹, citando dos pasajes del Digesto⁸⁰, los que serán objeto de análisis en el acápite siguiente⁸¹. Por su parte,

progressi, cit. (n. 53), p. 10 citado *supra* n. 57.

⁷⁵ ARABIA, Francesco Saverio, cit. (n. 5), II, p. 185: “*principio di ragione e di equità*”. Similar, el antecedente jurisprudencial citado por SALUTO, Francesco, *Diritto penale secondo l'ordine del Codice per lo Regno delle Due Sigilie* (Palermo, Tipografia di Pietro Morvillo, 1856), II, p. 415 destaca que la distinción entre circunstancias materiales y personales es correcta y equitativa.

⁷⁶ Ver *supra* n. 57. Las “gloriosas” y “brillantes tradiciones de la ciencia y de la práctica italiana”, a las que hace referencia PESSINA, Enrique, *Elementos de derecho penal*, cit. (n. 53), pp. 135, 136, sugieren que el problema ocupó a los juristas anteriores a la codificación, lo que podría explicar que las fuentes clásicas fueran recordadas. Como pone de relieve Iñesta, la implementación del Código francés hubo de confrontar la tradición italiana en materia criminal, muy viva en el siglo XIX (IÑESTA-PASTOR, Emilia, *The influence exerted by the 1819 Criminal Code* [n. 43], p. 253).

⁷⁷ IÑESTA PASTOR, Emilia, *The influence of the 1819 criminal code*, cit. (n. 43), p. 247, ahora en IÑESTA PASTOR, Emilia, *The influence exerted by the 1819 Criminal Code*, (n. 43), p. 253: “*They all [the Neapolitan illuminists] developed Roman and Italian legal science in an original fashion, paying special attention to the doctrine of willful misconduct, of guilt, of imputability, as well as of failed attempts and concurrent offences, which would be received in the 1819 text – hence its categorization as a ‘monument of Italian Science and Jurisprudence’ [...] although the Neapolitan criminal Code did not constituted an absolute innovation, its national character and its originality are recognized, as well as the unquestionable improvement of its model: the 1810 French code*”.

⁷⁸ Cfr. NICOLINI, Nicola, *Questioni di diritto*, cit. (n. 62), *passim*.

⁷⁹ ARABIA, Francesco Saverio, cit. (n. 5), II, p. 185: “*Era noto ed ammesso nelle leggi di Roma*”.

⁸⁰ Corresponden a D. 47, 2, 36 y D. 47, 2, 52. Una referencia a la segunda parece también encontrarse SALUTO, Francesco, cit. (n. 75), II, p. 407.

⁸¹ ARABIA, Francesco Saverio, cit. (n. 5), II, p. 185 hace la relación con el derecho romano únicamente a propósito del artículo 76, es decir, de las reglas relativas a la comunicabilidad de las circunstancias personales, no así respecto de la comunicabilidad de las circunstancias materiales. Sin embargo, no nos parece del todo claro que esa mención se limitara a dicho artículo, ya que ARABIA, Francesco Saverio, cit. (n. 5), II, p. 187, al comentar el artículo 77, invoca nuevamente el silencio que reprocha en la legislación francesa justo antes de atribuir el origen romano al artículo 76. Presentar una regla como un principio de orden superior e invocar antecedentes de derecho romano como confirmación del razonamiento parece, desde un punto de vista metodológico, una característica de los juristas de la época. Respecto de “la primera civilística italiana de la codificación”, FERRANTE, Riccardo, cit. (n. 53), p. 40 enfatiza que “el ligamen con la raíz romanista” era “entendida más como un factor legitimador del razonamiento jurídico y no como una fuente efectiva.” Aunque en otro contexto, de un proceder similar da cuenta RUBIO VARAS, Francisco Javier, *Notas histórico-dogmáticas de la interpretación de los contratos en el*

Pessina también invoca antecedentes romanos, sosteniendo que la distinción entre circunstancias objetivas y subjetivas era conocida en el derecho romano⁸².

IV. ANTECEDENTES EN EL DERECHO ROMANO

1. *La comunicabilidad en el derecho romano en general*

El problema de la comunicabilidad se encuentra resuelto en distintas fuentes romanas de manera diversa⁸³. En algunos supuestos, extienden el efecto de la cualidad personal no sólo a quien la ostenta, sino que también a los demás intervinientes. Tal es el caso de la Ley Pompeya de Parricidios⁸⁴, aunque no conocemos referencias a ella en los comentarios a los artículos 76 y 77 del Código napolitano. En un contexto en que partícipes son equiparados a los autores⁸⁵, las fuentes romanas se plantean si la pena de parricidio debe aplicarse sólo a quien mató al ascendiente o también al partícipe, respondiendo que tanto parricidas como cómplices extraños deben castigarse con la misma pena⁸⁶.

Código Civil chileno, en *Revista Chilena de Derecho*, 45/2 (2018), p. 561 en que las “máximas de interpretación” creadas “a través del redescubrimiento y colección de textos aislados romanos”, eran consideradas “en las palabras de VATTEL, como ‘máximas de justicia y equidad’”.

⁸² PESSINA, Enrico, *Propedeutica*, cit. (n. 62), p. 137. Este autor cita “L. 4 § 1 D. de incend.”, que corresponde a D. 47, 9, 4, cuyo texto se reproduce a continuación y es tomando (como todas las demás en este trabajo) del Cuerpo del Derecho Civil Romano a doble texto, traducido al castellano del latino, publicado por los hermanos Krigel, Hermann y Osenbrüggen con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencia de D. Ildefonso L. García del Corral, Tomo III, Barcelona, 1897: “4. Paulo; Comentarios al Edicto, libro LIV.—Escribe Pedio: también se puede decir que roba con ocasión de naufragio el que mientras se produce el naufragio roba en medio de aquel azoramiento. § 1.—El Divino Antonino resolvió así por rescripto respecto de los que hubiesen hecho depredación con ocasión de un naufragio: ‘Lo que me escribiste sobre naufragios de naves y de barca, tiene por objeto explorar tú con qué pena estimo yo que deben ser castigados los que se prueba que robaron alguna cosa en ellos; y, según opino, se puede determinar fácilmente. Porque hay muchísima diferencia entre que hayan recogido cosas que iban á perecer, ó que maliciosamente se hayan apoderado de las que se podían salvar; y esto, si se viere que á la fuerza se hizo una gran depredación, relegarás por un trienio á los libres después de haberlos apaleado, ó si fueren de más baja condición, los condenarás por el mismo tiempo á las obras públicas, y á los esclavos los condenarás á las minas después de azotados; si las cosas no hubieren sido de gran valor, podrás dejarlos en libertad, a los libres después de apaleados, y á los esclavos después de azotados’. Y siempre en estas causas, como en las demás, se ha de hacer diligentemente su estimación, atendidas la condición de las personas y la calidad de las cosas, á fin de que no se determine cosa alguna ó más dura ó más blandamente de lo que requiere la causa. § 2.—Estas acciones se dan á los herederos; y contra los herederos han de ser dadas sólo por cuando fue á poder de ellos.”

⁸³ Relacionado con este problema, se encuentra la distinción entre *delicta propria* y *delicta communia* que se recoge en la obra *De re militari* del jurista Arrio Menandro (Arrius Manander); cfr. GÓMEZ MARTÍN, Víctor, cit. (n. 57), pp. 4-5. La distinción se recoge en D. 49, 16, 2: “ARRIO MENANDRO; De las Cosas militares, libro I. — Los delitos ó los hechos de los militares son ó propios de ellos, ó comunes con los demás, por lo cual, también su persecución es ó propia, ó común. Es delito propio militar el que alguno comete como soldado.”

⁸⁴ Vid. referencias *supra* nn. 21 y 57.

⁸⁵ Sobre esta equiparación en el homicidio en general, *vid.* MOMMSEN, Theodor, *Derecho penal romano* (trad. cast., Pamplona, Analecta Editorial, 1999), II, p. 107.

⁸⁶ D. 48, 9, 6: “ULPIANO; Del cargo de Proconsul, libro VII. — Se puede preguntar, si son

Por otro lado, las fuentes romanas contemplan hipótesis en que el efecto de una cualidad personal se reserva únicamente para aquel que la ostenta. Este es el caso de las fuentes vinculadas al hurto, que, sin ser presentadas como el antecedente de las reglas napolitanas, son elevadas a la categoría de “principio de razón y equidad”. Ellas se hacen cargo de la intervención conjunta en el hurto de personas respecto de algunas de las cuales no hay acción (el hijo, el esclavo y la mujer), concediéndola en contra de los terceros. En lo que sigue nos concentraremos en ellas, puesto que su alcance reclama mayores explicaciones y porque, además, son invocadas de manera específica.⁸⁷ Confirma esta opción que otros comentaristas napolitanos vinculen, por un lado, la regulación o el problema de la comunicabilidad con las sustracciones entre parientes y, por el otro, la coparticipación en el hurto con fuentes romanas⁸⁸.

Por lo tanto, aunque los comentarios a las reglas napolitanas parecieran limitar sus referencias a fuentes romanas que acogen la incomunicabilidad del efecto jurídico específico, que coinciden con el criterio recogido en el artículo 76 del Código de las Dos Sicilias, las hay también que prevén el efecto contrario. Y ello ocurre respecto de circunstancias de naturaleza bastante similar (relaciones de familia). La lógica que subyace al tratamiento del parricidio bien puede haber estado tras el artículo 77 del Código napolitano, tomando en consideración que esta codificación es obra de una cultura jurídica imbuida en el derecho romano, el que contribuyó a forjar las particularidades de su codificación. En suma, allí donde el derecho romano reconocía hipótesis en que parecía razonable comunicar el efecto de la cualidad personal y otras en las que no, el legislador napolitano –en un esfuerzo generalizador– estableció una regla para las “circunstancias personales” (artículo 76) y otra para las “materiales” (artículo 77).

2. El hurto y la comunicabilidad en el derecho romano

El análisis de los dos pasajes del Digesto que invoca Arabia⁸⁹ exige exponer los

castigados con la pena de parricidio los que mataron a sus ascendientes, o si también los cómplices; y dice Meciano, que han de ser castigados con la misma pena también los cómplices, no solamente los parricidas; por consiguiente, también los cómplices extraños han de ser castigados con la misma pena.” Según CLOUD, J. D., *Parricidium: from the lex Numae to the lex Pompeia de parricidiis*, en ZSS., 88 (1971), p. 53, la referencia a la autoridad de Meciano y no al texto de la ley, justifica que el pasaje recoja una discusión del siglo III y no el contenido de la ley. Sin embargo, en Inst. 4, 18, 6, el alcance del parricidio a “*aquel por cuyo dolo malo se hizo esto, ó el que fué cómplice del crimen, aunque sea extraño á la familia*” se presenta de un modo diverso (“*Por ella [ley Pompeya sobre los parricidios] se dispone*”).

⁸⁷ Además, en ellas la cualidad personal recae sobre el presupuesto y no sobre las consecuencias, a diferencia de las fuentes que cita Pessina, en las cuales el carácter personal se vincula con la pena; *vid. supra* n. 83.

⁸⁸ Así, respectivamente, SALUTO, Francesco, cit. (n. 63), I, p. 331, SALUTO, Francesco, cit. (n. 75), II, pp. 406-407.

⁸⁹ D. 47, 2, 36 y D. 47, 2, 52: “36. *ULPIANO; Comentarios á Sabino, libro XLI. – [...] §1. – También se determinó, que el que presta ayuda al hijo, ó al esclavo, o a la mujer, que hacen un hurto, está sujeto a la acción del hurto, aunque aquellos mismos no sean demandados con la acción de hurto. §2. – El mismo Pomponio dice, que si un esclavo hubiere huido con cosas, podría ser demandado por razón de las cosas con la acción de hurto el seductor, porque dio ayuda y consejo al ladrón; lo que*

casos que comprenden las fuentes, así como pasar revista al contexto en que ellas se insertan. Por lo primero, es posible identificar, como caso fundamental, un hurto (*furtum*) en el que un extraño es cómplice del esclavo, del hijo o de la mujer del ofendido. En esta hipótesis, negándose acción de hurto respecto de estos últimos, sí la hay respecto del cómplice *extraneus*. Como variaciones del caso fundamental, aparecen hipótesis en que el esclavo huye con cosas del amo (hay acción de hurto en contra del *seductor*); la mujer y un *extraneus* realizan el hurto (sólo hay acción contra el segundo); la mujer ayuda al ladrón *extraneus* (sólo hay acción de hurto en contra de éste, pero no en contra de aquélla); las mismas situaciones (de coparticipación, entendemos), pero ahora respecto del hijo militar (no está obligado por la acción de hurto, aunque habría acción útil); el esclavo del peculio castrense del hijo hurta al padre (hay acción de hurto). En términos generales, son casos de coparticipación en el hurto, en que no se concede acción en contra de uno de los concurrentes (por tratarse del esclavo, del hijo o de la mujer), no obstante lo cual sí la hay para perseguir la responsabilidad del *extraneus*.

Salta a la vista que el “principio de razón y equidad” tenía en estas fuentes romanas un alcance doblemente diverso al del Código napolitano. Por un lado, mientras éste prevé tanto hipótesis de incomunicabilidad como de comunicabilidad, aquéllas sólo recogen hipótesis en que la circunstancia no era extensible a extraños. Del otro, mientras las primeras sólo se refieren a eximientes (hipótesis en que no se configura el hurto respecto de un codelincuente), el segundo alcanzaba asimismo a agravantes y atenuantes personales. Así, la hipótesis original romana desaparece de las legislaciones española y chilena, que se hacen cargo únicamente del efecto de circunstancias modificatorias. Antes incluso, el alcance difiere en cuanto a los delitos sobre los que recaen: las fuentes romanas abordaban únicamente hipótesis de hurto y no tenían, como las legislaciones decimonónicas, una vocación genérica.

Si estas fuentes romanas sólo se referían a hipótesis de incomunicabilidad, el proceso de generalización que supuso la codificación decimonónica debió haber obligado a reconocer casos en que debía operar la lógica inversa, particularmente si hay otras fuentes romanas en este sentido. Esta constatación pudo haber movido al legislador napolitano a incurrir en la singularidad de resolver el problema derivado de la dualidad, consagrando la incomunicabilidad para las “agravantes materiales”. Avanzar demanda conocer cuál era el fundamento de la eximente, es decir, por qué se negaba la acción de hurto respecto del esclavo, el hijo y la

también indica Sabino. [...] 52. [53.] ULPIANO; Comentarios al Edicto, libro XXXVII. – Si alguno le hubiere prestado ayuda ó consejo á la mujer, que substrajere cosas del marido, estará sujeto á la acción de hurto. §1. – Pero si con ella hizo el hurto, también estará sujeto á la acción de hurto, no estando ella misma sujeta. §2. – Ella misma, si le prestó ayuda al ladrón, tampoco estará sujeta á la acción de hurto, sino á la de cosas amovidas. §3. – De ninguna manera se ha de dudar, que á nombre de un esclavo suyo está ella sujeto á la acción de hurto. §4. – Lo mismo se ha de decir también respecto á un hijo de familia militar; porque él mismo no estará obligado á su padre por la acción de hurto; pero estará obligado en nombre del esclavo suyo del peculio castrense, si el esclavo le hubiere hecho hurto al padre.” ARABIA, Francesco Saverio, cit. (n. 5), II, p. 185 transcribe el primer párrafo (aunque atribuyéndolo al 32), haciendo sólo una remisión al segundo en nota a pie de página, que, aunque genérica, entendemos limitada a las secciones reproducidas.

mujer, lo que exige antes revisar conceptos generales sobre la coparticipación y el hurto en el derecho romano.

3. *El furtum y la participación en el derecho romano*

El *furtum* (hurto) se inserta “en el campo más amplio de la historia del ilícito privado en Roma”⁹⁰, es decir, es uno de aquellos que tienden a ser denominados *delicta*⁹¹, caracterizados, en lo fundamental, por recibir penas privadas en favor de la víctima⁹² y por estar sujetos a un procedimiento del mismo carácter⁹³. Por otra parte, en cuanto a la fuente⁹⁴, el hurto es un delito de carácter civil, en tanto estaba recogido en la ley de las XII Tablas⁹⁵.

No debe olvidarse que el derecho romano nunca se mantuvo estático⁹⁶, a lo que no hace excepción el hurto⁹⁷. En una apretada síntesis, el concepto de hurto, en sus orígenes, habría respondido a una idea más restringida (aunque no definida)⁹⁸. Durante la República, sin embargo, alcanzó una extensión considerable, hasta llegar a abarcar cualquier la situación en la cual una persona, por medio de un acto doloso, sufría una pérdida patrimonial distinta del daño físico de un objeto⁹⁹. El desarrollo posterior de remedios alternativos, sin embargo, hizo que decayera la

⁹⁰ ALBANESE, Bernardo, *Furto (storia)*, en MORTATI, Costantino y PUGLIATTI, Salvatore (dirs.), *Enciclopedia del diritto*, XVII: *Foro – Guid* (Palermo, Guiffirè, 1969), p. 313.

⁹¹ En oposición a *crimenes*; *vid.* GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho privado romano* (reimp. 2010, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996), II, p. 231. Similar, ZIMMERMANN, Reinhard, *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition* (Oxford, Oxford University Press, 1996), p. 917. Confirma este carácter la introducción, “en la era imperial, de un *crimen furti*, entendido, ahora ya no como ilícito de derecho privado, sino como un ilícito de derecho público” (ALBANESE, Bernardo, cit. [n. 90], p. 318; similares, BURILLO, Jesús, *La desprivatización del ‘furtum’ en el Derecho postclásico*, en *REHJ.*, 7 [1982], p. 15; SIRKS, A.J.B., *Furtum and manus / potestas*, en *TR.*, 81 [2013], 3-4, pp. 473, 476).

⁹² Así, GUZMÁN BRITO, Alejandro, cit. (n. 91), II, pp. 231, destacando que el *crimen* recibía sanciones corporales o pecuniarias en beneficio de la colectividad (p. 232).

⁹³ Así, GUZMÁN BRITO, Alejandro, cit. (n. 91), II, p. 232; ZIMMERMANN, Reinhard, cit. (n. 91), p. 918. Los *crimenes* estaban sujetos a una jurisdicción y a un procedimiento público; *cf.* GUZMÁN BRITO, Alejandro, cit. (n. 91), II, p. 231; ZIMMERMANN, Reinhard, cit. (n. 91), pp. 917-918.

⁹⁴ Según explica GUZMÁN BRITO, Alejandro, cit. (n. 91), II, p. 232, “no cualquier ilícito ofensivo del interés particular constituye sin embargo un *delictum*, pues [...] se hace merecedora de *poena* tan sólo aquella conducta previamente descrita a tal efecto en una *lex publica* o en el *edictum praetoris*. Los delitos privados, pues, son civiles o pretorios”.

⁹⁵ Según MOMMSEN, Theodor, cit. (n. 85), II, p. 6, en “el sistema romano más antiguo que nosotros conocemos, singularmente el de las Doce Tablas, sólo puede ser incluidas en el derecho penal verdaderamente tal cuatro clases bien determinadas de delitos, á saber: / 1.^a *Perduellio*. / 2.^a *Parricidium*. / 3.^a *Furtum*. / 4.^a *Injuria*”.

⁹⁶ Así, ZIMMERMANN, Reinhard, cit. (n. 91), p. 927.

⁹⁷ Con detalle, por toda la evolución, ZIMMERMANN, Reinhard, cit. (n. 91), pp. 928-929. Por la evolución posterior, BURILLO, Jesús, cit. (n. 91), pp. 18-20.

⁹⁸ Así, ALBANESE, Bernardo, cit. (n. 90), p. 313; BURILLO, Jesús, cit. (n. 91), p. 14. Según SIRKS, A.J.B., cit. (n. 91), pp. 501-502, aunque es opinión común la existencia de un cambio entre las XII Tablas y la República tardía, su naturaleza es discutida. Una tesis diferente en SIRKS, A.J.B., cit. (n. 91), *passim*, postulando que, originalmente, el *furtum* suponía la intrusión en las potestades del *pater familias* con un contenido religioso.

⁹⁹ *Cf.* ALBANESE, Bernardo, cit. (n. 90), p. 314; BURILLO, Jesús, cit. (n. 91), p. 14.

necesidad de dicha extensión, dando origen a un debate, cuya síntesis combinó un elemento material (la *contractatio*) y uno subjetivo (el *animus lucri faciendi*)¹⁰⁰, sobre los cuales se construye la conocida definición de Paulo¹⁰¹: “Hurto es el apoderamiento fraudulento, de una cosa, para realizar lucro, ya sea de la misma cosa, ya también de uso ó posesión; lo que está prohibido hacer”¹⁰². Sea como fuere, el *furtum* comprendería todos los casos del actual hurto, pero su alcance era mucho más amplio, extendiéndose a hipótesis de hurto de uso, hurto de posesión, apropiación indebida y a ciertos fraudes¹⁰³. Ahora bien, las consecuencias jurídico-penales del hurto en el derecho romano llegaron a ser fundamentalmente pecuniarias. Puesto que los detalles de la evolución en este plano nos distraerían de nuestro propósito, nos limitaremos a acotar¹⁰⁴ que en materia de penalidad era preciso distinguir el hurto manifiesto (*furtum manifestum*) del que no lo era (*furtum nec manifestum*)¹⁰⁵ y que a este último, desde la Ley de las XII Tablas, se le asignaba la pena del doble del valor de la cosa, reservándose para el hurto flagrante –en último término– una sanción del cuádruplo del valor de la cosa¹⁰⁶.

De otro lado, el derecho romano no sólo concedió acción de hurto en contra

¹⁰⁰ Así, ALBANESE, Bernardo, cit. (n. 90), pp. 315-317; BURILLO, Jesús, cit. (n. 91), p. 14; SIRKS, A.J.B., cit. (n. 91), pp. 496-497.

¹⁰¹ BURILLO, Jesús, cit. (n. 91), pp. 14-15.

¹⁰² D. 47, 2, 1, 3. Según BURILLO, Jesús, cit. (n. 91), pp. 14-15, esta definición “bien podría reflejar el pensamiento de la última jurisprudencia clásica”; ALBANESE, Bernardo, cit. (n. 90), p. 317 destaca que es fruto del empeño secular; similar, ZIMMERMANN, Reinhard, cit. (n. 91), p. 923 afirma que, a pesar de un posible origen posterior, no hay razón para suponer que no reflejara correctamente el desarrollo de entre los siglos II y III. Una definición similar se contiene en las Institutas de Justiniano; *vid.* BURILLO, Jesús, cit. (n. 91), p. 15; y, especialmente, WATSON, A., *The definition of furtum and the trichotomy*, en *TR*, 28/2 (1960), p. 197, ofreciendo (*passim*) un detallado análisis.

¹⁰³ Con referencia al derecho alemán, *vid.* ZIMMERMANN, Reinhard, cit. (n. 91), pp. 923-924. La misma conclusión, GUZMÁN BRITO, Alejandro, cit. (n. 91), II, p. 242.

¹⁰⁴ *Cfr.* BIRKS, Peter, *Chapter 7. Furtum (Theft)*, en DESCHEMAEKER, Eric (ed.), *The roman law of obligations. The collected papers of Peter Birks* (Oxford, Oxford University Press, 2014), pp. 182-187.

¹⁰⁵ En realidad, según expone SIRKS, A.J.B., cit. (n. 91), pp. 466-468, siguiendo las Institutas de Gayo, en las XII Tablas originalmente eran cuatro las especies de *furtum*.

¹⁰⁶ Originalmente esta modalidad de *furtum* en las XII Tablas suponía *pena capitalis* (pérdida de libertad o muerte del que no lo era); *vid.* CURSI, Maria Floriana, *La formazione delle obbligazioni ex delicto*, en *RIDA*, 58/3 (2011), p. 150; SIRKS, A.J.B., cit. (n. 91), pp. 470-471; VON IHERING, Rudolph, *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo* (1998, trad. cast., Granada, 2ª ed., Editorial Comares, 2011), p. 87. Sin embargo, esta pena podía ser transigida en dinero, que en tiempos históricos era del cuádruplo, forma en que fue recogida en el edicto del pretor; *vid.*, VON IHERING, Rudolph, cit. (n. 106), p. 91; también SIRKS, A.J.B., cit. (n. 91), p. 476. De esta forma, las penas privadas aparecen como un rescate de la venganza; *cfr.* VON IHERING, Rudolph, cit. [n. 106], p. 92; también, GUZMÁN BRITO, Alejandro, cit. [n. 91], II, p. 232. El rescate, primero de la venganza (VON IHERING, Rudolph, cit. [n. 106], pp. 88-89; similar, BURILLO, Jesús, cit. [n. 91], pp. 15-16) y luego del talión, era al principio una alternativa del ofendido, pero después se impuso obligatoriamente por el juez, fijando el rescate a falta de acuerdo; *cf.* VON IHERING, Rudolph, cit. (n. 106), p. 91. En una última etapa, la cuantía fue determinada por el poder público; *vid.* GUZMÁN BRITO, Alejandro, cit. [n. 91], II, p. 233.

del autor propiamente tal, sino que también extendió el castigo a los partícipes¹⁰⁷, ya que también se dirigía contra el instigador y el auxiliador material¹⁰⁸. Aunque las consecuencias jurídicas previstas no diferían entre autores y partícipes, quedando unos y otros sujetos fundamentalmente al mismo régimen¹⁰⁹, la sanción de los partícipes exigía que el autor alcanzara a consumir el delito, aun cuando existiese un obstáculo para perseguir la responsabilidad del autor¹¹⁰, como ocurre en los casos de los que se hacen cargo las fuentes que aquí analizamos.

4. Fundamentos de la exclusión de la acción de hurto

Con la intervención plural en el *furtum* como telón de fondo, la interrogante que nos ha de ocupar son los motivos que conducían a negar la acción en contra los *intransei* en los casos de las fuentes estudiadas, cuya respuesta exige distinguir entre la situación de la mujer y las restantes hipótesis. En efecto, tras la exclusión de la acción de hurto respecto del esclavo y del hijo de familia aparecen dos razones complementarias. La primera, de naturaleza procesal, estaba radicada en la ausencia de contrapartes¹¹¹: el carácter pecuniario de las sanciones¹¹² obligaba a que las consecuencias jurídicas del hurto cometido por el esclavo o el hijo fueran

¹⁰⁷ Por ello, según apunta MOMMSEN, Theodor, cit. (n. 85), II, p. 208, “la fórmula usual de la demanda, á saber, ‘del hecho y del consejo’, se aplicaba probablemente, no tan sólo á los instigadores y á los cooperadores ó auxiliares, sino también á los autores propiamente dichos”. Sin embargo, en relación con el hurto, GUZMÁN BRITO, Alejandro, cit. (n. 91), II, p. 250 acota que “están legitimados pasivamente para la *actio furti manifesti* el o los autores del delito, no sus cómplices y los instigadores”, mientras que “para la *actio furti nec manifesti* y las demás acciones furtivas [...] están legitimados pasivamente desde luego los autores, pero también los cómplices y los instigadores”.

¹⁰⁸ MOMMSEN, Theodor, *Derecho penal romano* (trad. cast., Pamplona, Analecta Editorial, 1999), I, p. 108; ZIMMERMANN, Reinhard, cit. (n. 91), p. 930; en términos generales, GUZMÁN BRITO, Alejandro, cit. (n. 91), II, p. 235.

¹⁰⁹ *Cfr.* MOMMSEN, Theodor, cit. (n. 85), II, p. 215; MOMMSEN, Theodor, cit. (n. 108), I, p. 108; ZIMMERMANN, Reinhard, cit. (n. 91), p. 916.

¹¹⁰ Con referencia a la *contractatio* en el hurto, MOMMSEN, Theodor, cit. (n. 85), II, p. 208; también, BIRKS, Peter, cit. (n. 104), pp. 177-178; en términos generales, GUZMÁN BRITO, Alejandro, cit. (n. 91), II, p. 235.

¹¹¹ MOMMSEN, Theodor, cit. (n. 108), I, pp. 24, 89.

¹¹² *Vid. supra* nn. 104 y 106. No obstante su carácter pecuniario, las penas del *furtum* eran de naturaleza punitiva en tanto que eran compatibles con los remedios orientados a recuperar la cosa o indemnizar el daño (*vid.* BIRKS, Peter, cit. [n. 104], p. 182; ZIMMERMANN, Reinhard, cit. [n. 91], p. 921), sirviendo el valor de la cosa sólo para determinar la cuantía de la pena pero no para pagar el daño (*cf.* MOMMSEN, Theodor, cit. [n. 108], I, p. 109). Lo mismo que la intransmisibilidad pasiva de las acciones penales (así, ZIMMERMANN, Reinhard, cit. [n. 91], pp. 915-916; en términos generales, GUZMÁN BRITO, Alejandro, cit. [n. 91], II, p. 235), confirma el carácter punitivo de las sanciones que la necesidad de castigar a todos los copartícipes condujera a que la víctima de un único hurto recibiese tantas penas como responsables (*cf.* ZIMMERMANN, Reinhard, cit. [n. 91], p. 916; en general, GUZMÁN BRITO, Alejandro, cit. [n. 91], II, p. 237). Sin embargo, como anota BURILLO, Jesús, cit. (n. 91), p. 16, “la acumulatividad de las acciones penales tiene una excepción, un *beneficium edicti* para el caso de que varios esclavos de un mismo dueño cometan un hurto (D.47.6), en el sentido de que la pena exigible es una sola”; así también, MOMMSEN, Theodor, cit. (n. 108), I, p. 110.

soportadas por el padre de familia¹¹³, quien podría, alternativamente, pagar la multa o recurrir a la noxa, es decir, hacer entrega del interviniente a la víctima¹¹⁴. Por lo tanto, como “demandante y demandando coincidían en una misma persona”¹¹⁵, faltaría contraparte en un proceso por el hurto de un hijo o un esclavo en contra su padre o señor. Como las consecuencias jurídico-penales recaían sobre el *pater familias*, y no sobre el delincuente¹¹⁶, surge como complemento el segundo fundamento de la exclusión, el que mira a las relaciones que genera el delito entre el sujeto y la persona a la que está sometido. En el derecho romano, el *pater familias* gozaba de la llamada potestad doméstica, en cuyo ejercicio estaba autorizado “a castigar delitos cometidos por las personas sujetas a él”¹¹⁷. Como resultado, en estos casos, el hijo o esclavo podrían haber sido castigados en ejercicio de la potestad doméstica, actuando ésta, según los casos, como complemento de la sanción penal o en lugar de ella¹¹⁸. Por el impedimento procesal, en último término, el hurto doméstico quedaba sujeto exclusivamente a la jurisdicción privada del padre o propietario¹¹⁹. En suma, en la raíz de la improcedencia de la acción de hurto estaban la ausencia de contrapartes junto con la potestad doméstica, que podía actuar como sustituto del derecho penal.

Ahora bien, este esquema no puede extenderse a la mujer, puesto que la potestad doméstica no se alza como posible reemplazo de la potestad punitiva de la colectividad. En efecto, el ejercicio de potestades punitivas a su respecto, ya en tiempos históricos, habría desaparecido¹²⁰, sin que siquiera sea claro que se haya ejercido para castigar delitos¹²¹. Otras, por ende, han de ser las razones

¹¹³ Cfr. MOMMSEN, Theodor, cit. (n. 108), I, p. 89; ZIMMERMANN, Reinhard, cit. (n. 91), p. 917.

¹¹⁴ Así, MOMMSEN, Theodor, cit. (n. 85), II, p. 217. Similar, ZIMMERMANN, Reinhard, cit. (n. 91), p. 916. Este procedimiento, en tiempos antiguos, habría permitido ponerse a recaudo de la eventual venganza por parte del ofendido; cfr. MOMMSEN, Theodor, cit. (n. 108), I, p. 23.

¹¹⁵ MOMMSEN, Theodor, cit. (n. 108), I, p. 89.

¹¹⁶ ZIMMERMANN, Reinhard, cit. (n. 91), p. 917: “*Yet, since he himself had not committed the wrong, it was regarded as inappropriate to expose him to liability without, at least, retaining for him the option of surrender*”.

¹¹⁷ MOMMSEN, Theodor, cit. (n. 108), I, p. 19. Por ello, quien estaba sujeto a esta potestad podía ser castigado por su padre o señor o por el Estado (*vid.* MOMMSEN, Theodor, cit. [n. 108], I, p. 19), aunque la primera hipótesis se caracterizaba por su informalidad (así, MOMMSEN, Theodor, cit. [n. 108], I, p. 22). La existencia de límites en el ejercicio de la *patria potestas* es objeto de discusión, cfr. AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos Felipe, *El origen de los poderes del “paterfamilias” I: el “paterfamilias” y la “patria potestas”*, en *REHJ.*, 28 (2006), p. 55 y *passim*.

¹¹⁸ Si el *pater familias* había sufrido el hurto, era la única alternativa; *vid.* MOMMSEN, Theodor, cit. (n. 108), I, p. 24. Si lo era un tercero, la potestad doméstica funcionaba como complemento del derecho penal. Sobre la posibilidad de que la potestad doméstica operara de manera concurrente o en reemplazo del derecho penal, *vid.* MOMMSEN, Theodor, cit. (n. 108), I, p. 19.

¹¹⁹ En este sentido, BIRKS, Peter, cit. (n. 104), p. 178.

¹²⁰ MOMMSEN, Theodor, cit. (n. 108), I, p. 20. Según MOMMSEN, Theodor, cit. (n. 108), I, pp. 20, 24, en el sistema originario la mujer siempre estaba sujeta a potestad ajena y hasta fines de la República la punición de las mujeres sería de cargo del sistema doméstico.

¹²¹ En este sentido, MOMMSEN, Theodor, cit. (n. 108), I, pp. 20-21. AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos Felipe, *El origen de los poderes del “paterfamilias” II: el “paterfamilias” y la “manus”*, en *REHJ.*, 29 (2007), p. 113 sostiene que “el trabajo de recopilar y estudiar las situaciones en que

que conduzcan a negar la acción de hurto respecto de la mujer. Y éstas parecen residir en el carácter infamante asociado al hurto en el derecho romano¹²², el que hacía incompatible con las buenas costumbres el ejercicio de la acción de hurto entre cónyuges¹²³. Por otro lado, en el caso de la mujer el impedimento procesal no existía, como deja en evidencia la concesión de una acción no penal al marido respecto la mujer: la *actio rerum amotarum* (acción de cosas amovidas)¹²⁴. Por ende, en el caso de la mujer, su carácter infamante impedía el ejercicio de la acción de hurto, debiendo recurrirse a remedios civiles¹²⁵.

En conclusión, en los casos en que las fuentes romanas se decantan por la incomunicabilidad, la exención está asociada, en un plano general, al efecto de las relaciones de familia en la responsabilidad penal por hurto, la que es consecuencia de consideraciones procesales (falta de contraparte en el proceso penal) y materiales (la familia abre opciones asociadas a la potestad doméstica y clausura el recurso a acciones que supongan consecuencias incompatibles con los vínculos que ella engendra).

5. Los casos de las fuentes romanas en el derecho chileno vigente

La lógica tras la no concesión de la acción de *furtum*, en torno a la cual el derecho romano previó la incomunicabilidad, sigue siendo un obstáculo para el surgimiento de la responsabilidad penal en nuestro derecho. En el Código Penal chileno aparece en el artículo 489, disposición que exime de responsabilidad penal por hurtos, daños y defraudaciones que se causaren recíprocamente ciertos familiares, estableciendo una regla de incomunicabilidad del beneficio para los extraños que intervengan y dejando a salvo la responsabilidad civil, tal como ocurría en Roma¹²⁶. Nuestro derecho recoge aquellos casos a los que las fuentes romanas arreglaban la incomunicabilidad de la exención de responsabilidad por hurto en la forma de una excusa legal absolutoria¹²⁷, es decir, uno de aquellos

las mujeres casadas recibieron algún tipo de acción disciplinaria, sea de parte de los maridos, sea de parte de la ciudad, es muy ardua”, concluyendo más adelante que, “al estudiar la naturaleza y extensión de los poderes del marido, vemos que no resisten comparación con la *manus*; al marido, tanto *ius noxae dandi* como el *ius vendendi* le están vedados” (p. 160).

¹²² MOMMSEN, Theodor, cit. (n. 85), II, p. 215. Destaca también el carácter infamante, GUZMÁN BRITO, Alejandro, cit. (n. 91), II, p. 250.

¹²³ Cfr. MOMMSEN, Theodor, cit. (n. 85), II, pp. 220-221. En las fuentes, esta idea se recoge de distintas maneras (“*en honor del matrimonio*” en D. 25, 2, 2; “*por consideración a las personas*”, D. 25, 2, 3). Asimismo, aunque en algunos pasajes se deja entrever cierta discrepancia (así, D. 25, 2, 1), en general se afirma que en estos casos hay hurto (cfr. D. 25, 2, 1; D. 25, 2, 15; D. 25, 2, 29).

¹²⁴ Esta acción se extendió luego jurisprudencialmente, como *condictio furtiva*, respecto de terceros; *vid.* MOMMSEN, Theodor, cit. (n. 85), II, p. 221; en el mismo sentido, GUZMÁN BRITO, Alejandro, cit. (n. 91), II, p. 252.

¹²⁵ Por el caso de la participación, *vid.* D. 25, 2, 19-20.

¹²⁶ Por la (extendida) recepción de la regla en el derecho comparado, *vid.* OLIVER CALDERÓN, Guillermo, *Delitos contra la propiedad* (Santiago, Legal Publishing, Thomson Reuters, 2013), p. 154.

¹²⁷ CURY URZÚA, Enrique, *Derecho penal*, cit. (n. 3), p. 469; ETCHEBERRY, Alejandro, cit.

extraños casos en que “se configura el delito, pero éste no es punible”¹²⁸. Aunque el obstáculo procesal no resulta aplicable hoy¹²⁹, los fundamentos también son coincidentes, puesto que tras nuestra excusa aparecen “razones de política criminal vinculadas con el mantenimiento de la armonía familiar” que asumen “que en la familia existen mecanismos éticos suficientes para restablecer el orden perturbado por un delito contra la propiedad que no ha sido violento ni intimidatorio”¹³⁰. En otras palabras, las relaciones familiares y la naturaleza del conflicto permiten renunciar a la intervención penal, que, por estos factores, se revela menos eficaz y eficiente¹³¹. Las peculiaridades del conflicto y de los involucrados fundan una regla de excepción, según la cual un hecho —a pesar de ser típico, antijurídico y reprochable— no es punible¹³².

Este carácter limitado y restrictivo, presente en las fuentes romanas estudiadas y en su verdadera sucesora, no se aviene bien con la generalidad de las disposiciones decimonónicas sobre comunicabilidad de las modificatorias. Por ello, fuera de la necesidad de contemplar ambas alternativas (circunstancias que no se comuniquen y otras que sí), las fuentes romanas relativas al *furtum* no están en condiciones de arrojar luces sobre los supuestos en que debiera recurrirse a uno u otro efecto, particularmente si, en otras hipótesis, circunstancias muy similares (también relaciones de familia) extendían sus efectos a no cualificados. Por ende, los criterios que los códigos decimonónicos emplean como presupuestos no pueden llenarse de contenido echando mano a las fuentes históricas aquí revisadas, las que sí son capaces de explicar la consagración de un régimen dual. Por ello, a falta de un fundamento sistemático claro y autónomo, tales criterios estarían desprovistos de contenido y su empleo como modelo sería desaconsejable.

CONCLUSIONES

Rastrear las fuentes históricas de una disposición del Código Penal chileno de 1874 exige partir reconociendo en él a un vástago de la familia fundada por el Código Penal francés del 1810. El vínculo no es directo, puesto que su principal modelo, contrariando las intenciones originales del Gobierno, fue el Código Penal español de 1848. A partir de este antecedente inmediato es posible llegar a Francia, pasando antes por Brasil (el Código imperial de 1830) y por el Reino de las Dos Sicilias (el Código de 1819). Para reconstituir los antecedentes del artículo 64 de

(n. 3), II, p. 12; GARRIDO MONTT, Mario, cit. (n. 3), II, p. 327; OLIVER CALDERÓN, Guillermo, cit. (n. 126), p. 154.

¹²⁸ OLIVER CALDERÓN, Guillermo, cit. (n. 126), p. 154. Vid. también CURY URZÚA, Enrique, *Derecho penal*, cit. (n. 3), pp. 468-469; ETCHEBERRY, Alfredo, cit. (n. 3), II, p. 9.

¹²⁹ Un vestigio, sin embargo, puede estimarse el artículo 116 del Código Procesal Penal, que prohíbe la interposición de querrela por delitos de acción pública o privada a ciertos familiares.

¹³⁰ OLIVER CALDERÓN, Guillermo, cit. (n. 126), p. 156, explicitando el vínculo con el principio de subsidiariedad de la intervención penal; por la primera idea, CURY URZÚA, Enrique, *Derecho penal*, cit. (n. 3), p. 469; ETCHEBERRY, Alejandro, cit. (n. 3), II, p. 12.

¹³¹ Así, OLIVER CALDERÓN, Guillermo, cit. (n. 126), p. 156.

¹³² En términos generales, CURY URZÚA, Enrique, *Derecho penal*, cit. (n. 3), p. 468; GARRIDO MONTT, Mario, cit. (n. 3), II, pp. 325, 327.

nuestro Código, sin embargo, no hemos de recorrer todo este camino, ya que en Nápoles es preciso desviar el curso a Roma. En efecto, la Comisión Redactora siguió muy de cerca el artículo 69 del modelo español, limitándose a introducir una única modificación, por la que se admite, como condición para extender el efecto de las circunstancias materiales, no sólo el conocimiento coetáneo, sino también anterior. Como antecedente de la disposición española, los artículos 76 y 77 del Código napolitano de 1819 consagran, respectivamente, la incomunicabilidad de las circunstancias personales (aunque con un alcance más amplio, que se extiende además a las eximentes) y la comunicabilidad de las circunstancias materiales (esta vez, con un efecto más acotado, limitado sólo a las agravantes). Este código era más parco al describir el supuesto de hecho: habla de “circunstancias personales” allí donde el legislador español y el chileno se refieren a circunstancias que consisten en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal; dice sólo “circunstancias materiales”, allí donde nuestro Código y su modelo contemplan circunstancias que consisten en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarlo.

Los comentarios al Código de las Dos Sicilias destacan que estas reglas no reconocían antecedente en la codificación francesa, no obstante lo cual, los tribunales napolitanos –a pesar del silencio de dicha ley que les rigió durante la ocupación– continuaron dando aplicación a este “principio de razón y equidad”. Los comentaristas, además, sostienen que este principio era conocido en las leyes de Roma. En lugar de mirar a Francia, entonces, debemos revisar el derecho romano, el que contempla casos en que una cualidad muy similar (un vínculo de familia) extendía sus efectos a terceros (parricidio) y otros en que ella los producía sólo respecto de los cualificados (hurto). En efecto, el segundo de ellos correspondía fundamentalmente a casos de coparticipación en un *furtum* en que intervienen terceros extraños, junto con el hijo, el esclavo o la mujer del ofendido, en los cuales se sancionaba a aquéllos a pesar de no concederse acción contra los segundos. Ello se explicaba, en el caso del hijo de familia y del esclavo, porque de las penas del hurto –de naturaleza pecuniaria– se debía hacer cargo el padre de familia, de modo que este (como víctima) debería haber accionado contra sí mismo (como encargado de la satisfacción de las multas). Por ello, la sanción quedaba entregada en estos casos únicamente a la potestad doméstica de que gozaba el *pater familias*. En cambio, la imposibilidad de accionar por hurto en contra de la mujer responde al carácter infamante de las penas, el que conducía a estimar contrario a las buenas costumbres que un marido instara por la sanción de la mujer casada, aunque ello no era obstáculo para que se le reconociera una acción civil.

De esta forma, el recorrido iniciado en el artículo 64 del Código chileno nos trae de vuelta al mismo cuerpo legal, pero a una disposición diferente: su artículo 489, que contempla la eximente de responsabilidad análoga a las que recogían las fuentes romanas estudiadas. Exhibiendo notables similitudes, esta disposición constituye una excusa legal absoluta, es decir, una hipótesis en que un hecho que, merced a pena, no la recibe, por estimársela innecesaria, en este caso, en razón de las relaciones de familia que actúan como medio de control eficaz o como interés en cuyo resguardo conviene incluso renunciar a la sanción pública. Esta

configuración no concuerda bien con la generalidad de las reglas decimonónicas sobre comunicabilidad de las circunstancias y de los criterios que emplean como presupuesto, por lo que las fuentes estudiadas no contribuyen a darles claridad, quedando, si no se logra identificar un fundamento independiente, desprovistos de contenido. Sin embargo, los antecedentes romanos y napolitanos conducen a identificar la necesidad reconocer un régimen dual, que, en algunos supuestos, extienda los efectos de las circunstancias personales y, en otros, los limiten únicamente a quienes las ostenten. La determinación de cuáles habrán de ser esos supuestos, como lo demuestra mirar las reglas de signo contrario para el parricidio y el hurto en el derecho romano, no aparecen definidos con pretensiones de generalidad, por lo que la evolución posterior, además de ser menos afortunada, no pueden ser aclarada a partir de estos antecedentes.

BIBLIOGRAFÍA

Fuentes

- Anteproyecto de Código Penal* (2018) [disponible en <https://bit.ly/2VZw0Kw> [última visita 31/1/2020].
- Anteproyecto de Código Penal* (2015) [disponible en <https://bit.ly/2JYAPMZ> [última visita 31/1/2020].
- Proyecto de ley que establece un nuevo Código Penal* (2014), Boletín N° 9.274-07, disponible en <https://bit.ly/2JyUDqN> [última visita 31/1/2020].
- Anteproyecto de Código Penal* (2013), disponible en <https://bit.ly/2HxjCbG> [última visita 31/1/2020].
- COMISIÓN FORO PENAL DEL MINISTERIO DE JUSTICIA, *Anteproyecto de nuevo Código Penal*, 2005, disponible en <https://bit.ly/2JDqmXJ> [última visita 31/1/2020].
- Codice per lo regno delle Due Sicilie. Parte seconda. leggi penali*. Seconda edizione ufficiale, Napoli, 1919, disponible en <https://bit.ly/30EWGyX> [última visita 31/1/2020].
- Código Penal*. Real decreto, mandado que el Código penal y la ley provisional que dicta las reglas oportunas para la aplicación de sus disposiciones, se observen como ley en la Península e Islas adyacentes desde el día 1º de Julio del año corriente, 19 de marzo de 1848, en <https://bit.ly/2NK4eOj> [última visita 31/1/2020].

Literatura

- ALBANESE, Bernardo, *Furto (storia)*, en MORTATI, Costantino y PUGLIATTI, Salvatore (dirs.), *Enciclopedia del diritto*, XVII: *Foro – Guid* (Palermo, Guiffrè, 1969), pp. 313-318.
- ARABIA, Francesco Saverio, *I principi del diritto penal applicati al Codice delle Due Sicilie col confronto de' migliori codici d'Europa* (2ª ed., Napoli, Stabilimento Tipografico dei Classici Italiani, 1860), II [disponible en <https://bit.ly/2HNoI2r>].
- AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos Felipe, *El origen de los poderes del “paterfamilias” I: el “paterfamilias” y la “patria potestas”*, en *REHJ.*, 28 (2006), pp. 37-143.
- El origen de los poderes del “paterfamilias”, II: el “paterfamilias” y la “manus”*, en *REHJ.*, 29 (2007), pp. 51-163.
- ANTOLISEI, Francesco, *Manual de derecho penal. Parte general* (trad. cast., Buenos Aires, UTEHA, 1960).

- BALMACEDA HOYOS, Gustavo, *Comunicabilidad de la calidad de sujeto activo en los delitos contra la función pública. Especial referencia a la malversación de caudales públicos y al fraude al Fisco*, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 19/2 (2012), pp. 45-81.
- BIRKS, Peter, *Chapter 7. Furtum (Theft)*, en DESCHEMAEKER, Eric (ed.), *The roman law of obligations. The collected papers of Peter Birks* (Oxford, Oxford University Press, 2014), pp. 158-187.
- BULLEMORE G., Vivian R. y MACKINNON R., John R., *Curso de derecho penal, II: Teoría del delito* (2005, 3ª ed., Santiago, LegalPublishing, 2010).
- BURILLO, Jesús, *La desprivatización del 'furtum' en el derecho postclásico*, en *REHJ.*, 7 (1982), pp.13-20.
- CARNEVALI R., Raúl, *La ciencia penal italiana y su influencia en Chile*, en *Política Criminal*, 3/6 (2008), pp. 1-19.
- CLOUD, J. D., *Parricidium: from the lex Numae to the lex Pompeia de parricidiis*, en *ZSS.*, 88 (1971), pp. 1-66.
- COUSO SALAS, Jaime, *Determinación legal e individualización de la pena en la doctrina penal chilena. Exploración en las consecuencias prácticas de un déficit conceptual*, en MAÑALICH R., Juan Pablo (coord.), *La ciencia penal en la Universidad de Chile. Libro homenaje a los profesores del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile* (Santiago, 2013), pp. 507-533.
- COUSO, Jaime, *Comentario*, en COUSO SALAS, Jaime y HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (directores), *Código Penal comentado. Parte general. Doctrina y jurisprudencia* (Santiago, LegalPublishing, 2011), pp. 579-584.
- CURY URZÚA, Enrique, *Derecho penal. Parte general* (1982, 10ª ed., Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2011).
- CURY URZÚA, Enrique y MATUS ACUÑA, Jean Pierre (colaborador), *Comentario al art. 14 y comentario preliminar a los artículos 15 y 17. El concurso de personas en el delito*, en POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio y ORTIZ QUIROGA, Luis (dirs.), *Texto y comentario del Código Penal chileno, I: Libro primero. Parte general* (2002, reimp., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010), pp. 229-237.
- CURSI, Maria Floriana, *La formazione delle obbligazioni ex delicto*, en *RIDA.*, 58/3 (2011), pp. 143-173.
- ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho penal, I: Parte general* (1964, reimp. 2010, 3ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998).
- Derecho penal, II: Parte general* (1964, reimp. 2010, 3ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998).
- FERRANTE, Riccardo, *Los orígenes del modelo de codificación entre los siglos XIX y XX en Europa, con particular atención al caso italiano*, en *Revista de Derecho Privado (Universidad Externado de Colombia)*, 25 (2013), pp. 29-53.
- GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho penal, I: Parte general* (2007, reimp. 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009).
- Derecho penal, II: Parte general. Nociones fundamentales de la teoría del delito* (reimp., 4ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007).
- GÓMEZ MARTÍN, Víctor, *Los delitos especiales* (Montevideo, Buenos Aires, Editorial B de F, 2006).
- GRISOLÍA, Francisco, *La comunicabilidad en los delitos de malversación y fraude*, en *Revista de Ciencias Penales*, 34 (1975), pp. 3-47.

- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho privado romano* (1996, reimp., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010), II.
- GUZMÁN DALBORA, José Luis, *Reseña histórica de la codificación penal y procesal penal en Chile*, en MAÑALICH R., Juan Pablo (coord.), *La ciencia penal en la Universidad de Chile. Libro homenaje a los profesores del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile* (Santiago, 2013), pp. 105-129.
- HADWA, Marcelo, *El sujeto activo en los delitos tributarios, y los problemas relativos a la participación criminal*, en *Política Criminal*, 3 (2007), pp. 1-18.
- HERNÁNDEZ, Héctor, *Comentario en COUSO SALAS, Jaime y HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (dirs.), Código Penal comentado. Parte general. Doctrina y jurisprudencia* (Santiago, LegalPublishing, 2011), pp. 367-381.
- HIERREZUELO CONDE, Guillermo, *Recensión. Iñesta Pastor, Emilia, El Código Penal español de 1848 (Valencia, Tirant lo Blanch, 2011), 935 pp.*, en *REHJ.*, 33 (2011), pp. 702-706.
- IÑESTA PASTOR, Emilia, *El Código Penal chileno de 1874*, en *RChHD.*, 19 (2003), pp. 293-382.
- *El Código Penal español de 1848* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2011).
- *The influence of the 1819 criminal code of the Two Sicilies upon the Spanish criminal law codification and the parliament of the nineteenth century*, en ROMANO, Andrea (a cura di), *Culture parlamentari a confront. Modelli di lla rappresentanza politica e identità nazionali* (Bologna, CLUEB Casa editrice, 2016).
- *The influence exerted by the 1819 Criminal Code of the Two Sicilies upon Nineteenth-Century Spanish Criminal Law Codification and Its Projection in Latin America*, en MASFERRER, Aniceto (ed.), *The Western Codification of Criminal Law. A Revision of the Myth of tis Predominant French Influence* (s.l., Springer, 2018).
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de derecho penal* (1950, 4ª ed., Buenos Aires, Editorial Losada S.A., 1964), I.
- LABATUT GLENA, Gustavo, *Derecho penal*, I, (1951, actualizada por Julio Zenteno Vargas, reimp. 2005, 7ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1989).
- LAZO, Santiago, *Código Penal. Orígenes, concordancias, jurisprudencia* (Santiago, Poblete Cruzat Hnos. Editores, 1915).
- LEIVA LÓPEZ, Alejandro, *La comunicabilidad en el derecho penal chileno a partir de su interpretación práctica. Mirada crítica a su formulación como principio del Derecho*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 49 (2017), pp. 219-253.
- MAÑALICH R., Juan Pablo, *La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales*, en *Política Criminal*, 7/14 (2012), pp. 357-377.
- MATUS, Jean Pierre, *La doctrina penal de la (fallida) recodificación chilena del Siglo XX y principios del Siglo XXI*, en *Política Criminal*, 5/9 (2010), pp. 143-206.
- *Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos*, en *Política Criminal*, 3/5 (2008), pp. 1-35.
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre y VAN WEEZEL, Alex, § 4. *De la aplicación de las penas. Artículos 50 a 73*, en POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio y ORTIZ QUIROGA, Luis (dirs.), *Texto y comentario del Código Penal chileno, I: Libro primero. Parte general* (reimp. 2016, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002), pp. 323-382.
- MOMMSEN, Theodor, *Derecho penal romano* (trad. cast., Pamplona, Analecta Editorial, 1999), I.
- *Derecho penal romano* (trad. cast., Pamplona, Analecta Editorial, 1999), II.

- NICOLINI, Niccola, *Questioni di diritto trattate nell conclusioni, nêdiscorsi ed in altri scritti legali* (Napoli, Tipografia Prete Largo Avelino, 1869), I [disponible en <https://bit.ly/2YRABeX>].
- NOVOA MONREAL, Eduardo, *Curso de derecho penal chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1960), I.
- Curso de derecho penal chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1966), II.
- OLIVER CALDERÓN, Guillermo, *Delitos contra la propiedad* (Santiago, LegalPublishing, Thomson Reuters, 2013).
- OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena, *Sobre la calidad de empleado público en los delitos funcionarios y la punibilidad de quienes no la poseen*, en *Doctrina y jurisprudencia Penal*, 8 (2012), pp. 45-82.
- PACHECO, Joaquín Francisco, *El Código Penal concordado y comentado* (1848, 5ª ed., Madrid, Imprenta y Fundición de Manuel Tello, 1881), I [disponible en <https://bit.ly/2X2BzV3> [última visita el 31/1/2020]].
- PEÑA WASSAF, Silvia, *Las raíces histórico-culturales del derecho penal chileno*, en *REHJ.*, 7 (1982), pp. 289-314.
- PESSINA, Enrique, *Elementos de derecho penal* (trad. cast., 4ª ed., Madrid, Editorial Reus, 1936).
- Dei progressi dei diritto penale in Italia nel secolo XIX* (Firenze, Stablimento Civelli, 1868) [disponible en <https://bit.ly/2HUIVo7>].
- Propedeutica al diritto penale delle Due Sicilie* (Napoli, Stablimento Tipografico dei Classici Italiani, 1858) [disponible en <https://bit.ly/2YK3p8Q>].
- POLITOFF, Sergio, GRISOLÍA, Francisco y BUSTOS, Juan, *Derecho penal chileno. Parte especial. Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas* (1971, 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993).
- RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de, *Prólogo*, en PORTALIS, Jean-Etienne-Marie, *Discurso preliminar del proyecto de Código Civil francés* (trad. cast., Valparaíso, Edeval, 1978), pp. 7-24.
- Estudio preliminar*, en RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de (dir.), *Código Penal de la República de Chile y Actas de las sesiones de la Comisión Redactora* (Valparaíso, Edeval, 1974), pp. IX-LV.
- RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de (dir.), *Código Penal de la República de Chile y Actas de las sesiones de la Comisión Redactora* (Valparaíso, Edeval, 1974).
- RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, *Naturaleza y fundamento de las circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 36 (2011), pp. 397-428.
- RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena, *Delitos contra la función pública* (2004, 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008).
- RUBIO VARAS, Francisco Javier, *Notas histórico-dogmáticas de la interpretación de los contratos en el Código Civil chileno*, en *Revista Chilena de Derecho*, 45/2 (2018), pp. 553-563.
- SALUTO, Francesco, *Diritto penale secondo l'ordine del Codice per lo Regno delle Due Sigilie* (Palermo, Tipografia di Pietro Morvillo, 1858), I [disponible en <https://bit.ly/2VK7ojZ>].
- Diritto penale secondo l'ordine del Codice per lo Regno delle Due Sigilie* (Palermo, Tipografia di Pietro Morvillo, 1856), II [<https://bit.ly/2VK7ojZ>].
- SIRKS, A.J.B., “*Furtum*” and “*manus / potestas*”, en *TR.*, 81/3-4 (2013), pp. 465-506.
- VAN WEEZEL, Alex, *Actuar en lugar de otro*, en MAÑALICH R., Juan Pablo (coord.), *La*

- ciencia penal en la Universidad de Chile. Libro homenaje a los profesores del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile* (Santiago, 2013), pp. 283-310.
- Error y mero desconocimiento en derecho penal* (2008, 2ª ed., Santiago, Legal Publishing, 2009).
- ¿Por qué no citamos más (por ejemplo, a los alemanes)? Réplica a J.P. Matus*, en *Política Criminal*, 3/6 (2008), pp. 1-5.
- El sujeto activo del delito previsto en el artículo 97 N° 4 inciso 2º del Código Tributario*, en *Jurisprudencia al día*, 3/101 (2008), pp. 1165-1166.
- Delitos tributarios* (2007, reimp., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2016).
- VON IHERING, Rudolph, *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo* (1998, trad. cast., Granada, 2ª ed., Editorial Comares, 2011).
- WATSON, A., *The definition of furtum and the trichotomy*, en *TR.*, 28/2 (1960), pp. 197-210.
- ZIMMERMANN, Reinhard, *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition* (Oxford, Oxford University Press, 1996).