

UNA SOBRIEDAD DIALOGANTE: PRESENTACIÓN DEL LIBRO
HOMENAJE A LUIS ORTIZ QUIROGA
(ACEVEDO, N., COLLADO, R. Y MAÑALICH, J. P. [COORDS.],
LA JUSTICIA COMO LEGALIDAD, ESTUDIOS EN HOMENAJE
A LUIS ORTIZ QUIROGA
[SANTIAGO, THOMSON REUTERS, 2020])*

FERNANDO LONDOÑO MARTÍNEZ**
Universidad Diego Portales

El contexto es aquí el de un *homenaje*, pero también hay aquí un *libro*. Con cargo al primer polo del contexto —el homenaje—, estaría muy tentado de ofrecer una síntesis de las principales ideas en la obra del Prof. Ortiz, así como reverberan en el libro. Sería interesante y hermoso, pero no sería propiamente una presentación del libro. Más de algún “contribuyente” quedaría decepcionado. Si en cambio me inclino por el segundo polo, ofrecería entonces una suerte de recensión de las contribuciones, por el valor que ellas tienen con independencia de la obra de Luis Ortiz. Sería también interesante —pues hay muchas contribuciones con *tesis*, en sentido fuerte, que tienen asegurada su supervivencia espiritual, si es que seguimos leyéndonos y citándonos, como es propio en un medio profesionalizado—, pero estaríamos aquí varias horas y no honraría lo más querido y esperado. Buscando un balance entre esos dos polos, convenimos con los organizadores que la presentación se movería entre esos dos espacios. Con ello se busca entonces honrar cabalmente el contexto, que es ya mucho decir.

* Una versión comprimida del presente texto fue leída por el suscrito en el acto de celebración y lanzamiento del libro en homenaje a Luis Ortiz Quiroga, en su presencia (Santiago, 6 de enero de 2021). He optado por mantener el estilo personal y por momentos menos “académico” de la presentación, precisamente para honrar su origen y su contexto: un acto de celebración cargado de afecto. Por la preciosa ocasión quisiera agradecer a los organizadores del acto, pero muy especialmente al Prof. Juan Pablo Mañalich: si un accidente impidió que contribuyera al libro, un gesto colegial remedió la ausencia. Agradezco también al director de la *Revista de Ciencias Penales*, Prof. Luis Emilio Rojas, por el espontáneo interés que demostró en la publicación de este texto; que además se publique acompañando al hermosísimo discurso ofrecido por el homenajeado, al cierre del acto, representa ya un destino inmejorable. Casi no hace falta decir que dedico este “ejercicio de síntesis” al Prof. Luis Ortiz Quiroga, quien con su sobria humildad nos sigue enseñando a leernos y a citarnos con el respeto que merece la disciplina. En lo demás, le estoy personalmente muy agradecido por su generosidad en aquellos cuatro años dedicados a la gestión del Instituto de Ciencias Penales, precisamente bajo su presidencia (2013-2017).

** Profesor titular. Correo: fernando.londono@udp.cl.

Para acercarnos a ese objetivo, en cada caso destacaré las publicaciones de Luis Ortiz que sirven de pivote o explican la pertinencia de las distintas contribuciones del libro, tanto más allí donde los autores han buscado validar o refutar las tesis de Ortiz (siempre el mejor homenaje). Aquellos trabajos de Luis Ortiz Quiroga serán citados en el cuerpo por las iniciales del homenajeado (LOQ) y el año de publicación. En fin, las contribuciones del Libro Homenaje (LH) serán aludidas con la sola referencia al apellido del autor y la página, en su caso.

—.—

El título del libro *—La justicia como legalidad—* entraña para mí un discreto misterio. Una tentativa de aclaración ofreceré al cierre, que es el mejor lugar posible.

Sobre la composición global del libro, digamos que 47 colegas han ofrecido 42 contribuciones, geométricamente balanceadas en 9 capítulos para un total de 999 páginas. ¿Habrá un mensaje que descifrar aquí? ¿*Kabbalah* quizás? Y es que, además, los 9 capítulos se dejan recomponer en 3 grandes unidades temáticas, con 3 capítulos cada una. Así, (i) 3 capítulos se dedican a la *Parte General* (problemas de legitimación del derecho penal; presupuestos generales de la responsabilidad jurídico-penal; concurso de delitos y determinación de pena); (ii) una segunda unidad temática contiene 3 capítulos de *Parte Especial* (delitos contra la vida, derecho penal económico, delitos tributarios); (iii) mientras que la tercera unidad es más variada, como veremos (derecho penal de adolescentes, asuntos vinculados al mundo forense y trayectoria del homenajeado).

Vamos pues a los trabajos reunidos en el libro. Seguiré aquí un orden sumamente convencional: el del índice, capítulo por capítulo, contribución por contribución.

—.—

Cap. I

Luis Ortiz Quiroga: persona y trayectoria

La sección contempla las contribuciones de Javier Arévalo y Davor Harasic: la primera, una semblanza biográfica y personal; la segunda, dedicada a la trayectoria académica del homenajeado. Merecen leerse con el gusto que supone descubrir aspectos que no conocíamos, o bien confirmar rasgos bien conocidos de “don Luis”. Solo diré algo sobre lo segundo —lo conocido—, porque en esta parte del libro no debo arruinar las sorpresas... sino más bien invitar a la lectura.

En la *semblanza trazada por Arévalo* —escrita con el corazón que prodiga un buen discípulo a un buen maestro— se nos informa de la respuesta que Luis Ortiz

diera a un importante medio de prensa al quererle honrar con una entrevista de corte autobiográfico:

“Hablar de uno mismo es propio de la edad tardía, a veces como expresión de vanidad, y otras, al proceso progresivo de ensimismamiento que trae consigo la vejez. Que escriba algo tan personal, se debe sólo a esta solicitud amistosa, que me ha obligado a enfrentarme con mi propia historia. (...)”¹.

¿Qué decir? Tomándolo en sus propios términos habrá que decir que don Luis es, entre nosotros, el espíritu menos ensimismado y más jovial. ¡*Forever young*, querido don Luis!

En la *nota dedicada por Harasic* –que se cierra con un listado de la mayoría de las obras de Luis Ortiz (pp. 24-26)– encontramos al homenajeado en su faceta docente y, muy detalladamente, a un Ortiz decano (s) en un delicado período de su *alma mater*, entre junio de 2009 y julio de 2010. Dos notas me llamaron la atención. Primero, las razones de la pasión docente del Prof. Ortiz. Lo revela así el propio Luis Ortiz, entre líneas, al evocar su gozosa experiencia como alumno de su admirado maestro, Álvaro Bunster:

“el aporte de los alumnos [es] ‘el de mentes no contaminadas con información previa y, por consiguiente, sin el peso que significan muchas veces las razones de autoridad’”².

Y de su generoso período como decano (s) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, ya Juan Pablo Mañalich ha destacado en el prefacio su “liderazgo [...] sobrio y solvente”. *Sobriedad* y *solvencia* son sustantivos realmente preciosos. En la nota de Harasic encontramos un tercero, que tomo de la exhortación que el entonces decano Ortiz dirigiera al claustro docente, en un período de *fuoco e furia*:

“La Universidad es la reserva de las fuerzas morales e intelectuales del país y para su propio quehacer, vinculado al cultivo del saber superior, requiere un clima de mínima concordia, sin que ello implique que cada uno renuncie a sus convicciones y a expresar libremente su pensamiento”³.

¹ Y sigue: “Que escriba algo tan personal, se debe sólo a esta solicitud amistosa, que me ha obligado a enfrentarme con mi propia historia, todo lo cual no me lo explico ya que, si bien se justifica pedir una biografía a alguien importante, o que haya tenido participación en hechos heroicos o notables, en mi caso, en que no se da ni uno ni otro extremo, una vida sencilla, como la de muchos, poco o nada puede interesar” (Arévalo, p. 4).

² Cita de Ortiz tomada de Harasic, p. 16.

³ Tomado de Harasic, p. 21.

El sustantivo dominante es aquí *concordia*. Su raíz latina lo dice todo, de modo que no hace falta decir más.

Con eso podemos pasar a los trabajos académicos que dan vida intelectual al homenaje.

—.—

Cap. II

Problemas de legitimación del derecho penal

Se reproducen abajo los textos “pivotales” del homenajeado, así como se perfilan en las contribuciones de este capítulo del Libro Homenaje (LH). En el cuerpo se citan como “LOQ, año”:

LOQ (2012): “Pena y rehabilitación”, *Societas*, N° 14, pp. 169-173.

LOQ (2013a): “De la conducta requerida en las leyes penales en blanco”, en Alex van Weezel (ed.), *Humanizar y renovar el derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury* (Santiago de Chile, LegalPublishing Chile), pp. 143-161.

LOQ (2013b): “La justicia en Chile durante la dictadura de Pinochet”, en Ana Kirzner (ed.), *Homenaje a Reynaldo Peters autor del monumento jurídico Hábeas Corpus en papel higiénico*, tomo I (La Paz, Creativa), pp. 599-612.

LOQ y Arévalo, Javier (2013): *Las consecuencias jurídicas del delito* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

El capítulo comprende siete contribuciones bastante variadas, aunque bien agrupadas bajo la rúbrica escogida por los coordinadores. Al menos dos de las contribuciones se ocupan de un tema especialmente caro al homenajeado: la legalidad.

Así, *Jesús Silva Sánchez* homenajea a Luis Ortiz con su “*Leyes penales en blanco y riesgo permitido*” (pp. 29 y ss.). Encontramos aquí una propuesta de matriz de actuación de los jueces de cara a *conflictos* entre normas de complemento (administradoras del *riesgo permitido*) y tipos penales. Estos conflictos se producen ya porque (i) la infracción de la norma que prohíbe el riesgo (*bloqueo prohibitivo*) no supone todavía un peligro relevante para el bien jurídico (como nuestro 318 CP, me permito acotar yo...), ya porque (ii) la norma complementaria permite un riesgo (*bloqueo permisivo*) que se ve en concreto realizado por la conducta. Este segundo orden de casos resulta especialmente problemático, pues hace colisionar dos principios: de un lado, la legalidad (que se ve vulnerada si el juez desatiende la autorización administrativa llamada por el tipo); del otro, el principio de “prohibición de infraprotección”, tributario de las obligaciones positivas de protección que le incumben al Estado (vulnerado allí donde el juez declara la atipicidad del peligro concreto o la lesión).

Tras ilustrar este último escenario problemático (cuya solución el autor confía solo a la anulación institucional del texto legal, descartando la voluntarista vía hermenéutico-judicial: p. 46), Silva cierra su contribución evocando el trabajo de Luis Ortiz en el campo de las leyes penales en blanco (LOQ, 2013a): “Como hace años advirtiera nuestro homenajeado, la técnica de la ley en blanco plantea serios problemas desde la perspectiva de los destinatarios de las normas. Pero estos no son menores para los terceros afectados por la conducta de aquellos” (Silva, p. 46).

Alex van Weezel dedica a Luis Ortiz su “*Tiempos difíciles para el principio de legalidad en derecho penal*” (pp. 51 y ss.). Constatando la crisis de la legalidad en el marco de un amplio proceso de “materialización” del Derecho (ya descrito por Max Weber, como hace ver el autor), van Weezel emprende una defensa del principio de tipicidad penal como garantía del ciudadano, *tout court*. Una garantía que cumpliría al menos tres funciones: (i) aseguramiento de un espacio base de *libertad*; (ii) separación de poderes; y (iii) no-transferencia de poder desde el legislativo-representativo. El autor presenta luego la *vagueness doctrine* de la Corte Suprema de los Estados Unidos, destacando allí un pasaje tomado de la pluma de Gorsuch en su opinión concurrente en *Sessions v. Dimaya*: “las leyes vagas invitan al poder arbitrario [...] permitiendo que los fiscales y los tribunales [...] inventen [el contenido de la ley]” (p. 63)⁴. Sigue luego la crítica de Van Weezel al *thin ice principle* o “regulación por vaguedad”, así como ha sido planteado por Christoph Burchard. Rescata en fin la contribución de LOQ, 2013a, crítico de la técnica de las leyes penales en blanco por tres órdenes de argumentos ([i]jurídicos: certeza; [ii] políticos: separación de poderes; y [iii] prácticos: sería una técnica raramente necesaria), deteniéndose Van Weezel en el tercero: “en la mayoría de los casos la ley penal en blanco es perfectamente evitable a través de un trabajo legislativo más acucioso, lo cual deja instalada la sospecha de que el sacrificio que suponen esta clase de leyes para la garantía de tipicidad es atribuible principalmente al propio Poder Legislativo” (p. 73); y sigue: “hay algunas materias donde, para legislar bien, se requieren muchas ‘horas de estudio, paciencia y buen criterio’ (cit. Ortiz, 2013a, p. 159), los

⁴ La cita completa es la siguiente, en el original transcrito por VAN WEEZEL, p. 63, nota 25: “Vague laws invite arbitrary power. Before the Revolution, the crime of treason in English law was so capaciously construed that the mere expression of disfavored opinions could invite transportation or death. The founders cited the crown’s abuse of ‘pretended’ crimes like this as one of their reasons for revolution. See Declaration of Independence ¶21. Today’s vague laws may not be as invidious, but they can invite the exercise of arbitrary power all the same—by leaving the people in the dark about what the law demands and allowing prosecutors and courts to make it up.” (texto íntegro disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/584/15-1498/#tab-opinion-3888141>).

mismos ingredientes que hoy se echan en falta en la gestación de no pocas leyes” (p. 73)⁵.

Sigue la contribución de *Guillermo Chahuán y Carlos Sánchez*, “*Irretroactividad de la ley penal desfavorable y derecho penitenciario. Sobre el aumento de las condiciones para acceder a la libertad condicional*” (pp. 75 y ss.). Postulando un criterio material para la identificación de la materia penal –concretamente el grado de injerencia en el derecho fundamental afectado por la pena y reconociendo en las condiciones para acceder a la libertad condicional una incidencia directa en el tiempo mínimo de privación de libertad ambulatoria (p. 96 y ss.)–, los autores afirman la inconstitucionalidad de la aplicación retroactiva del art. 9º del D.L. N° 321, modificado por la Ley N° 21.124 de enero de 2019. El asunto en general, lo sabemos, evoca polémicas todavía muy vivas, acusaciones constitucionales contra ministros de la Corte Suprema y pronunciamientos del Tribunal Constitucional⁶. En todo caso, a los autores no se les escapa que el reconocimiento del estatuto de la libertad condicional como contenido sustancial de la pena permite, a la vez, reconocer burladas las expectativas de impunidad del derecho internacional de los derechos humanos (*cfr.* p. 98).

Y con eso puede ya presentarse una contribución que sirve de contracara de la anterior: en su “*Libertad condicional en casos de graves violaciones a los derechos humanos*” (pp. 127 y ss.), *Myrna Villegas y Nicolás Flores* elaboran una argumentación crítica de las resoluciones de la sala penal de la Corte Suprema (todas de 30 de julio de 2018) en virtud de las cuales se concedió la libertad condicional a condenados por crímenes cometidos durante la más reciente dictadura⁷. Sabido es que parte del debate –al menos formalmente– descansa en la naturaleza de la libertad condicional: ¿*derecho* o *beneficio*? En ese contexto se valen los autores de LOQ y Arévalo, 2013: concretamente, allí donde disuelven la ambigüedad del D.L. N° 321 atribuyendo la calidad de *derecho* a la *solicitud*, pero el carácter de *beneficio* al *output* y su procedimiento, tesis abonada por la (entonces) falta de recurso en lo pertinente. Correctamente, Villegas y Flores advierten que aquella toma de posición es anterior a la consolidación de la práctica de concesión de acciones de amparo por la sala penal de la Corte Suprema (pp. 135-136). En lo

⁵ La Ley N° 21.240 me parece un caso de manual en ese sentido: ¿no podían acaso emplearse todas aquellas muchas horas legislativas para definir con precisión las conductas cuya comisión gatilla responsabilidad *ex art.* 318 CP, cuanto más teniendo ya en vista el fenómeno de la pandemia?

⁶ Cfr. TC rol N° 6985-2019.

⁷ Más acotadamente y hacia el final (pp. 144 y ss.), la contribución aborda también críticamente la sentencia del TC (rol N° 6985-2019) que acogió el requerimiento de inaplicabilidad de un condenado que se vería afectado por la entrada en vigencia de la ya aludida Ley N° 21.124.

demás, Villegas y Flores argumentan desde el marco ofrecido por el estatuto interamericano de derechos humanos, apoyándose también en una noción retributiva de la pena. Esto último no les impide augurar el advenimiento de penas de contenido reparatorio-reconciliatorio para delincuencia de intensidad media (p. 143), aquí también con apoyo en los auspicios de nuestro homenajeado en LOQ, 2012 (*cf.* nota 45 en p. 143).

“*Desigualdades en la pena de multa*” es el título de la contribución de *Andrea Pinto* (p. 103 y ss.), centrada en el inadecuado modelo de determinación de la multa en Chile, agravado por su régimen de sustitución (atenuado –pero no superado– por la Ley N° 20.587 de 2012). Ya el solo título deja adivinar la sintonía del trabajo con los planteamientos de Luis Ortiz (*cf.* LOQ y Arévalo, p. 246 y ss.). Así lo hace explícito la autora, por cierto, abogando por un *sistema de días-multa*, entre otras consideraciones de interés. En cuanto a nuestro homenajeado, vale la pena releer aquellas páginas en las que, mientras por un lado nos recuerda que ya Montesquieu abogaba por un sistema de determinación adecuado a la capacidad económica del condenado, por el otro hace ver que la desigualdad (discriminatoria) se ve “redoblada en países como el nuestro, con profundas diferencias económicas y sociales” (LOQ y Arévalo, p. 247), no sin advertir sobre las deficiencias del sistema actual a la luz de los fines de la pena (o mejor, en el plano de la justicia retributiva).

Una incisiva reflexión sobre los Consejos de Guerra y el pusilánime rol de la Corte Suprema durante la dictadura nos ofrece *Francisco Bustos* en su “*Los Consejos de Guerra de la dictadura militar y su anulación: consecuencias jurídicas criminales y civiles*” (pp. 149 y ss.). Asoma allí el conocido compromiso de Luis Ortiz Quiroga –aquel “sin estridencias en los tiempos realmente difíciles” (Hernández, p. 878)– primero como abogado defensor ante dichos consejos y luego como académico. En palabras que Bustos recoge de LOQ, 2103b, se reprochan las consecuencias de la declaración de incompetencia de la Corte Suprema para conocer de lo resuelto por los Consejos de Guerra (SCS Rol 7633-1974 de 21 de agosto de 1974): “una *claudicación clamorosa* de quienes representaban a la justicia, ‘dejando en la más absoluta indefensión a quienes clamaban frente a los crímenes cometidos’⁸” (p. 155). En lo demás, Bustos concluye que hay todavía deudas pendientes del Estado de Chile en esta materia –en justicia, verdad y reparación– con potencial compromiso de responsabilidad internacional (p. 172).

⁸ Citado por BUSTOS DE ORTIZ, Luis (2013). “La justicia en Chile durante la dictadura de Pinochet”, en Ana KIRZNER (ed.), *Homenaje a Reynaldo Peters autor del monumento jurídico Hábeas Corpus en papel higiénico*, tomo I, La Paz: Creativa, pp. 599-612, p. 599.

Gabriel Zaliasnik –discípulo del homenajeado– obsequia a su maestro con una suerte de oasis: su “*Shakespeare y el exilio en La Tempestad*” (pp. 178 y ss.). Se lee allí sobre el exilio en el período isabelino (*banishment*) y sobre la multiforme e impredecible *psicología del exilio* en ese genial *inventor de lo humano*. Lo cierto es que el *exilio interior* de Próspero en el ducado de Milán –¿un alejamiento del *mundanal ruido*?– parece tentar a espíritus ocupados, como lo son el propio Zaliasnik y como lo ha sido toda su vida nuestro homenajeado. Debo acotar que el propio Luis Ortiz lo confiesa en unas notas íntimas que nos entrega por mano de Javier Arévalo, hacia el final de su semblanza (p. 13). No seré yo quien les quite a Uds. el gusto de descubrir su contenido.

–.–

Cap. III

Presupuestos generales de la responsabilidad jurídico-penal

LOQ (1962): “La legítima defensa putativa”, *Revista Chilena de Ciencia Penitenciaria y de Derecho Penal*, vol. XV, N° 9, pp. 25-37.

LOQ (1965a): “Algunas consideraciones sobre la teoría de la acción finalista (primera parte)”, *Revista de Ciencias Penales*, vol. 24, N° 2, pp. 3-25.

LOQ (1965b): “Algunas consideraciones sobre la teoría de la acción finalista (segunda parte)”, *Revista de Ciencias Penales*, vol. 24, N° 2, pp. 101-120.

LOQ (2010): “Dolo y conciencia del injusto en la ley penal chilena”, en Miguel Schweitzer (coord.), *Nullum crimen, nulla poena sine lege: homenaje a grandes penalistas chilenos* (Santiago, Editoriales Universidad Finis Terrae), pp. 279-294.

LOQ (2016): “Desistimiento de la tentativa y codelinuencia”, en Claudia Cárdenas y Jorge Ferdman (coords.), *El derecho penal como teoría y como práctica. Libro en homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy* (Santiago de Chile, Thomson Reuters), pp. 381-409.

Ocho contribuciones completan este capítulo, dedicadas a distintos aspectos de la teoría del delito, *lato sensu*. Por lo que toca a las contribuciones del homenajeado, destacan conexiones con la teoría de la acción final y el error de prohibición, entre otras.

A la dogmática profunda nos conduce *Urs Kindhäuser* con su lectura prefina- lista de la teoría del tipo de Ernst Beling en “*La teoría del tipo de Ernst Beling. Un intento de reconstrucción*” (pp. 195 y ss.). Se trata de una reconstrucción que busca liberar al “padre de la doctrina del tipo” de las caricaturas welzelianas. Resuena así un Beling casi *bindinguiano*. Más aún: por momentos el despojo de los sesgos finalistas parece compensarse con un recubrimiento de la semántica filosófica del propio Kindhäuser (pero ¿cómo reprochar aquello? ¿Puede acaso leerse un texto sin el contexto del propio intérprete y sin una traducción en el

lenguaje al uso?). Lo cierto es que para Beling habría poco o nulo espacio para ontologías o estructuras empíricas precondicionantes. El objeto se constituye institucionalmente y por reglas del Derecho: “tal como no puede haber un ‘mate’ sin las reglas del ajedrez” (p. 198), en las claras palabras de Kindhäuser. El formalismo de Beling, “siempre palpable”, nos dice el autor, no supone un “vacuo positivismo legalista” (p. 209). De allí que, de un lado, pueda Beling advertir lagunas de punibilidad, pero del otro —como von Liszt— “[entender] la legalidad formal, ante todo, como una protección de la libertad individual frente a la arbitrariedad estatal” (p. 209).

El “giro lingüístico” —como base metodológica— alimenta también la contribución de Guillermo Silva, “*Dolo, valoración y la teoría final de la acción*” (pp. 211 y ss.). Ocupándose de conocidas preocupaciones de nuestro homenajeado (ya desde LOQ, 1965a/b), Silva ofrece una crítica a la transposición welzeliana de la *teoría de la acción en teoría del delito*. El autor defiende así una más cómoda posición para el dolo eventual (distinguiendo —de la mano de Searle— entre “intención en la acción” e “intención previa a la acción”), a la vez que una autonomía del “metalenguaje” de la dogmática penal en la elaboración de criterios de imputación, como esfera lingüística separada del “lenguaje-objeto” usado por el legislador (una autonomía para la cual Silva postula la independencia que Welzel reclamara para las estructuras ontológicas, nada menos: así, p. 233). Una muy distinta aproximación ha seguido nuestro homenajeado. Eso explica que —adhiriendo a la noción de *dolus malus* para fines hermenéuticos— Ortiz haya afirmado que “la valoración negativa del dolo para dejarlo como un concepto axiológicamente neutro *contraría la realidad viva del lenguaje*” (LOQ, 2010, p. 287; las cursivas son nuestras). Un solo lenguaje, pues. Silva bien conoce esta posición y por eso destina la última sección de su trabajo a criticar aquella asociación entre *dolo* y *malicia*. Honra así el más profundo sentido de un libro homenaje, con fineza.

Como se sabe, hay una relación directa entre el *dolus malus* y la denominada *teoría del dolo* como modelo de solución de los casos de *error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación*. Como era esperable, nuestro homenajeado favoreció a su tiempo aquel modelo de solución (LOQ, 1962; 2010, pp. 289 y ss.). Justamente así lo advierte Iñigo Ortiz de Urbina en la apertura de su contribución (“*El error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación: argumentos para una consagración legislativa*”, pp. 237 y ss.). No es en todo caso el modelo con el que simpatiza. Tras rechazar los planteamientos de la *teoría de los elementos negativos del tipo*⁹, defiende Ortiz de Urbina la necesidad de introducir una

⁹ Dando luego por sentada la habitual colisión entre normas de mandato y de permiso, contexto en el que se ubica una animada disputa con Mañalich: pp. 245 y ss.

solución legislativa que operativice el objetivo regulatorio que reconoce como justo y dominante: “quien yerra no debe ser castigado a título de dolo, pero debe ser posible sancionarlo por imprudencia cuando el error es reconducible a una infracción del deber de cuidado de su parte” (p. 256). Como sabemos, tal ha sido la solución que se ha favorecido en los más recientes anteproyectos de Código Penal para Chile. Y para volver a nuestro homenajeado, digamos que es precisamente el caso del art. 13 del Anteproyecto de 2015-2016¹⁰, fruto del trabajo de una comisión académica integrada por el Prof. Ortiz (e ignoro si en el seno de la comisión Luis Ortiz *quebró* o no *una espada* por su lectura alternativa del conjunto).

El tratamiento del asunto se prolonga en la contribución de un destacado discípulo del homenajeado: *Jean Pierre Matus*, “*Justificantes putativas*” (p. 265 y ss.), en directo diálogo con las dos contribuciones de su maestro en la materia (LOQ, 1962; LOQ, 2010). Aunque sin adherir a la noción de *dolus malus*, Matus celebra y suscribe lo fundamental de la más reciente toma de posición de Ortiz (LOQ, 2010): a saber, el tratamiento *unitario* para los casos de error de prohibición. Lo hace Matus de la mano de la *Ética Nicomaquea*, por un lado, y por otro, con apoyo en la concreta operatividad de algunas soluciones jurisprudenciales recientes (en materia de desacato y en la conocida SCS de 27 de octubre de 2005), en las que se absolvería sin atención al carácter vencible o invencible de la ignorancia. Reserva en cambio la responsabilidad a título doloso para supuestos de *ignorancia deliberada* o errores groseros, reveladores de manifiesto desinterés, aquí también con apoyo en Aristóteles (y rechazando la pertinencia de propuestas dogmáticas locales): “Ello por cuanto, como enseña el Estagirita, ‘las acciones cuyos principios están en nosotros dependerán de nosotros y serán voluntarias’, lo que atestiguan los legisladores desde la antigua Grecia, ‘pues castigan y penan a los que cometen acciones malas si no ha sido por la fuerza o por una ignorancia de la que no eran causantes [... y] también se castiga a los que ignoran alguna de las cosas que se deben conocer y no son arduas’” (pp. 271-272).

Arranca también de las contribuciones de Luis Ortiz en materia de dolo y acción (LOQ, 1965a/b; LOQ, 2010) el trabajo de *Tatiana Vargas*, “*¿Huevo o gallina? El problema de delimitación del dolo frente al elemento cognitivo de la imputabilidad a propósito del delito de receptación*” (p. 277 y ss.). Partiendo desde el rechazo del

¹⁰ “Art. 13. Error sobre las circunstancias del hecho. No actúa u omite dolosamente quien desconoce una circunstancia exigida por la descripción legal del hecho, así como quien erradamente supone como efectivas las circunstancias exigidas por una causa de exclusión de la ilicitud. / Siendo el error vencible para el hechor, se estará a lo que la ley prevea para la punibilidad y la penalidad del hecho imprudente”.

homenejado a la noción de *dolo neutral*, la autora se deja interrogar por la índole del conocimiento referido a elementos normativos y se pregunta por la situación del dolo de los inimputables. Hacia el cierre sugiere una aproximación holística a esta clase de problemas, con base en “la unidad del comportamiento humano, un todo donde lo interno y lo externo convergen” (p. 293). En lo demás concluye que “el conocimiento sobre un elemento normativo referido a tipos penales no puede ser neutral. En este sentido [tratándose del delito de receptación], no se trata solo de conocer el objeto, sino de comprender su sentido. Podríamos decir que estamos, más bien, ante una exigencia de conciencia de la ilicitud que el legislador precisa, antes que afirmar una excepción a la tesis de la culpabilidad que afectaría al dolo. Tal exigencia se puede comprender por la especial calidad de este delito, que parece incriminar una modalidad de encubrimiento por aprovechamiento” (p. 292).

Con su “*La voluntariedad del desistimiento como ‘ortonomía’ motivacional*” (p. 297 y ss.), Juan Pablo Mañalich –uno de los coordinadores del libro– homenajea a Luis Ortiz entrando en el corazón de un problema cuyo valor teórico y práctico es imposible de subestimar. Tras concordar con el homenajeado en su consideración del *desistimiento* como *condición negativa de punibilidad* (p. 305, con referencia a LOQ, 2016), Mañalich encara frontalmente la pregunta por las condiciones para la imputabilidad del desistimiento. No sigue aquí la posición favorecida por Ortiz –la concepción psicológica (LOQ, 2016, p. 394)–, lo que no significa que adhiera sin más a los modelos normativos o valorativos en uso. Aunque el autor reivindica para sí un *tertium datur*, no nos parece que le reste mérito a la novedad de su tesis el reconocerla como una variante del prisma normativo (la predisposición de la indagación ya lo sugería, por lo demás, al preguntarse por la *imputabilidad* del desistimiento *qua revisión del quebrantamiento de la norma* representado por la tentativa: p. 302). Si es claro que el autor toma distancia respecto de las versiones eticistas y más exigentes de aquella matriz, aunque pueda sugerir lo contrario el recurso a la noción de “ortonomía” (tomada de la teoría de la acción del filósofo australiano Michael Smith). Y es que la imputación de voluntariedad es definida por Mañalich en clave *negativa*, de tal modo que habrá de reputarse voluntario el desistimiento si este “no queda explicado por un motivo incompatible con el reconocimiento positivo de la norma como premisa vinculante” (p. 313). Lo demás es ya el corolario práctico de todo lo anterior: por un lado, una inversión de la carga probatoria (de tal modo que tocará a la acusación derrotar la presunción de voluntariedad acreditando un motivo incompatible con la *ratio* de la norma quebrantada al iniciar la ejecución); del otro, indicadores de falta de voluntariedad, entre los que figuran interesantes supuestos de *coacción jurídica* y de *cambio de delito* (p. 314 y ss.). Se cierra el trabajo con una convincente crítica a

la solución ofrecida por nuestra Corte Suprema en el comentado caso SCS de 21 de agosto de 2019 (rol N° 17835-19)¹¹.

Siguen, en fin, dos contribuciones en materia de teoría de la intervención delictiva.

En “*Revisión crítica del principio de convergencia*” (pp. 321 y ss.), Felipe González A. ofrece una crítica a las nociones de *dolo común* y *acuerdo de voluntades* que han marcado buena parte de la noción de *convergencia* en la discusión nacional. La crítica se acompaña de esquemas de casos, los que resultan de interés, se comparta o no la solución ofrecida por el autor. González busca rescatar en parte la propuesta de Novoa, mas desde el punto de vista de lo que identifica como *teoría analítica del delito*, marcada por contribuciones de Kindhäuser y Mañalich. Destaca especialmente la apertura del autor a la atribución de responsabilidad para el partícipe doloso en un cuasidelito (pp. 337-338).

En fin, en “*La incomunicabilidad en los delitos especiales. Un análisis a la luz de la doctrina chilena*” (pp. 341 y ss.), Claudio Feller y Sebastián Contreras ofrecen una ágil mirada al estado de la cuestión en la doctrina chilena, en lo pertinente. Se suman en definitiva (pp. 360-361) a la creciente doctrina nacional que —distanciándose de la praxis jurisprudencial— reconoce en la *incomunicabilidad* el criterio rector, con el consiguiente vacío de punibilidad para los casos de delitos especiales propios. Se comprende entonces que los autores lamenten el vuelco de Enrique Cury —maestro del primero de los autores— en las últimas ediciones de su *Derecho Penal*. En lo demás, los autores llaman la atención sobre el escaso tratamiento de los problemas de comunicabilidad de los elementos subjetivos especiales del tipo (p. 343), concentrado como está el debate en torno a la (in) comunicabilidad de las calidades personales.

—

Cap. IV

Concursos de delito y determinación de la pena

LOQ y Arévalo, Javier (2013). *Las consecuencias jurídicas del delito* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

¹¹ También persuasivamente crítico de la sentencia, *cfr.* VAN WEEZEL, Alex, “Desistimiento de la tentativa. El caso de quien huye al ser descubierto durante la ejecución del hecho. Comentario a la SCS de 21.08. 2019, en causa rol N° 17835-2019”, en CÁRDENAS, C.; GUZMÁN, J. L. y VARGAS, T.: *XVI Jornadas Chilenas de Derecho Penal y Ciencias Penales. En homenaje a sus fundadores* (Tirant lo Blanch, en prensa).

En este capítulo reverbera luminoso el citado libro del homenajeado y de Javier Arévalo, ya en apoyo de sus planteamientos, ya para su refutación. En todo caso, el siguiente pasaje de aquel libro –muy apropiadamente seleccionada por Lautaro Contreras para explicar la inspiración de su trabajo– captura perfectamente el espíritu de las contribuciones incluidas en este muy denso capítulo IV¹²:

“No siempre se han asignado a los problemas vinculados a la pena la importancia que merecen, tanto por cuanto ésta constituye la consecuencia jurídica del delito, sino también y con mayor razón, por cuanto la determinación e imposición de la pena es la que va a afectar de manera directa e inmediata a los ciudadanos” (LOQ y Arévalo, 2013, p. 262).

En “*Unidad de hecho y unidad de resultado antijurídico como supuestos del concurso ideal de delitos*” (pp. 367 y ss.), Luis Emilio Rojas propone una reinterpretación del art. 75 CP. “Según esta relectura, la unidad de hecho es solamente un caso del concurso ideal, junto al cual la regla contempla otro supuesto de tal clase de concurso. Se trata del concurso ideal fundado en la *unidad de resultado antijurídico* [como unidad en la realización de una consecuencia fáctica, esto es, aquella que funge como sustrato del resultado antijurídico: pp. 384-385]. En pocas palabras, unidad de hecho y unidad de resultado constituyen dos supuestos diversos del concurso *ideal* de delitos. Lo anterior implica sostener que el así llamado ‘concurso medial’ [...] *no es* un caso de concurso real, sino que es un supuesto de [genuino] concurso *ideal*” (p. 369). A ese resultado llega Rojas primero con apoyo en el trabajo de Klug (1956) –del que aprende que el concurso ideal supone un concurso de delitos en *campo de interferencia* o solapamiento parcial de injustos– y luego haciendo ver que para la correcta lectura del art. 75 han de ponerse simultáneamente en juego dos principios rectores complementarios (*quot delicta, tot poenae / non bis in idem*: pp. 374-375), de tal modo que la solución se ajuste como un guante al conjunto, sin subvaloración ni sobrevaloración (honrando así el *campo de interferencia*). Rojas cierra su trabajo advirtiendo algunas consecuencias que se seguirían de su reinterpretación del art. 75. Merece leerse para detalles (con ejemplos ofrecidos por el autor), pero digamos que ellas atañen al *concurso aparente* y a nuestro jurisprudencial *delito-continuado*. En el primer caso, entre otros, porque la lectura de Rojas traería hacia el art. 75 la solución de casos de actos previos, simultáneos y posteriores “copenados” (pp. 389-90); en el segundo, porque “la hipótesis del así llamado

¹² Al que bien podría sumarse una contribución de Laura Mayer y Luis Rodríguez dedicada a las agravantes de alevosía, no sin buen criterio ubicada en el capítulo sobre los delitos contra la vida (pp. 693 y ss.).

‘delito continuado’ no [sería] más que un supuesto del concurso ideal de delitos por unidad de resultado antijurídico” (p. 390).

Como veremos, el texto de Rojas y el siguiente –de Maldonado– dan para un seminario aparte. Ambos “se van de tesis”, como leerán: el primero con su noción de *unidad de resultado antijurídico* y el segundo con su noción de *realización delictiva*.

Así pues, *Francisco Maldonado* homenajea a Luis Ortiz ofreciendo una propuesta de solución para un problema conocidamente espinudo: la noción de *unidad de hecho en el concurso ideal*. Arranca su contribución (“*Unidad de hecho en el concurso ideal*”, pp. 393 y ss.) valorando los méritos de la posición defendida en la materia por el homenajeado (LOQ y Arévalo, pp. y 349 ss., como se sabe exigiendo conexión necesaria y distinguiendo entre verdadero y falso concurso ideal), para luego tomar ponderada distancia de ella. Una apretada (pero muy informada) reconstrucción histórica –que va desde el derecho romano a Feuerbach– sirve a Maldonado para situar su toma de posición: la recuperación del concepto de “realización delictiva” que, si no lo he entendido mal, conecta mejor con el fundamento valorativo-penológico de la institución (*i. e.*, distinguir entre “rebeldías” e irrupciones puntuales en afrenta al derecho: p. 409). En ello, de paso, se superaría la equívoca interpretación a que habría dado pie la fórmula *qua delicta tot poenae* usada en este campo por Feuerbach (pp. 406-407).

En “*El concurso aparente entre formas de intervención en un hecho punible*” (pp. 421 y ss.), *Nicolás Acevedo* –coordinador del libro y exalumno del homenajeado– se interroga por la auténtica naturaleza concursal entre las formas de intervención en el hecho, procurando ir más allá del lugar común que, como sabemos, afirma concurso aparente. Se interroga así por la naturaleza del concurso aparente (¿genuino concurso o solución hermenéutica?) y por las relaciones lógicas entre formas de intervención en un hecho. Concluye que “la existencia de un genuino concurso [aparente] debe reconocerse entre formas de intervención en distintos tipos de hechos punibles, entre los cuales exista una cierta vinculación de significación delictiva” y que “en tal caso el criterio de solución aplicable, si existe redundancia punitiva, es la consunción” (p. 441).

En “*Sentido de la pena y concreción judicial de la penalidad*” (pp. 447 y ss.), *José Luis Guzmán* defiende el ideal reparador como sentido de la pena. Para hacerlo dibuja primero un cuadro en el que las distintas teorías de la pena se enlazan o explican a partir de las *tres* ideas dominantes de Derecho (una dependencia que la noción de fines de la pena oscurecería): *justicia, seguridad jurídica y utilidad*. Las conocidas antinomias se revelan así irreconciliables, a juicio de Guzmán, también aquellas mixtas, como la teoría del “ámbito de juego” (a la que nuestro homenajeado y Arévalo prestan atención para caracterizar la práctica legislativa

chilena: *cfr.* LOQ y Arévalo, 2013, p. 275). No sin manejo del suspenso, deja entonces caer Guzmán la carta que tenía guardada: una cuarta idea posible de Derecho y, con ella, la idea de *humanidad* y su correlativo personal: la *dignidad*. Pero no se trata de una idea de humanidad *in abstracto* –que llevaría a una retribución tan aristocrática como sin sentido (y aquí Guzmán hace explícita la insuficiencia del planteamiento de su maestro, Rivacoba y Rivacoba)–, sino una humanidad *in concreto*, captada en un plano relacional, comunitario: la idea de *fraternidad*, en definitiva (pp. 465 y ss.). ¿Y qué sentido de la pena se aviene a esa idea de Derecho? La respuesta fue ya anticipada, pero ahora es posible cerrar el círculo, con una precisión. No se trata para Guzmán de una reductiva reparación cuantitativa (al uso hoy en los modernos sistemas de proceso penal), sino de “remediar el daño causado por el delito o las consecuencias nocivas directamente ligadas a él, sea mediante una recompensación directa, sea subsanándolo mediante una prestación substitutiva o conducta simbólicas” (pp. 466 y 467). La *pena natural*, entre otras mitigantes o excluyentes de la retribución, serían expresiones de esta noción de reparación, pero sobre el punto promete volver Guzmán en una próxima publicación¹³.

Guillermo Oliver obsequia al homenajeado con una contribución muy especial: el valor de la compañía. Y es que en “*Sobre la forma correcta de aumentar las penas compuestas por dos o más grados*” (pp. 471 y ss.) Oliver articula una defensa de la posición que en esta materia han sostenido Ortiz y Arévalo de modo (hasta ahora...) casi solitario en doctrina (LOQ y Arévalo, 2013, p. 292): es decir, el aumento ha de realizarse solo sobre el grado superior y no sobre cada grado. El aumento *no* ha, pues, de hacerse “en bloque”, como se suele decir. Oliver se sitúa en los casos de aumento *ex art.* 351 CPP y en los casos de concurrencia de agravantes de efecto extraordinario, no sin luego ofrecer una refutación para los tres argumentos que la posición dominante en doctrina ha utilizado (pp. 481 y ss.). En fin, algo que *sorprende y no sorprende* es la constatación de la persistente disparidad jurisprudencial: no con *dos* soluciones en disputa, ¡sino con *tres!* (concretamente un aumento del solo grado inferior), como detalladamente informa Oliver (p. 473).

En “*Las circunstancias atenuantes previstas en el Código Penal chileno fundadas en la conducta del agente posterior al delito*” (pp. 489 y ss.), Carlos Künsemüller emprende un comentario crítico de las tres atenuantes que se dejan agrupar conforme indica el título de su trabajo: concretamente las atenuantes de los números 7, 8 y 9 del art. 11 CP. El comentario se nutre de jurisprudencia y de

¹³ Concretamente en el *Libro Homenaje a Jorge Mera Figueroa*, de próxima publicación (Thomson, 2021).

alguna doctrina tradicional, aprovechando en ese contexto los aportes de nuestro homenajeado (LOQ y Arévalo, 2013).

Lautaro Contreras ofrece una contribución cuyo título lo dice ya todo, y eso está muy bien: “*Determinación judicial de la pena y recurso de nulidad. Aportes críticos desde la óptica del derecho alemán a la postura de la jurisprudencia chilena en la materia*” (p. 513). Se propone allí “responder la pregunta de si la tesis jurisprudencial desarrollada por los tribunales chilenos, según la cual la aplicación de las normas de determinación judicial de la pena [aquellas consideradas ‘discrecionales’] escapa al control que puede ejercerse por la vía del recurso de nulidad, es acertada o no” (p. 515). Explica primero el objeto de comparación –como equivalente funcional alemán de nuestras normas de determinación judicial– para luego dar cuenta de la evolución que el asunto ha seguido en ese derecho: *I. e.*, desde el *no* al *sí* de la revisión de esta esfera por vía casacional. Aunque las conclusiones son muy sintéticas, con base en lo anterior Contreras refuta los dos argumentos que en el derecho chileno se han usado para rechazar el control por vía de nulidad: el carácter completamente *discrecional* del objeto, privativa de los jueces de instancia y su cualidad como mera *cuestión de hecho* (pp. 514 y 533).

—

Cap. V

Derecho penal de adolescentes

LOQ (1999): “La Responsabilidad Penal del Adolescente”, *Revista de Derecho, criminología y ciencias penales*, año 1, N° 1, pp. 233-244.

Las tres contribuciones ubicadas en este capítulo giran en torno a un trabajo quizás menos conocido del homenajeado, pero no por ello menos fecundo, como se podrá apreciar.

En “¿*Perpetran homicidios calificados los adolescentes? Fundamentos psicosociales de una consideración dogmático-penal diferenciada*” (pp. 539 y ss.), *Jaime Couso* aboga por una interpretación restrictiva de las calificantes del homicidio en nuestro derecho, con especial referencia al caso de los adolescentes. El fundamento normativo de su planteamiento –*i. e.*, reconocer calificantes solo allí donde se aprecien notas típicas de una violencia instrumental o depredadora– se apoya en explicaciones psicoevolutivas y psicosociales de la violencia de los adolescentes (donde destacan las necesidades de afirmación de identidad en contextos de peligro personal). Y es en este plano que funda el autor su reconocimiento al homenajeado. En palabras de Couso: “esta preocupación por atender a las explicaciones de contexto aportadas por las disciplinas extrajurídicas, a la hora de calificar y enjuiciar con justicia la violencia criminal protagonizada por

los adolescentes, es posible rastrearla ya tempranamente en la obra de nuestro homenajeado” (p. 540, con referencia a LOQ, 1999).

En la misma dirección, y también apoyándose en el llamado del homenajeado a atender a los “saberes criminológicos existentes sobre la materia” (p. 563 con referencia a LOQ, 1999), indaga *Álvaro Castro* en su “*Hallazgos de la neurociencia sobre la maduración del cerebro de los adolescentes: repercusiones para el derecho penal juvenil*” (pp. 563 y ss.). La apertura es elocuente: “Una política criminal basada en la evidencia debiera recoger los hallazgos de la neurociencia y animar a los legisladores latinoamericanos a discutir, entre otros, la aplicación de la justicia de adolescentes a jóvenes adultos de veintiún años” (p. 564). La primera parte del trabajo se dedica al objeto de estudio empírico, mientras que la segunda a las consecuencias que de aquellos estudios se siguen para el derecho penal de adolescentes. Así, Castro informa primero sobre las particularidades del cerebro adolescente, marcado por su desarrollo progresivo en tres fases “con transiciones suaves: *La madurez física* del cerebro se alcanza normalmente al final de la pubertad a la edad de 12 o 13 años. *La madurez intelectual* (por ejemplo, los procesos básicos de pensamiento lógico-operativo) se desarrolla normalmente hasta los 18 años. Finalmente, *la madurez de las funciones ejecutivas*, vinculada a los procesos cognitivos superiores, es decir, los responsables de la planificación y organización anticipada del comportamiento y el control de las emociones se desarrollarían cerca de los veinticinco años” (pp. 570-571). Así, concluye que “la maduración tardía de las funciones ejecutivas dejaría un período importante en la vida de los jóvenes donde las conductas temerarias no tendrían contrapesos suficientes que permitan una adecuada inhibición” (p. 571). Se pasa así al tratamiento del impacto de estas evidencias, destacando dos centrales en derecho comparado: la sustitución de la pena de muerte de jóvenes infractores en Estados Unidos (*Roper vs. Simmons*); y el movimiento europeo que propugna la inclusión de jóvenes adultos en el derecho penal juvenil. Castro concluye con una serie de propuestas de política pública, penitenciaria y judicial: superar la discusión sobre la baja de edad de imputabilidad que, contra toda evidencia, se ha instalado en nuestra región; revisar el traslado a dependencias de Gendarmería de los jóvenes condenados a régimen cerrado que cumplen la mayoría de edad; y, en fin, modificar la sensibilidad decisoria en materia de sustitución, quebrantamiento o remisión de la sanción penal juvenil (pp. 579-581).

En “*Reparación en el derecho penal adolescente. Posibilidades y desafíos para el derecho chileno*” (pp. 585 y ss.), *Juan Pablo Castillo* ofrece un ángulo de la “revolución dulce” que ha supuesto la *justicia penal restaurativa*. Es, de paso, un tributo delicadísimo al homenajeado, a quien se reconoce por su mirada interdisciplinaria (también aquí con referencia a LOQ, 1999: *cf.* especialmente Castillo, pp. 603 y ss.). Tras bosquejar las líneas matrices del *redescubrimiento*

de la víctima y el impacto de la idea de reparación en las teorías del delito y de la pena, Castillo se detiene en las luces y sombras de la dimensión reparativa en nuestro sistema de responsabilidad penal de adolescente (p. 595 y ss.). Concluye tendiendo un puente entre su propia visión metodológica –la insuficiencia de la sola dogmática y la necesidad de un diálogo interdisciplinario horizontal (p. 605)– y la del homenajeado, cuya longitud de onda retrata Castillo con las siguientes palabras, casi al cierre de su contribución: “De ahí su insistencia en corregir el papel distorsivo que desempeñan los medios de comunicación de masas, ocupados permanentemente en fomentar un modelo social basado en una discutible idea del ‘éxito’, que privilegia ‘la ostentación, la riqueza y el poder como objetivo básico de la vida (...)’, todo lo cual funge de eficiente catalizador de la frustración del joven pobre” (p. 605, con cita a LOQ, 1999, p. 236 y ss. en el pasaje entre comillas simples [‘ ’]).

–.–

Cap. VI

Delitos contra la vida

LOQ (2007).: “Algunas consideraciones sobre la eutanasia”, *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, N° 9, pp. 11-21.

Un trabajo de Luis Ortiz en materia de eutanasia concentra la atención de tres de las cuatro contribuciones que completan este capítulo.

En “*El ‘derecho a morir con dignidad’ y su base axiológica: relevancia y combinación de los principios constitucionales de autonomía e igualdad sustancial en el ‘caso Cappato’*” (pp. 613 y ss.), *Andrea Perin* ofrece una balanceada reflexión en torno al debate “de moda” en estos días: por un lado, en diálogo con las posiciones defendidas por nuestro homenajeado (LOQ, 2007, delicadamente retomadas por Perin en pp. 616-617) y, por el otro, a partir de dos pronunciamientos recientes de la Corte Constitucional italiana (*Ordinanza* 207/2018 y *Sentenza* 242/2019). En esos pronunciamientos la Corte procura balancear, por un lado, el sentido de la criminalización del *auxilio al suicidio* (no inconstitucional en cuanto funcional a la protección de personas débiles o vulnerables, en correspondencia con un “paternalismo suave”: *cf.* pp. 625 y 631) y, por el otro, el *derecho de autodeterminación terapéutica* para determinados casos particulares (donde concurren una libertad clara con presupuestos de patología irreversible, sufrimientos intolerables y soporte vital mediante tratamientos: pp. 625-626). En la contribución de Perin late fuerte la siguiente pregunta: “¿Por qué sería menos aceptable el suicidio cometido por medio de una pastilla proporcionada por el médico, que aquel realizado a través de la interrupción de la alimentación

o la respiración artificial?” (p. 628, con cita a Pulitanò, 2018). Bien se capta que la respuesta parece implicar la disolución de la barrera que separa eutanasia activa y pasiva, a la luz del derecho de autodeterminación terapéutica, algo que el comentado caso Cappato planteó, precisamente porque la pretensión del auxiliado no habría sido tanto la de ser ayudado a *morir* (algo que la ley italiana 219/2017 podía entonces asegurar, mediante la interrupción de tratamiento y la sedación paliativa) como la de ser ayudado a *morir rápido* (pp. 624-625). Dejemos en todo caso que sea Perin quien ofrezca las conclusiones, con su propio bosquejo de propuesta político-criminal: se trata “de conjugar, por un lado, la necesidad de proveer una protección solidaria capaz de evitar que ‘se genere una segunda clase de ciudadanos y sujetos débiles’¹⁴ y, por otro, la de garantizar la expresión inmediata del principio de autonomía en el marco de la relación médico-paciente, esto es, la autodeterminación terapéutica y el ‘derecho a vivir todas las etapas de nuestra vida sin ser sometidos a tratamientos en contra de nuestra voluntad’. Dicho objetivo podría cumplirse a través de la introducción del delito de inducción al suicidio, allí donde no esté tipificado, y regulando el suicidio asistido y la eutanasia de tal manera que se garantice un serio escrutinio sobre la voluntad del paciente. Además, la objeción de conciencia del profesional debería ser previa y estrictamente individual, y regulada de tal forma que no pueda convertirse en un instrumento para sabotear el derecho a morir sin sufrimientos innecesarios” (pp. 632-633).

En “*Autonomía, derecho a la vida y eutanasia: el caso de la eutanasia neonatal*” (p. 639 y ss.), Javier Contesse propone responder a la siguiente pregunta: “¿Es posible, y con arreglo a qué criterios, justificar moral y jurídicamente la producción o el no-impedimento de la muerte de un neonato que [‘presenta afectaciones físicas o psíquicas de tal gravedad que resulta razonable estimar que mantenerlo con vida no va en en su propio interés’¹⁵]? En particular: ¿excluye una concepción de la eutanasia fundada en el principio de autonomía del paciente la autorización de este tipo de conductas por el hecho de no ser susceptibles de ser consentidas por sus destinatarios?” (p. 650). A juicio del autor, una respuesta a tal pregunta está necesitada de un cambio o superación de los ejes en los que la discusión sobre la eutanasia se ha ido instalando en nuestro medio (ejes en parte cimentados por la contribución de nuestro homenajeado [LOQ, 2007], como detalladamente

¹⁴ “Y que la eutanasia se convierta en la ‘muerte de los pobres que no pueden acceder al cuidado médico’ Razzano (2019), p. 5”: Perin, p. 632, nota a pie 57.

¹⁵ No se me escapa que la pregunta así formulada arriesga una *petición de principio*, pero he preferido reproducirla en sus propios términos. La edición entre corchetes no traiciona por tanto el texto original, pues su contenido se toma del pasaje precedente a la pregunta (concretamente en Contesse, p. 649).

expone Contesse: pp. 640 y ss.). Ya no entonces –en opinión de Contesse– la sola contraposición entre *derecho a la vida y autonomía del paciente* (o *derecho a una muerte digna*) que, entre otras consecuencias, deja los supuestos de *eutanasia neonatal* en un inequívoco escenario de criminalización (criminalización sobre la cual el homenajeado no tiene dudas, como el propio Contesse destaca: *cfr.* p. 641, con referencia a LOQ, 2007, p. 14). Emerge así la noción de *interés en la supervivencia* (p. 655), central para el cometido argumentativo del autor, en cuanto deja en sordina al derecho a la vida (o lo reconfigura). Con base en esta noción de *interés en la supervivencia*, Contesse se propone entonces “desmentir la tesis según la cual, precisamente por su carácter no-consentido, la eutanasia neonatal no sería más que una forma de eugenesia encubierta” (p. 659). El lector sabrá ponderar el valor de la argumentación en su mérito, pero por razones de espacio salto a las conclusiones más inmediatas: “si no es posible adscribir al neonato [que se encuentre en las condiciones arriba indicadas] siquiera un interés en su propia supervivencia, entonces la justificación de una decisión en contra de su vida tendría que resultar *aún menos* problemática: encontrándose el neonato en una situación en la que su subsistencia compromete su interés en su propio bienestar, no habrá razones más allá de consideraciones puramente prudenciales para mantenerlo con vida” (pp. 660-661). Y luego: “la conducta consistente en producir o en no-impedir [la] muerte [del neonato que se encuentre en las condiciones arriba indicadas] no constituye una afectación de[l] derecho [a la vida], si la misma sirve a la realización de su interés en su bienestar físico cuando este es circunstancialmente preponderante frente al interés en su supervivencia” (p. 661).

Un claro contrapunto al planteamiento anterior lo ofrece *Magdalena Ossandón* en “*Despenalización de la eutanasia y derecho a no sufrir*” (pp. 665 y ss.). Allí se detiene la autora en cada una de las aristas problemáticas del debate, hasta la cruda realidad de la eutanasia neonatal practicada en Holanda, conforme al “protocolo de Gröningen”. Lúcido aguijón para el recorrido de Ossandón es la pregunta por las posibilidades y límites de la *autonomía*: y es que si existe tal cosa como un *derecho a morir*, ¿por qué entonces su limitación (dominante en derecho comparado) a los solos casos de pacientes terminales o a condiciones de dolor extremo? (p. 671). La respuesta pone a la autora en condiciones de ir hasta los fundamentos del tabú: emerge así la noción de la vida como *derecho-valor* (p. 675). El cierre de Ossandón nos recuerda la advertencia de Arthur Kaufmann: “toda relativización de la vida humana en relación con su valor es un salto al vacío” (p. 687, con cita a Kaufmann, 1987).

En fin, en “*Alevosía genérica y alevosía específica*” (p. 693 y ss.), *Luis Rodríguez* y *Laura Mayer* se hacen cargo –sistemática y detalladamente– del caótico sobrepoblamiento de circunstancias agravantes de alevosía (o preliminarmente

asociables al actuar alevoso) que ha introducido el legislador chileno, dentro y fuera del catálogo de delitos contra las personas. Entran por cierto en el detalle de las diversas circunstancias (genéricas y específicas, como indica el título de la contribución), pero lo hacen no sin ofrecer primero una “parte general”, en la que revisan el sentido, alcance, naturaleza y fundamentos de la *alevosía* como entidad agravatoria. No es posible sintetizar los contenidos de la contribución en pocas líneas, pero puede adelantarse una conclusión general: las muchas reiteraciones y sobreposiciones (como las que se verifican entre los arts. 456 bis N° 1 [...] y el 12 N° 12; o entre los arts. 456 bis N° 2 y 12 N° 16, por mencionar algunas: *cfr.* pp. 716-717) han de poner en guardia al intérprete para no vulnerar el *non bis in idem*.

—.—

Cap. VII

Derecho penal económico

LOQ (2003): “Delincuencia económica”, en AA. VV.: *Problemas Actuales de Derecho Penal*, Temuco (Universidad Católica de Temuco), pp. 192-226.

Un trabajo dedicado al estatus penal de la persona jurídica y otro dedicado a la nueva figura de administración desleal abren el capítulo dedicado a una materia en la que el homenajeado ha tenido impacto teórico y práctico.

En “*La persona jurídica como un nuevo partícipe en el delito económico*” (p. 723 y ss.), Miguel Schurmann traza una relación entre la teoría del delito —concretamente aquella dedicada a la teoría de la participación— y la responsabilidad de las personas jurídicas conforme al modelo de la Ley N° 20.393. Rechazando que la persona jurídica sea llamada a responder por un injusto autónomo o propio (pp. 737-738), afirma el autor que semejante atribución de responsabilidad obedece a la estructura de una regla de imputación de intervención delictiva (p. 739), confirmando el carácter accesorio de aquella responsabilidad (como por lo demás parece desprenderse naturalmente del tenor de la ley). Hay referencias puntuales a LOQ, 2003, fundamentalmente para resaltar el valor del esfuerzo dogmático de conexión entre los nuevos desafíos político criminales (en el campo del derecho penal económico, en este caso) y la más tradicional teoría del delito (pp. 723, 724 y 744).

En “*La pérdida de una oportunidad: ¿perjuicio típico en el delito de administración desleal del Código Penal chileno?*” (pp. 749 y ss.), Jorge Gálvez discute un problema del mayor interés práctico: se interroga por la cobertura bajo el tipo de *administración desleal* del art. 470 N° 11 CP de supuestos de *pérdida de oportunidad* de mayores ganancias o mejores negocios (como el propuesto por

el notorio y reciente “caso Prolesur”). Gálvez hace ver que tanto la tradicional concepción chilena del *perjuicio patrimonial* –caracterizado como “real y efectivo”– como la técnica penológica del art. 470 (referido a los tramos de perjuicio del art. 467 CP, como se sabe) favorecerían una respuesta negativa a tal pregunta. No es sin embargo la solución que el autor favorece: a su juicio, no es el nuevo tipo de administración desleal el que debe ajustarse a las nociones tradicionales de patrimonio (estáticas), sino, a la inversa, es el concepto de patrimonio (dinámico) el que debe reelaborarse inductivamente a partir del giro radical que supuso para esta categoría de delitos la incorporación de una figura semejante (p. 769). Llega así a concluir que “la solución correcta consiste en afirmar que en los casos en los cuales existe una severa infracción al deber de fidelidad expresada en la negativa activa u omisiva a obtener un incremento patrimonial inminente, y que tenga muy elevadas posibilidades de concretarse sin implicar un esfuerzo relevante del administrador, y con bajo o nulo riesgo para el patrimonio administrado, puede no solo estimarse concurrente el comportamiento típico, sino también su resultado consistente en un *perjuicio*” (p. 771); lo anterior, en todo caso, a condición de que el incremento desaprovechado sea cuantificable con un alto grado de certeza (p. 772).

Completan el capítulo tres contribuciones dedicadas al nuevo delito de cohecho entre particulares, lo que obligará luego a confrontarlas con detalle, aunque ya se advierten discrepancias.

En “*La protección penal accesoria de la competencia a propósito de los delitos de colusión y corrupción entre particulares*” (pp. 775 y ss.), Osvaldo Artaza y Luciano Rojas dialogan con LOQ, 2003, de tal modo que aquel texto del homenajeado hace las veces de “parte general” para la “parte especial” ofrecida aquí; concretamente para dos órdenes de figuras: *colusión* (art. 62 D.L. N° 211) y *corrupción entre particulares* (arts. 287 bis y 287 ter CP). En cada caso el tratamiento se detiene en (i) los bienes jurídicos y su estrategia de protección; (ii) la técnica legislativa y sus dificultades y (iii) algunos problemas interpretativos de aquellas figuras. Tras dar por bueno que el derecho penal económico lidia con bienes jurídicos supraindividuales de tipo institucional y que su estrategia de protección supone normalmente formas de peligro abstracto (pp. 778-779), se ocupan de cada figura en ese plano, contexto en el que vale la pena mencionar que toman posición por la tesis de la *competencia desleal* como sentido de injusto de nuestro cohecho entre particulares. En cuanto a la técnica legislativa de tipificación, siguen al homenajeado en su preocupación por la usual *indeterminación de los tipos penales* en el campo económico (por el recurso a *cláusulas generales*, a *leyes penales en blanco* o a *elementos normativos*) (pp. 785 y ss.), haciendo ver que solo tomándose en serio la idea de *accesoriedad* es posible superar parcialmente esa indeterminación (pp. 788 y s.). Por último, demuestran los puntos anteriores ofreciendo soluciones

para algunos problemas interpretativos, en cada caso: a propósito de la noción de *acuerdo*, en el marco de la figura colusión (p. 790); mientras que para el caso de corrupción de particulares ofrecen una serie de supuestos problemáticos: la situación de los gastos de promoción y hospitalidad; supuestos de solicitud de beneficio “en forma general, esto es, para todos los competidores” (atípicos, en su opinión: p. 793) y, en fin, supuestos de pagos (*ex post* adjudicación) por parte del competidor demostradamente más competitivo, de tal modo que la adjudicación del negocio habría procedido a su favor igualmente (supuesto típico, en su opinión, aunque no sin un rodeo argumentativo: pp. 794-795).

En “*El cohecho entre particulares y la incidencia del empleador en su comisión*” (pp. 801 y ss.), *Rodrigo Aldoney* encara la pregunta por el interés protegido por las ya aludidas nuevas figuras de cohecho entre particulares. Más concretamente y mirado desde el punto de vista de los deberes cuya infracción resultaría típica: “¿deberes *ad intra*, respecto del empleador o mandante, o [...] deberes *ad extra*, respecto de los demás oferentes a los cuales no pretende favorecer?” (p. 802). Se comprende que, si se trata de lo primero, debería considerarse atípico el *cohecho al descubierto, I. e.*, aquel en el que incurre el empleado o mandatario que solicita o acepta un beneficio con el consentimiento del empleador o mandante (*cf.* pp. 802-803), pues “la propia víctima no puede ser autora del delito en su contra” (p. 802). Se trata precisamente del esquema de caso que utiliza Aldoney para calibrar su respuesta, no sin tomar nota de que la ausencia del *empleador* como sujeto activo del cohecho pasivo (art. 287 bis) genera preliminarmente márgenes de ambigüedad. Honrando la idea de accesoriedad o “dependencia sistemática” (p. 804) que caracteriza al derecho penal económico –como conacidamente ha insistido el homenajado (LOQ, 2003, pp. 198 y ss.)–, Aldoney explora el problema en distintos planos, preguntándose por el sentido del injusto, así como por la incidencia de la Ley N° 20.393 en la solución del asunto. Concluye al fin que “la deslealtad del empleado con respecto a su empleador es irrelevante para el competidor, [pues] lo único determinante para él es no poder competir en igualdad de condiciones por desigualdad de instrumentos [...]. En definitiva, [...] la afectación de la competencia leal radica necesariamente en el engaño que experimentan los competidores que, desconociendo la existencia de un pacto de injusto, creen que todos están compitiendo con las mismas armas, engaño que fundamenta por igual el cohecho que se oculta al empleado y el cohecho al descubierto” (p. 824).

Se dedica también al objeto anterior “¿*Qué se protege en el delito de corrupción entre particulares?*” (pp. 827 y ss.), de *Rafael Collado*, discípulo del homenajado y también coordinador del libro. Critica el autor la indeterminación de los nuevos tipos penales (arts. 287 bis y 287 ter CP) y propone salvarla adscribiendo las figuras a la tutela de la *libre competencia* como ámbito distinto (de corte

supraindividual) de la todavía patrimonialmente comprometida *competencia desleal*. La primera protege la *competencia* y no a los *competidores*, indica Collado. Operativamente, el resultado de tal adscripción teleológica es la limitación del tipo a solo dos órdenes de casos (*cfr.* pp. 846-847): (i) allí donde aparezca comprometida una empresa con posición dominante en el mercado (y que abuse de ella mediante el cohecho, se comprende); y (ii) allí donde el hecho ocurra en el marco de un proceso formal de licitación (en cuanto constituiría en sí mismo un contexto de dominio, dado el “cierre de mercado” que supone la licitación misma). La propuesta –que contrasta por de pronto con la lectura amplia auspiciada en el primer comentario a dichas disposiciones¹⁶– será ciertamente objeto de discusión.

—.—

Cap. VIII *Delitos tributarios*

LOQ (2007). “Recensión: Van Weezel, Alex, Delitos tributarios”, *Política Criminal*, vol. 4, pp. 1-5.

LOQ (2008). “Sobre el perjuicio en el delito tributario”, en Luis Rodríguez (coord.), *Delito, pena y proceso. Libro Homenaje a la memoria del Profesor Tito Solari Peralta*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), pp. 481-494.

Al menos tres de las cuatro interesantes contribuciones del capítulo giran en torno a LOQ, 2008, las tres distanciándose del “modelo de la estafa” allí favorecido por el homenajeado.

En efecto, en “*El impuesto del delito tributario de declaraciones maliciosamente falsas o incompletas: ¿Delito (especial) de estafa?*” (pp. 853 y ss.), *María Inés Horvitz* homenajea a Luis Ortiz tomando distancia de la tesis del *fraude tributario* (97.4 CT) como figura especial de estafa (requerida de perjuicio, por tanto), que, como sabemos, suscribió Ortiz en su contribución para el LH a Tito Solari (LOQ, 2008). Se concentra la autora en la hipótesis de *declaración maliciosa*, concluyendo que se trata de “un delito especial propio definido por la posición de garante del destinatario de la norma” (p. 868), cual “delito de peligro abstracto contra el patrimonio estatal” (p. 869). Se detiene en lo demás en las particularidades del sistema de recaudación, con el régimen de *autoliquidación* en el centro (p. 866 y ss.), mecanismo que ofrece resistencia estructural

¹⁶ *Cfr.* HERNÁNDEZ, Héctor (2019): “Comentario a los arts. 287 bis y 287 ter CP”, en COUSO, J. y HERNÁNDEZ, H. (dirs.): *Código Penal Comentado. Parte Especial. Libro Segundo. Título VI (Arts. 261 a 341). Doctrina y Jurisprudencia* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 183-196.

a determinadas interpretaciones que la autora critica. Por otra parte, dadas las particularidades del Fisco, Horvitz sostiene que la proyección del peligro atañe aquí al patrimonio en su dimensión dinámico-funcional (no estática), como [potencial] “perturbación de la afectación al fin” (p. 871). Así, y ya en el plano de los fundamentos político-criminales de este tipo de figuras, en opinión de Horvitz se dejan reconocer “las funciones del tributo” o el “sistema tributario” como *objeto de tutela* (p. 872).

En “*Evasión tributaria y estafa*” (pp. 877 y ss.), *Hector Hernández*, como sabemos también discípulo de Luis Ortiz, encuentra igualmente inspiración en las discutidas relaciones entre las figuras de estafa y evasión tributaria (97.4 CT), tempranamente sugeridas por su maestro, primero oralmente y luego por escrito (pp. 877-878). ¿Identidad o parentesco? Ni lo uno ni lo otro, responde geoméricamente Hernández: (i) reconociendo en la evasión tributaria un delito patrimonial (p. 881, descartando la caracterización de su objeto de protección con recurso a “fórmulas abstractas, tan intimidantes como incapaces de brindar orientación mínimamente útil en la interpretación de la ley, como la ‘función tributaria’”, entre otras similares), (ii) rechaza en todo caso que se trate de un tipo especial de estafa, descartando primero la exigencia de perjuicio (punto en el que se detiene en la refutación de la posición de Ortiz) y luego –más decisivo– haciendo ver que la estructural modalidad de interacción entre contribuyentes y administración tributaria (bajo el extendido sistema de *autoliquidación*) obliga a rechazar la tesis de la especialidad, si no se quiere condenar la figura a la inoperancia, volviendo imposible su consumación (pp. 890 y ss.). Cierra su trabajo (iii) rechazando también un parentesco en el plano del engaño, en particular la idea de una exigencia cualificada –ahora ya en polémica con van Weezel, 2007¹⁷– tanto porque no viene a cuento allí donde se prescinde por completo de una exigencia de error, como porque unos supuestos *deberes de autoprotección* no son predicables respecto del Fisco, ubicado como está en el lado débil de la ecuación informativa (una asimetría que en su opinión no logra remontarse ni aún con los modernos medios de detección del hecho gravado: p. 898).

En “*Reflexiones en torno a la pertinencia del tratamiento de los delitos tributarios en el ámbito de la legislación penal chilena*” (pp. 903 y ss.), *Gonzalo Agliati* ofrece un balance de las razones que favorecen la criminalización del ilícito tributario y aquellas que aconsejarían su anclaje en el solo derecho sancionador administrativo. El autor se inclina en definitiva por la primera opción (p. 926). En lo demás, y aunque no es el cometido central del trabajo, simpatiza el autor con la tesis del parentesco estructural entre el art. 97 N° 4 y el fraude por engaño (aquí

¹⁷ VAN WEEZEL, Álex (2007), *Delitos tributarios* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

de Oo. Horvitz, Hernández y Olave), aunque matizadamente (p. 912, rechazando que se trate de una especie de estafa cometida en contra del Estado). En esta y en otras consideraciones relativas a la exigencia de lesión o perjuicio, el autor retoma conocidos planteamientos del homenajeado (pp. 912 y ss.).

En fin, en “*Los delitos tributarios como delitos de peligro abstracto*” (pp. 931 y ss.), *Alejandra Olave* toma también distancia de la lectura de Luis Ortiz en lo pertinente. Con el foco puesto en los incisos 1º y 2º del número 4 y los numerales 5, 10, 22 y 23 del art. 97 CT, la autora rechaza primero el “modelo de la estafa”, lo que la lleva a la vez (p. 938) a tomar distancia de la *tesis patrimonialista* para explicar el sentido de protección de las figuras¹⁸. Hasta allí la parte crítica del trabajo de Olave. La *pars construens* se deja resumir en las siguientes tesis: “los delitos de fraude tributario corresponden a [i] delitos de peligro abstracto [ii] cuyo objeto de protección se corresponde con la institución de la hacienda pública” (p. 947), sin que lo anterior suponga considerarlos como delitos de mera actividad, sino prevalentemente como [iii] delitos de *resultado intrínseco*, categoría de resultado (no *causado*, sino institucionalmente *constituido*) para cuyo reconocimiento la autora se sirve de la distinción analítica entre *acciones* y *actividades* (pp. 948 y ss.). Las páginas finales contienen un ágil recorrido por las distintas figuras (por los distintos verbos rectores) para demostrar en qué medida se trataría de conductas intrínsecamente asociadas a resultados de índole institucional-tributaria.

—.—

Cap. IX *Judicatura y abogacía*

LOQ (1991): “Judicatura y poder público”, *La Época*, Opiniones.

LOQ (2013): “La justicia en Chile durante la dictadura de Pinochet”, en AA. VV., *Homenaje a Reynaldo Peters, autor del monumento jurídico Hábeas Corpus en papel higiénico*, tomo I (La Paz, Creativa), pp. 599-612.

LOQ (2018): “El juez como intérprete de la ley”, *El Mercurio*, 21 de octubre de 2018.

En “*La confianza en la judicatura*” (p. 957), *María Soledad Krause* ofrece un trabajo de corte sociológico-analítico. Pieza de enlace de esta contribución es la advertencia del homenajeado sobre la pérdida de confianza de la judicatura chilena a causa de sus actuaciones (o no actuaciones) en tiempos de la más re-

¹⁸ Que el rechazo de la primera tesis lleve necesariamente al rechazo de la segunda es algo que la propia contribución de Hernández (pp. 877 y ss.) permite poner en discusión, pero no corresponde profundizar aquí en este asunto.

ciente dictadura (LOQ, 1991). De la mano de literatura especializada –destacando las contribuciones de Searle–, Krause sigue un itinerario que transita desde la *confianza interpersonal* hasta aquella *institucional*, mostrando el rol que las *reglas* y su acatamiento (interno y externo) desempeñan en la construcción de realidades socioinstitucionales (destaco en ese contexto el especial interés del apartado 4, p. 967 y ss.). El recorrido desemboca y cierra con el caso del poder judicial, recordándonos la autora que “al poder judicial se le pide actuar [...] con imparcialidad, sin atender a quiénes son los sujetos sometidos a las reglas (más allá de los criterios definidos como relevantes por ellas mismas) y con criterios que hagan posible la universalidad y, por consiguiente, la predictibilidad de sus decisiones” (p. 977). Rara ave es la *predictibilidad* en nuestro continente *barroco* (que es barroco para lo bueno y para lo malo).

En “*El caso del juez como argumentador. Aproximación a la teoría de las virtudes argumentativas*” (p. 983), *Francisco Gómez* se interroga por las virtudes del buen argumentador. De la mano de literatura especializada ofrece pautas de respuesta a esa pregunta. Se cierra la contribución con el caso de la figura del juez como modelo de “argumentador institucional” (pp. 992 y ss.).

–.–

Cierre

Y llegamos así al cierre y con ello a lo prometido.

Pues bien, ¿por qué para el libro-homenaje el título *Justicia como Legalidad*? Los coordinadores del libro no lo explican y buenas razones habrán tenido.

Digamos por de pronto que los polos de la fórmula abrazan los dos materiales centrales de nuestro quehacer: justicia y seguridad. Expresan a la vez las sensibilidades dominantes en la idea misma de Derecho: progresión y conservación, cambio y estabilidad. Con menos filosofía, puedo responderme que esos dos polos coinciden con dos queridas preocupaciones del homenajeado: ya en su crítica a la indeterminación de la ley penal, ya en su monografía sobre las consecuencias del delito, donde van a la par una detallada atención al derecho positivo y una búsqueda de criterios de justicia.

La pregunta ha quedado sin embargo abierta: ¿por qué este título?

Si acaso la anterior explicación es plausible, no lo sé, pero me he dado una explicación adicional. Digamos que *se non è vera e ben trovata*: y es que ¿puede acaso pensarse en algo más *sobrio* y más *dialogante*¹⁹ que la aspiración a la *justicia*

¹⁹ Originalmente había pensado usar la voz *humilde*, que hace juego con la idea de *legalidad* y con el espíritu que siempre le hemos conocido a nuestro homenajeado, algo que quizás percibimos

por vía de la legalidad? Esta aspiración no camina por las rutas de los estridentes justicialismos ni arriega caer en *vulgarizaciones del Derecho*²⁰. Es la aspiración secular del Derecho en democracia, *sobria y dialogante* como debería ser el presupuesto institucional del que brota la legalidad. ¿Y todo eso a qué viene con el homenajeado? Pues bien, ¿no es acaso nuestro homenajeado *sobrio y dialogante* hasta la médula? Ahí tienen, entonces, una explicación plausible para el título.

Ahora bien, esas dos virtudes no son “la causa” del homenaje mismo, no hace falta decirlo. Este se explica por el enorme respeto intelectual que inspira el Prof. Ortiz y en agradecimiento por sus contribuciones a nuestro medio: muchas y fecundas, como el volumen refeja. Pero en este homenaje hay *más* que respeto y agradecimiento. Cualquiera se da cuenta. Que haya también *afecto* –y mucho– se explica *sí* “a causa” de esas dos virtudes.

¡Ad multos annos querido don Luis!

más fácilmente quienes estamos –más por obras que por años– a considerable distancia de Luis Ortiz. Esa distancia no nos la ha hecho experimentar jamás, llano y horizontal como él sabe ser, sin perder tampoco el punto de la elegancia, igualmente constitutiva. *Dialogante* es sin embargo un adjetivo más comprensivo, también en su etimología: se aviene pues mejor a la fuente de la *legalidad* (en su apelación a *razones* y a *lo-relacional*), mientras que comprende en sí la virtud de la humildad. ¿No es acaso propio del dialogar –cuando es real– el *esperar* que se pueda aprender algo de ese intercambio? ¿Y no es acaso humilde quien se encuentra en *esa espera*?

²⁰ Cfr. ATRIA, Fernando (2003): “La hora del Derecho: los ‘derechos humanos’ entre la política y el Derecho”, *Revista de Estudios Públicos*, 91, pp. 45-89, para una elegante defensa del formalismo y un bosquejo de la vulgarización del derecho, siguiendo allí el esquema que Alejandro Guzmán Brito usara para describir el fenómeno en el derecho romano de los siglos III y ss. d. C. Concretamente: “(a) La confusión de conceptos [...] (b) El recurso a criterios morales y afectivos, tanto para la construcción dogmática cuanto para la fundamentación de los regímenes jurídicos [...] (c) La supeditación y aun el sacrificio de la disciplina jurídica a fines de política pública o prácticos [...], y (d) la caída de las formas constructivas de las figuras jurídicas, para dejar lugar a las funciones naturales que ellas portan” (tomado de GUZMÁN BRITO, *Derecho Privado romano* (1996), vol. I, pp. 47-49, citado por ATRIA, *op. cit.*, p. 62).

DISCURSO
CEREMONIA EN RECONOCIMIENTO Y PRESENTACIÓN
DEL LIBRO HOMENAJE AL PROF. LUIS ORTIZ QUIROGA

LUIS ORTIZ QUIROGA

Señoras y señores profesores

Estimadas amigas y amigos

A principios del año 2019, el director de nuestro Departamento de Derecho Penal, profesor Juan Pablo Mañalich, me comunicó la decisión adoptada por el Departamento de rendir un homenaje al que habla, con motivo de su alejamiento de la enseñanza activa, el que se materializaría con la publicación de un libro con las colaboraciones de quienes se comprometieran al efecto. Esta idea, que se ha hecho realidad, culmina en este especial encuentro. En el período transcurrido desde entonces no pueden haber sucedido más problemas e inconvenientes: la pandemia mundial de COVID y sus aterradoras consecuencias, y movimientos sociales inéditos en nuestra historia por su masividad, enfrentándonos con una realidad que no queríamos ver. Nuestra casa, la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, donde nos reunimos para eventos de esta especie, está cerrada y el temor al contagio nos hace rehuir reuniones y compromisos. Así y todo, la solidaridad, fuerza y perseverancia de sus organizadores han logrado concretarla a través de este sencillo acto que no olvidaré mientras viva.

El hermoso libro que se me ha entregado y que veo y toco por primera vez, es una obra compuesta de trabajos inéditos de profesores y estudiosos del Derecho que, con certeza, aportará nuevas ideas que enriquecerán nuestra literatura en el ámbito del Derecho Penal, confirmando con ello el prestigio creciente que ha logrado la ciencia penal chilena en el ámbito tanto nacional como internacional.

Este libro es el fruto de la labor de los que lo han escrito, a quienes agradezco su valiosa colaboración, y además del comité editorial presidido por el profesor Juan Pablo Mañalich e integrado además por los abogados Rafael Collado y Nicolás Acevedo, ayudantes en mi cátedra durante largos años, labor complementada en materia de edición del libro con la valiosa ayuda del instructor del departamento Guillermo Silva Olivares.

A todos y cada uno de ellos mi más profundo reconocimiento.

Les confieso que este homenaje me tiene muy confundido, sentimiento que proviene de pensar que no me siento en absoluto a la altura de las generosas palabras que he escuchado al pensar en la extraordinaria calidad profesional, científica y humana de quienes me han antecedido y de quienes actualmente enseñan Derecho Penal y que atribuyo, más que a mis modestos méritos, a la generosidad y compañerismo de todos ustedes, partícipes en una labor manco-

munada por muchos años, dedicada a la formación y enseñanza de generaciones de estudiantes de Derecho.

Reconozco que me enorgullece haber sido profesor de tantos alumnos durante tantos años y haber tenido la oportunidad de transmitirles, clase a clase, poco a poco, ideas sobre la trascendencia del Derecho y particularmente del Derecho Penal, en su lucha permanente e inacabada por encontrar un sistema razonable, lo menos injusto posible, capaz de graduar desde un prisma humanitario los valores encontrados de libertad y seguridad. Hoy en día, muchos de ellos son grandes profesores y autores de obras notables que han enriquecido nuestra disciplina.

He enseñado por décadas siguiendo una inclinación insuperable, en la firme convicción de que la vida de los hombres adquiere sentido y puede aspirar a la plenitud solo cuando ella se identifica con una vocación profunda, la que sólo se nos da a través del estudio, porque sólo se ama lo que se conoce y la vocación no es sino el amor y el contentamiento de hacer, en este caso, enseñar, lo que nos hace felices.

Mi vida ha estado compuesta por la actividad propia del abogado y la labor docente como profesor, ininterrumpidamente por casi sesenta años.

Cuando miro hacia atrás no puedo sino recordar a mis profesores, que me enseñaron lo que sé. Cada uno de nosotros se debe en parte no desdeñable a sí mismo, pero también y al mismo tiempo a sus viejos maestros que, en la escuela primero y en la universidad más tarde, supieron transmitirnos no solo conocimiento, sino virtudes que provenían de sus testimonios de vida.

En esta ocasión, no puedo dejar de recordar a aquellos que han dejado una profunda huella en mi vida escolar y universitaria. Durante mis estudios en el Colegio de los Padres Franceses de Concepción, siempre estará presente la figura del padre Vicente González Carrera, que, a fuer de ser mi director espiritual durante casi una década, me estimuló en la lectura y la reflexión.

Los dos últimos años de la enseñanza secundaria los hice en el Liceo de Rancagua, todavía convaleciente de una grave afección pulmonar, el quinto año, como alumno libre, haciendo reposo en mi casa y con el apoyo de don Óscar Cáceres, profesor de Matemáticas y Filosofía en el liceo, un maestro de la vieja escuela que era capaz de enseñar los problemas más complicados de una manera sencilla y fácil de entender, quién, fuera de hacerme clases de matemáticas y geometría, me fue proveyendo de lecturas, iniciándome en la filosofía y sugiriéndome el estudio formal de esa ilustre fuente del saber, un consejo que años después seguí hasta donde pude.

El cuadro docente del primer año de la Escuela en el año 1952, fecha en que me incorporé a ella, era de una gran jerarquía, lo que hacía difícil elegir entre uno y otro profesor. Había dos de ellos, que, sin embargo, por su fama, sus conocimientos y sus rasgos geniales destacaban del resto. Me refiero a don

Gabriel Amunátegui, profesor de Derecho Constitucional, un expositor soberbio y clarísimo. Su discurso era de frases largas, en medio de las cuales solía intercalar otras casi tan largas como la principal, las que, una vez terminadas, recogía con naturalidad siguiendo la idea inicial exactamente en el punto en que la había dejado. Por su parte, don Guillermo Feliú Cruz era un historiador e investigador eminente; tenía una oratoria en la que se confundía la perfección formal con la riqueza conceptual, añadida a una fuerza emocional que llegaba al alma. Recuerdo como si fuera hoy una clase sobre Portales en la que describió en forma dramática la relación amorosa de este con doña Constanza Nordenflicht, el profundo amor que esta le profesaba, de su entrega y abnegación sin límites y de sus dolores y angustias, en que el tono de voz iba subiendo y las emociones que experimentaba eran tan fuertes y vehementes que al finalizar se le soltaron las lágrimas. Cuando se detuvo, nos pusimos de pie al unísono, en medio de una gran ovación.

Mis maestros en Derecho Penal fueron don Gustavo Labatut Glenda y posteriormente don Álvaro Bunster Briceño, con el que rematamos nuestros estudios de Derecho Penal a través de un curso optativo y notable que Álvaro dio en el curso del año 1956 a un número reducido de alumnos, de una calidad y profundidad excepcional. Álvaro Bunster, además de poseer un intelecto poderoso y sólidos conocimientos jurídicos, tenía intereses culturales y de vida múltiples, gran lector de los clásicos y de la poesía romántica europea especialmente alemana, un gran melómano, dueño de una conversación fluida y brillante. En sus clases expresaba con elocuencia y elegancia, insertando en su exposición, sea cual fuere la materia, casos extraídos de temática de óperas diversas, de poemas de Homero o Shakespeare. Al brillo de la exposición añadía un entusiasmo por lo que decía casi teatral, lo que llamaba a la admiración, todo lo cual terminó por decidirme de manera definitiva a especializarme en esta rama del derecho, auténticamente entusiasmado por el rigor y brillo de nuestro maestro.

Entre los años 1953 y 1955, ambos inclusive, estudié Filosofía en el Instituto Pedagógico, como alumno regular, aprovechando la diferencia de horarios, entre Derecho y Filosofía, experiencia inolvidable que guardo como una de las más interesantes que he tenido en la vida. En esa época, el Pedagógico era la cuna de la Facultad de Educación destinada a formar docentes en diversas especialidades para nuestros liceos y escuelas a lo largo del país, cumpliendo una función descollante en el desarrollo de la educación chilena. Entre sus maestros sobresalía don Jorge Millas, quien, además de hacer clases en la Facultad de Filosofía, se desempeñaba como profesor de Filosofía del Derecho en nuestra facultad. Tuve el privilegio de tenerlo como maestro en ambas facultades, lo que me permitió aquilatar la riqueza y profundidad de su pensamiento, la perfección y elegancia de su discurso, en el que no había una palabra de más ni nada que faltase; a él se añadía una pléyade de maestros ilustres: Bogumil Jasinowski, un sabio que

enseñaba filosofía de las matemáticas; Luis Oyarzún, filósofo, poeta, botánico y defensor de la naturaleza; Gerold Sthal y Félix Schwartzman, entre otros.

Creo difícil que en la historia de la Facultad de Filosofía se haya dado otra época mágica en la cual concurriesen figuras de excelencia del nivel de los mencionados.

De mis estudios en Roma destaco la figura principalísima de Giacomo Delitala, el famoso autor de “Il Fatto Nella Teoría Generale del Reato”, libro que representa, como dice Bettiol, un antes y un después en el estudio y desarrollo de la doctrina penal italiana. Era pequeño de porte, pero emanaba de su figura una autoridad natural, hablaba con un fuerte acento sardo con la claridad propia de los sabios, estricto y serio. Un gran jurista.

Considero adecuado este momento para expresar el infinito agradecimiento que debo a la Universidad de Chile y, dentro de ella, de modo particular a la Facultad de Derecho: es ella quién me cobijó durante mis estudios, la que me otorgó una beca que me permitió hacer estudios de perfeccionamiento en Italia, la que me acogió a mi regreso, permitiéndome ingresar a la carrera docente, desde ayudante de última categoría a profesor titular de la misma y, en tiempos difíciles, sirviendo el cargo de decano subrogante entre los años 2009 y 2010. Sus aulas, sus patios han sido mi segundo hogar.

Hablo de la Facultad de Derecho con orgullo, parte de una universidad que promociona el pensamiento crítico y desarrolla el diálogo, estimulando a cada alumno a formar sus propias ideas. Y esto es muy relevante porque la formación de alumnos con espíritu libre genera, a la par de profesionales responsables, ciudadanos tolerantes, abiertos a modos de pensar diferentes, contrarios a los dogmas, todo lo cual contribuye a un progresivo perfeccionamiento de una sociedad democrática.

Por último, aunque de modo muy principal, deseo expresar en pocas palabras, sin herir su pudor y modestia, mi gratitud hacía Pilar, mi mujer, que con su amor y su abnegación ha sido el corazón de una familia integrada por seis hijos, doce nietos y dos bisnietos, formando una familia unida y feliz. Sin ellos, mi vida carecería de sentido. A ella y a cada uno de mis queridos hijos, a Paula y Francisca, que están presentes, mi más profunda gratitud.

Muchas gracias.