

CARNEVALI, Raúl. "La ciencia penal italiana y su influencia en Chile".

*Polít. crim.*, N° 6, 2008, A4-6, pp. 1-19.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_06/a\\_4\\_6.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_4_6.pdf)]

## **La ciencia penal italiana y su influencia en Chile\***

Raúl Carnevali R.

Doctor en Derecho

Profesor Asociado de Derecho Penal y Subdirector del Centro de Estudios de Derecho

Penal de la Universidad de Talca

[rcarnevali@utalca.cl](mailto:rcarnevali@utalca.cl)

### **Resumen**

El artículo tiene como objeto examinar cuál ha sido la influencia de la ciencia penal italiana en Chile. Si bien es cierto, nuestra doctrina penal se encuentra hoy dominada por las ideas provenientes de Alemania, ello sólo comenzó a apreciarse de manera nítida a partir de la década del cincuenta del siglo pasado. Y es que hasta ese entonces, la ciencia predominante era la italiana, cuyos planteamientos llegaron a Chile mucho antes de lo que usualmente se sostiene. Ya nuestras primeras publicaciones jurídicas daban cuenta de los debates que tenían lugar entre los positivistas italianos. Asimismo, se analizan las razones que llevaron a la ciencia italiana a perder su hegemonía, cediendo frente a la alemana. Por otro lado, el artículo expone el aporte de la actual ciencia penal italiana y por qué debiera prestarse mayor atención a sus trabajos.

**Palabras clave:** ciencia penal, positivismo, tecnicismo jurídico, Italia, Chile.

### **Abstract**

The objective of the article is to examine the influence of Italian Penal Science in Chile. Although our penal doctrine is presently dominated by ideology originating from Germany, this was only fully appreciated during the 1950s. Before then, the predominating science was Italian, whose approaches arrived to Chile much earlier than what is currently maintained. Our first judicial articles realized that the debates that had weight belonged to the Italian Positivist approach. The reasons of what lead the loss of hegemony of the Italian Penal Science Approaches and its eventual yielding to the German Penal Science approaches are analyzed. On the other hand, the article presents the contribution of present Italian Penal Science and gives reasons as to why more attention should be paid to its work.

**Key Words:** penal science, positivist, judicial technical terms, Italy, Chile

### **Introducción**

Es incuestionable que nuestro actual panorama científico se encuentra dominado por la ciencia penal alemana. Toda nuestra formación académica se halla fuertemente impregnada por los conceptos y estructuras de raíz germánica, los que muchas veces recibimos y aceptamos acríticamente. Fenómeno que, en todo caso, no es exclusivo de

CARNEVALI, Raúl. “La ciencia penal italiana y su influencia en Chile”.

*Polít. crim.*, N° 6, 2008, A4-6, pp. 1-19.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_06/a\\_4\\_6.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_4_6.pdf)]

nuestro país, pues lo mismo acontece en el resto de los países latinoamericanos, como asimismo en España.<sup>1</sup>

Lo que se pretende exponer en las líneas que siguen es que lo descrito comenzó recién a apreciarse en Chile, de manera nítida, a partir de la década del cincuenta de la centuria pasada. Y es que, hasta ese entonces, los trabajos científicos que provenían de Italia encontraban una especial acogida, no sólo por las facilidades idiomáticas -al menos en Chile-, sino porque efectivamente las ideas que provenían de la península se expandieron también por Europa y su influencia se hizo sentir, incluso, en Alemania.<sup>2</sup>

Considerando pues, nuestra formación y “fascinación”<sup>3</sup> por todo lo que proviene de Alemania<sup>4</sup> -que en algunos casos adquiere ribetes de pura presunción-, hemos prescindido, de manera importante, de los estudios que provienen de Italia. A tal punto, que poco se sabe de quienes son hoy sus más sobresalientes investigadores. Precisamente, uno de los

---

\* Artículo recibido el día 15 de septiembre de 2008 y aprobado por el Comité Editorial el día 11 de noviembre de 2008. Este artículo es parte del Proyecto Fondecyt N° 1051022 “Evolución de la doctrina penal chilena, desde el Código de 1874 hasta nuestros días. Análisis sincrónico y diacrónico”, dirigido por el prof. Dr. Jean Pierre Matus Acuña. Una versión preliminar se presentó en las *IV Jornadas Chilenas de Derecho Penal y Ciencias Penales*, organizadas por la Universidad Austral de Chile los días 22, 23 y 24 de noviembre de 2007, la que será publicada en un libro colectivo con algunas modificaciones.

<sup>1</sup>JESCHECK, Hans-Heinrich. “Nueva dogmática penal y política criminal en perspectiva comparada”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. T. XXXIX, fasc. 1, 1986, p. 10 y ss., expone cómo la dogmática penal alemana fue recogida por el resto de los países europeos. Algunos con mayor entusiasmo como España, otros menos como Italia y Francia

<sup>2</sup> Por ejemplo, la ascendencia del positivismo italiano en Alemania fue muy importante. Sin embargo, allí no se manifestaron las posturas extremas que sí se expresaron en Italia. Prueba de ello son los planteamientos de Von Liszt. ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho penal. Parte General*. T. I. 3ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 55.

<sup>3</sup> Como ya lo puso de manifiesto, MATUS ACUÑA, Jean Pierre. “Fernández, Fuenzalida y Vera: Comentaristas, autodidactas y olvidados. Análisis diacrónico y sincrónico de la doctrina penal chilena del siglo XIX”. *Ius et Praxis*, año 12 N° 1, 2006, p. 67.

<sup>4</sup> También debiera decir lo que proviene de España, pero allí acontece una situación similar a la nuestra, a saber, la especial atracción que genera la doctrina alemana. Por lo anterior, no resulta exagerado afirmar que nuestra proximidad a Alemania se debe, en no pocos casos, a los teóricos españoles. Así, ETCHEBERRY, *Derecho penal*, T. I, cit. nota n° 2, p. 58. En cambio, como lo pone en evidencia HASSEMER, Winfried. “La autocomprensión de la Ciencia del Derecho penal frente a las exigencias de su tiempo”. Traducido por Díaz, María del Mar. En: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn (coord versión alemana); MUÑOZ CONDE (coord. versión española). *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 23-24, en Alemania no existe un especial interés por conocer el Derecho penal comparado, lo que se puede apreciar al revisar cualquier trabajo alemán, en donde rara vez se cita a autores extranjeros. Sin embargo, esta no era la tradición a principios del siglo XX, cuyo mayor exponente era Von Liszt quien se preocupó de dotar a su *Lehrbuch* de importantes referencias científicas y legales provenientes de otras tierras. Hoy la excepción en Alemania, está constituida por los trabajos que realiza el Instituto Max Planck de Freiburg y las investigaciones de Kai Ambos, quien ha prestado una especial atención por conocer las ciencias penales no alemanas. Además, como Director del Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminales de la Universidad de Göttingen se ha preocupado de crear una biblioteca de Derecho penal y Procesal penal extranjero e internacional. Para mayor detalle, <http://lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/kambos/Biblio.html> (consultado el 17 de noviembre de 2008).

objetivos perseguidos en este trabajo es exponer cuál ha sido el camino seguido por la ciencia penal italiana hasta nuestros días y cómo ésta ha sido recogida por la doctrina de nuestro país. En este sentido, el método que se seguirá es, primordialmente, exponer el desarrollo histórico de la ciencia penal italiana -en sus líneas cardinales y sin exhaustividad-, procurando vincular cada uno de sus movimientos con el panorama teórico nacional.<sup>5</sup>

## 1. La llamada Escuela Clásica y Positiva

Puede decirse que el nacimiento de la moderna ciencia jurídico-penal italiana se vincula con los postulados de la *Escuela clásica*,<sup>6</sup> que tiene en la obra de Francesco Carrara su más importante representante.<sup>7</sup> Cabe advertir, eso sí, que no puede hablarse en propiedad de un escuela, pues no pocos de quienes se comprendían en ella mantenían posturas diversas.<sup>8</sup> Sin perjuicio de aquello, sí es posible hallar un fundamento común en principios racionalistas y iusnaturalistas, de raíz iluminista.<sup>9</sup> Es así pues, que se concebía al delito como un “ente jurídico”, como contradicción entre el ser humano y la ley, que en lo esencial suponía violar un derecho subjetivo natural.<sup>10</sup>

Fundamental resulta tener en consideración que la construcción teórica sustentada por la Escuela Clásica tenía como basamento una visión antropológica propia del liberalismo: el

---

<sup>5</sup> Es muy probable que en un trabajo de esta naturaleza se omitan nombres. Que así ocurra, no debe atribuirse a su falta de importancia, sino a las vicisitudes de la memoria humana.

<sup>6</sup> En rigor los pertenecientes a la ‘Escuela clásica’ no se autodenominaban como tales, sino que tal expresión se empleó luego para oponer sus posturas a la de los ‘positivistas’. Incluso, estos últimos la utilizaban despectivamente. Así lo afirma, NOVOA MONREAL, Eduardo. *Curso de Derecho penal chileno. Parte General*. T. I. 3ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 81. Es más, la invención de tal denominación se le debe a Enrico Ferri, ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2003, p. 316.

<sup>7</sup> Si bien fueron los pensadores de la Ilustración los que sentaron las bases para la modernización del Derecho penal, como ocurrió en Italia con Beccaria y Pagano, entre otros, sus trabajos no pueden comprenderse propiamente dentro de una ciencia jurídica. Como señala BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Introducción al Derecho penal*. Santiago: Editorial Ediar-Conosur, 1989, p. 111, la actitud metodológica era la de desentrañar la realidad, lo que les permitía comprender la globalidad del problema. Eran al mismo tiempo, político-criminales, criminólogos y juristas. No tan conocida, pero no por ello menos relevante, fue la obra del napolitano Mario Pagano. Al respecto, PAGANO, Mario. *Principios del Código Penal*. Traducido por Zaffaroni, Eugenio. Con comentarios de Sergio Moccia. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

<sup>8</sup> FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale. Parte generale*. 3ª ed. Bologna: Zanichelli Editore, 1995, p. XXII; MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho penal*. 2ª ed. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2002, p. 154; ETCHEBERRY, *Derecho penal*, T. I, cit. nota n° 2, p. 50; NOVOA, *Curso*, T. I, cit. nota n° 6, p. 80.

<sup>9</sup> Para FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale*, cit. nota n° 8., p. XXII, también puede apreciarse una influencia del catolicismo, que luego, a mediados del siglo XX, es recogida, entre otros, por Bettiol y Maggiore.

<sup>10</sup> Para conocer sus postulados, con una finalidad docente como lo destaca el propio autor, NOVOA, *Curso*, T. I, cit. nota n° 6, p. 81.

CARNEVALI, Raúl. “La ciencia penal italiana y su influencia en Chile”.

*Polít. crim.*, N° 6, 2008, A4-6, pp. 1-19.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_06/a\\_4\\_6.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_4_6.pdf)]

hombre es capaz de autodeterminarse, al estar dotado de libre albedrío, el delito no es producto de consideraciones ambientales, sino de una elección individual.<sup>11</sup> Al respecto, suele destacarse al Código penal italiano de 1889 -*Código Zanardelli*- como fiel ejemplo de las ideas de la Escuela clásica<sup>12</sup>, el que fue, por cierto, fuertemente criticado por los positivistas.<sup>13</sup>

En lo que respecta a la teoría de la pena, la Escuela Clásica, sin embargo, no exhibía posiciones convergentes.<sup>14</sup> Por el contrario, mientras Enrico Pessina era del parecer que si el delito se concebía como “ente jurídico”, la pena debía comprenderse desde una perspectiva retributiva.<sup>15</sup> Para Carrara, en cambio, el problema era algo más complejo, pues el fin de la pena no podía consistir sólo en hacer justicia, sino que el “*fin primario de la pena es el restablecimiento del orden externo de la sociedad*”.<sup>16</sup> La pena no es más que la reafirmación del Derecho, que ha sido negado por el delito.<sup>17</sup>

Pues bien, la pregunta que debe hacerse a continuación, es si la Escuela Clásica italiana ejerció algún grado de influencia en nuestros incipientes estudios del siglo XIX. Sin duda nuestros primeros comentaristas del Código penal, a saber Robustiano Vera,<sup>18</sup> Alejandro Fuensalida<sup>19</sup> y Pedro Javier Fernández<sup>20</sup> adscribieron a los postulados de dicha Escuela,

---

<sup>11</sup> Como afirma RADBRUCH, Gustav. *El hombre en el derecho*. Traducido por Del Campo, Aníbal. Buenos Aires: Ediciones De Palma, 1980, p. 20-21, la concepción del ser humano propio de la ilustración y del derecho natural, orientando así el orden jurídico de un Estado liberal, era del *homo oeconomicus*, es decir, el hombre no sólo es egoísta sino también muy inteligente, para lo cual sigue su interés individual, libre de todo vínculo sociológico. En definitiva, los hombres son concebidos como racionales, activos y libres, iguales unos a los otros. Interesante es destacar lo que más adelante Radbruch entiende por *homo sociologicus*, propio de los Estados sociales que surgen con posterioridad. Esta discusión sobre la concepción del hombre en el Derecho, y particularmente en el Derecho penal, lejos está de cerrarse. Todo lo contrario, tiene especial relevancia para comprender la función de la pena y la eficiencia del Derecho penal. Al respecto, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “Eficiencia y Derecho penal”. *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*. Tomo XLIX, Fasc. I, 1996, p. 93 y ss; MIR PUIG, Santiago. *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*. 2ª ed. Barcelona: Bosch, 1982, p. 25 y ss.; EL MISMO, *Introducción*, cit. nota n° 8, p. 155.

<sup>12</sup> MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Manuale di Diritto penale. Parte Generale*. Milano: Giuffrè, 2004, p. 20.

<sup>13</sup> Así lo expone, JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho penal*. T. I. 5ª ed. Buenos Aires: Editorial Losada, 1950, p. 446.

<sup>14</sup> MIR PUIG, *Introducción*, cit. nota n° 8, p. 155.

<sup>15</sup> FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale*, cit. nota n° 8, p. XXIII.

<sup>16</sup> CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho criminal. Parte General*. Vol. 2. Traducido por Ortega Torres, José y Guerrero, Jorge. Bogotá: Temis, 1985, § 614 y § 615, p. 68: “El *fin* de la pena no consiste en que *se haga justicia*, ni en que el ofendido sea *vengado*, ni en que sea *resarcido* el daño padecido por él, ni en que se *atemoricen* los ciudadanos, ni en que el delincuente *purgue* su delito, ni en que se obtenga su *enmienda*. Todas estas pueden ser *consecuencias necesarias* de la pena, y algunas de ellas pueden ser deseables, pero la *pena* continuaría siendo un acto inobjetable, aun cuando faltaran todos estos resultados. El *fin* primario de la pena es el *restablecimiento del orden externo de la sociedad*”. (Cursiva en el original).

<sup>17</sup> CARRARA, *Programa*, Vol. 2, cit. nota n° 16, p. 7. Por cierto, no dejar de llamar la atención tal planteamientos, pues nos parecen particularmente cercanos al pensamiento de Jakobs.

<sup>18</sup> VERA, Robustiano. *Código penal de la República de Chile*. Santiago: Imprenta de P. Cadot, 1883.

<sup>19</sup> FUENSALIDA, Alejandro. *Concordancias i comentarios del Código Penal chileno*. Lima: Imp. Comercial, 1883. Este autor señala además, que entre sus fuentes bibliográficas destaca Carrara, Rossi y Filangieri.

CARNEVALI, Raúl. “La ciencia penal italiana y su influencia en Chile”.

*Polít. crim.*, N° 6, 2008, A4-6, pp. 1-19.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_06/a\\_4\\_6.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_4_6.pdf)]

como se desprende claramente del tenor de sus obras, en donde la libertad es el fundamento del comportamiento humano y que justifica la pena.<sup>21</sup> Además, el propio Vera, al fundamentar el derecho de penar, señala que la justicia penal existe por ser un elemento esencial para la conservación de la sociedad, y que ésta debe armonizarse con la Justicia, entendida conforme al Derecho natural.<sup>22</sup>

En general, no tuvieron lugar mayores discusiones de carácter teórico. Además, por la naturaleza de los trabajos realizados por los comentaristas, eminentemente exegeticos, no se prestaba para ello. Sin embargo, este panorama cambiará radicalmente con el advenimiento de la Escuela Positiva.<sup>23</sup>

Precisamente, en los últimos treinta años del siglo XIX irrumpió con fuerza en Italia la llamada *Escuela positiva* o también conocida como la *Escuela criminal antropológica*, que cuestionaba cómo se comprendía el delito hasta ese entonces. Es así, que la ciencia italiana -así, Lombroso, Ferri, Garofalo- como la alemana -entre otros, Von Liszt, con matices distintos Merkel-, si bien con particularidades que las distinguen<sup>24</sup>, fueron influenciadas por los planteamientos positivistas de Comte, Spencer y otros<sup>25</sup>. Éstos sostenían, desde la perspectiva del conocimiento, que lo que existía era sólo el mundo de los hechos, por lo que el sujeto debía observar el objeto que era lo único objetivo, pues sólo así podían formular sus proposiciones.<sup>26</sup> Ahora bien, como no bastaba sólo la observación, era necesario establecer, a través de la experiencia empírica, una serie de reglas que permitieran explicar cómo se regulan los hechos. Es así entonces, que la filosofía positivista no era sólo descriptiva, sino que además se dirigía a establecer leyes causales, dado que para ellos los hechos no eran arbitrarios sino que obedecían a leyes de la naturaleza, las que sólo podían descubrirse a través de la observación.

---

<sup>20</sup> FERNÁNDEZ, Pedro Javier. *Código Penal de la República de Chile*. 2ª ed. Santiago: Imp. Barcelona, 1899.

<sup>21</sup> Sobre este punto, MATUS, “Fernández, Fuenzalida y Vera”, cit. nota n° 3, p. 55 y ss. También se aprecia en un artículo publicado por CONTARDO, Luis Custodio. “Nociones de Derecho penal”. *Revista Forense Chilena*, Tomo VII, 1891, p. 717 y ss. quien destaca que se trata de apuntes tomados de las aulas universitarias, donde afirma el delito es un hecho humano y voluntario que viola la justicia absoluta.

<sup>22</sup> VERA, *Código penal*, cit. nota n° 18, p. 33-34.

<sup>23</sup> Discusiones que no dejaron indiferente a uno de los comentaristas. En efecto, Robustiano Vera realizó una exposición titulada “Escuela clásica y la escuela positivista en derecho penal”. Al parecer se trató de una conferencia como se desprende de lo expresado por ESCOBAR CERDA, Ricardo. “Disertación sobre la ciencia penal. Especialmente sobre las teorías de Lombroso”. *Revista Forense Chilena*, Tomo XIV, 1900, p. 723.

<sup>24</sup> Para conocerlas, cfr. entre otros, BUSTOS, *Introducción*, cit. nota n° 7, p. 136 y ss.

<sup>25</sup> Sobre este punto, JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho penal*. T. II. 5ª ed. Buenos Aires: Editorial Losada, 1950, p. 69.

<sup>26</sup> Cfr. SCHÜNEMANN, Bernd. “Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal”. Traducido por Silva Sánchez, Jesús María. En: SCHÜNEMANN, Bernd (Comp). *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1991, p. 43 y ss.

CARNEVALI, Raúl. “La ciencia penal italiana y su influencia en Chile”.

*Polít. crim.*, N° 6, 2008, A4-6, pp. 1-19.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_06/a\\_4\\_6.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_4_6.pdf)]

El delito se apreciaba como el acto real de un sujeto concreto, quien al estar sujeto a la concurrencia de determinados factores, ya sea de carácter antropológico y ambiental, lo condicionaban de tal manera que se afectaba su libertad de determinación. Aparecía pues, el libre albedrío como un supuesto metafísico que no podía restringir las conclusiones científicas.<sup>27</sup> Quien delinque es un sujeto peligroso socialmente -conforme a cierta escala tipológica- y es válido emplear determinados instrumentos para neutralizarlo.<sup>28</sup> Llegándose incluso, a plantear la transformación del Derecho penal en un instrumento de “profilaxis social”.<sup>29</sup>

Si bien Cesare Lombroso es quien inició esta escuela, fueron Enrico Ferri y Raffaele Garofalo<sup>30</sup> los que brindaron a estos planteamientos una mayor proyección, en especial Ferri.<sup>31</sup> En efecto, este autor otorgó una especial relevancia a los factores sociales, y no a las hipótesis anatómicas tan propias del antropologismo lombrosiano. Por ello que él centró, de manera especial, su objeto de análisis en la sociología criminal -precisamente el título de una de sus obras más sobresalientes-.<sup>32</sup> Es decir, el positivismo de Ferri, en la medida en que su estudio científico apuntaba a diversos factores -como el socioeconómico y el ambiental- que incidían en el delito, permitió formulaciones de orden político criminal. Así, los llamados sustitutos penales en su carácter de instrumentos preventivos de defensa social.<sup>33</sup>

## 2. La lucha de escuelas

Desde fines del siglo XIX hasta principios del XX tuvo lugar en Italia un intenso debate, donde se enfrentaron las posturas de las llamadas Escuelas Clásica y Positiva, llegando, en las postrimerías de esta discusión, a sostenerse posiciones extremas e inconducentes, ajenas a un discurso propiamente científico.<sup>34</sup> Sin embargo, lo que quisiera destacar de esta disputa -que de alguna forma dominó la discusión teórica de la ciencia penal de aquel entonces-<sup>35</sup> es

---

<sup>27</sup> En términos similares, FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale*, cit. nota n° 8, p. XXV.

<sup>28</sup> ANTOLISEI, Francesco. *Manual de Derecho penal. Parte General*. Traducido por Guerrero, Jorge Ayerra Redín, Marino. 8ª ed. Bogotá: Temis, 1988, p. 26.

<sup>29</sup> FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale*, cit. nota n° 8, p. XXV.

<sup>30</sup> Recientemente se ha vuelto a publicar la traducción realizada por Pedro Dorado Montero del libro de GAROFALO, *La Criminología*. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2005. En Chile se publicó un artículo de Garofalo sobre materia procesal. No debe olvidarse que llegó a ser Procurador General de las Cortes de Casación de Turín y Nápoles. GAROFALO, Rafael. “Las nulidades en los juicios criminales y la institución de la casación”. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. 1904-1905. Año II, p. 43 y ss.

<sup>31</sup> Así lo resalta, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, T. I, cit. nota n° 13., p. 483.

<sup>32</sup> FERRI, Enrico. *Sociología criminal*. Traducido por Soto y Hernández, Antonio. Madrid: Centro editorial de Góngora, s.f.

<sup>33</sup> Así lo ponen de manifiesto, FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale*, cit. nota n° 8, p. XXVII. Cabe destacar la participación de Ferri en el proyecto de Código Penal de 1921. Aun cuando es posible apreciar propuestas positivistas, este proyecto no dejó de lado la distinción entre dolo e imprudencia como formas de culpabilidad, y la pena que si bien se reemplazó por el término único de “sanción” se mantuvo en su esencia. Sobre este proyecto, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, T. I, cit. nota n° 13, p. 446 y ss., quien resalta el cambio político de Ferri desde el socialismo al fascismo, como por lo demás sucedió con otros positivistas.

<sup>34</sup> Como lo resaltan FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale*, cit. nota n° 8, p. XXX.

<sup>35</sup> Así, ANTOLISEI, *Manual*, cit. nota n° 28, p. 26.

CARNEVALI, Raúl. “La ciencia penal italiana y su influencia en Chile”.

*Polít. crim.*, N° 6, 2008, A4-6, pp. 1-19.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_06/a\\_4\\_6.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_4_6.pdf)]

que fue conocida en nuestro país casi desde su inicio y con vivo interés.<sup>36</sup> Ya en 1890 la *Revista Forense Chilena* publicó un artículo titulado “La nueva escuela penal italiana” de L. Barros Méndez,<sup>37</sup> en donde se exponían las discusiones que por aquellos lados tenía lugar. Es así que resaltaba, en sentido crítico, los aportes de los distintos exponentes de la escuela positiva y las numerosas publicaciones que de allí surgían. Si bien Barros no compartía sus postulados, no podía dejar de subrayar que los positivistas habían “traído al campo de las ciencias jurídicas el procedimiento de investigación de las ciencias experimentales”.<sup>38</sup> Sin embargo, lúcidamente ya ponía de manifiesto una de las grandes críticas que se le ha hecho a la escuela positiva italiana, a saber, la intransigencia de sus premisas, al imponer sus criterios eminentemente naturalísticos, por sobre cualquier consideración valorativa.<sup>39</sup>

Pocos años después, la misma *Revista Forense Chilena* publicó en 1892 un artículo titulado “Antropología criminal” de Manuel Torres Campos,<sup>40</sup> en donde exponía, con abundante información, en qué consistía y cuáles eran los postulados de la Escuela positiva. Por cierto, llama la atención la información contenida acerca de las discusiones que tuvieron lugar en los Congresos de Antropología criminal de 1885 realizado en Roma y de 1889 en París, pues destacaba con detalle las intervenciones de Lombroso, Ferri y Garofalo, entre otros. Asimismo, Torres Campos daba cuenta, en el mismo trabajo, acerca de la fundación en 1889 de la *Unión Internacional de Derecho Penal* por Von Liszt, informando de los trabajos que tuvieron lugar en su seno. En este sentido, destacaba las diferencias que existían con la escuela clásica -que no debe de extrañar-, sino también con la escuela italiana. Sobre este punto, el artículo reproducía parte del Boletín de la Unión de 1891, en donde se afirmaba lo siguiente:

“La escuela clásica de Derecho penal, creación de los filósofos liberales y de los soberanos ilustrados de fin del siglo pasado, ración metafísica y filantrópica contra las crueldades de las antiguas tendencias, es impotente enfrente de la criminalidad, como muestran bien las cifras crecientes de reincidencia. Trata de ocupar su lugar una escuela nueva, que ve en el delito el producto necesario de circunstancias dadas y que se propone combatirlo en sus raíces. La escuela italiana tiene sus

---

<sup>36</sup> Diversos artículos publicados en la *Revista Forense Chilena*, como así también trabajos de investigación de principios del siglo XX cuestionan la afirmación de CURY URZÚA, Enrique. *Derecho penal. Parte General*. 7ª ed. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, p. 161, de que la polémica entre clásicos y positivistas se proyectó tardíamente en Chile, la que habría tenido lugar recién en la década del cuarenta del siglo pasado, con los trabajos de Raimundo DEL RÍO. Así también lo destaca, MATUS ACUÑA, Jean Pierre. “El positivismo en el Derecho penal chileno. Análisis diacrónico y sincrónico de una doctrina de principios del siglo XX que se mantiene vigente”. *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, Vol. XX, N° 1, 2007, p. 176.

<sup>37</sup> BARROS MÉNDEZ, L. “La nueva escuela penal italiana”. *Revista Forense Chilena*, Tomo VI, 1890, p. 241 y ss.

<sup>38</sup> BARROS, L. “La nueva escuela”, cit. nota n° 37, p. 244.

<sup>39</sup> BARROS, L. “La nueva escuela”, cit. nota n° 37, p. 245, en fuertes términos afirmaba: “¡Deplorable perversión de las ideas fundamentales y deplorable ceguera! ¡Negar la libertad humana, que después de un instante de observación interna, la conciencia nos la acusa como atributo esencial de la inteligencia!”.

<sup>40</sup> TORRES CAMPOS, Manuel. “Antropología criminal”. *Revista Forense Chilena*, Tomo VIII, 1892, p. 236 y ss., 328 y ss.

CARNEVALI, Raúl. “La ciencia penal italiana y su influencia en Chile”.

*Polít. crim.*, N° 6, 2008, A4-6, pp. 1-19.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_06/a\\_4\\_6.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_4_6.pdf)]

principios. Pero generalizando precipitadamente los datos obtenidos, ha vuelto á caer en la Metafísica; su tipo del hombre criminal está tan lejos de la realidad como el hombre ideal de la filosofía kantiana”.<sup>41</sup>

Si bien el artículo de Torres Campos es eminentemente expositivo, sí puede observarse su admiración por los nuevos derroteros que en ese entonces estaba siguiendo la ciencia penal. Este trabajo, junto con el de Barros Méndez y otros publicados posteriormente, desmiente el supuesto retardo acerca de la llegada de estas ideas a nuestro país. Por el contrario, la exposición recién ofrecida contiene información muy reciente, tomando en cuenta las naturales dificultades de comunicación de la época.

Años más tarde, la misma *Revista Forense Chilena* -que como puede apreciarse fue una publicación particularmente importante en aquella época- publicó en 1900 un trabajo de Ricardo Escobar Cerda acerca de las teorías de Lombroso,<sup>42</sup> reflejando su especial admiración por el autor italiano. Prueba de ello es el análisis realizado de la criminalidad en Chile -apoyándose en información estadística-<sup>43</sup> al aseverar que aplicando la Antropología es posible averiguar “cuáles eran las causas de la tendencia innata de nuestras bajas clases hacia la delincuencia, su excesivo desarrollo y las medidas tendentes a hacerla desaparecer”.<sup>44</sup>

Interesante es hacer notar que Escobar Cerda ya daba cuenta del surgimiento de la llamada “Tercera Escuela” -*Terza Scuola*-. Sin mencionar a los autores italianos que se dirigen en esa línea -así, Alimena, Carnevale, Impallomeni-, daba a entender que era la seguida por la “Unión Internacional de Derecho Penal” de Prusia, fundada en 1889 por, entre otros, por von Liszt y von Hamel.<sup>45</sup>

La “*Terza Scuola*” -conocida también como Escuela ecléctica-, recibió este nombre al querer establecer una vía que permitiera conciliar los planteamientos de la Escuela clásica y la Escuela positiva, las que se hallaban, como se ha visto, fuertemente enfrentadas en la llamada lucha de escuelas. Proponían el delito como un fenómeno, tanto individual como social, en la que negaban el libre albedrío -postura más cercana al positivismo-, no obstante, sostenían la necesidad de distinguir entre imputables e inimputables y rechazan la idea del delincuente nato -lo que los aproximaba a los clásicos-. En este sentido, Bernardino Alimena<sup>46</sup> procuraba conciliar las dos grandes posturas, la clásica y la positivista,

---

<sup>41</sup> TORRES, “Antropología”, cit. nota n° 40, p. 345.

<sup>42</sup> ESCOBAR, “Disertación”, cit. nota n° 23, p. 714 y ss.

<sup>43</sup> Según se indica, en 1899 la población penal en Chile era de 34.230 personas. ESCOBAR, “Disertación”, cit. nota n° 23, p. 727.

<sup>44</sup> ESCOBAR, “Disertación”, cit. nota n° 23, p. 728. Más adelante señala: “Es un hecho averiguado que el tipo del criminal en Chile es un ser raquítico, vicioso, degenerado”, y para revertir tal situación propone educar la parte física a través del servicio militar obligatorio, pues según el autor, Italia, siendo el país más criminal de Europa, con tal obligación la delincuencia disminuyó notoriamente.

<sup>45</sup> ESCOBAR, “Disertación”, cit. nota n° 23, p. 726, señala que en los estatutos de la Unión se destaca que la ciencia penal debe tomar en cuenta los resultados de los estudios antropológicos y sociológicos.

<sup>46</sup> Acerca de su vida y obra, CARNEVALI, Raúl. “Bernardino Alimena”. En: DOMINGO, Rafael (ed.). *Juristas universales*. Vol. III. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 749-750.

denominando a su posición como “naturalismo crítico”, “escuela crítica” o “positivismo crítico”. Pero, en su propuesta rechazaba tanto, el idealismo abstracto de los clásicos, como el materialismo de los positivistas.<sup>47</sup>

La contribución más importante de la *Terza Scuola* a la ciencia penal se percibía en el campo de la responsabilidad.<sup>48</sup> Para Alimena tenía un fundamento psicológico: sólo son imputables aquellos que se podían determinar y por ello dirigirse según ciertos motivos, siendo uno de estos, la pena. Para ello introducía el concepto de “dirigibilidad”, entendiendo que si la imputabilidad era el aspecto interno de la responsabilidad, sólo podían ser castigados aquellos que se podían dirigir. Dado que la defensa social era el fundamento de la pena, ésta constituía un instrumento de coacción psicológica, teniendo más bien un carácter preventivo general. Para los irresponsables proponía en cambio, la aplicación de medidas de seguridad, las que tendrían un propósito preventivo especial.

Como muy bien pone de manifiesto Matus,<sup>49</sup> en este período, que comprende fines del siglo XIX y principios del XX, ya se conocían las obras de los positivistas y las discusiones propias de la lucha de escuelas, jugando un papel relevante en este sentido Valentín Letelier y su notoria influencia en los estudiantes de Derecho.<sup>50</sup> Empero, quien se constituyó en Chile como el representante más destacado de la Escuela Positivista fue Raimundo del Río. En efecto, ya en su memoria de grado titulada *El problema penal*<sup>51</sup> exponía la doctrina de dicha escuela,<sup>52</sup> destacando su acercamiento a las posturas lombrosianas cuando desarrolló las conclusiones de la antropología.<sup>53</sup> En efecto, no sólo subrayaba que las anomalías descubiertas por los antropólogos en los criminales eran de carácter orgánico<sup>54</sup> y psíquico, sino que también examinó aquellos factores eminentemente personales, como, por ejemplo,

---

<sup>47</sup> Entre las obras más importantes de ALIMENA, sobresalen “Sulla psicologia della premeditazione”. *Archivio di psichiatria, scienze penali e antropologia*, VII, 1886, p. 35-47; *I limiti e i modificatori dell'imputabilità, 3 volumenes*, Torino, 1894-1898; “Naturalismo critico e Diritto penale”. *Rivista di discipline carcerarie*, XXI, 1891, p. 614-626; *Note polemiche intorno alla teoria dell'imputabilità*, Napoli, 1906; *Principi di Diritto penale, I-II*, Napoli, 1910-1912 (traducida al español por Eugenio Cuello Calón, Madrid, 1915. Existe una reciente publicación, que toma parte de esta traducción, titulada *Teoría del delito*. Bogotá: Editorial Leyer, 2005); *Note filosofiche di un criminalista*, Modena, 1911 (traducida al español por José Campos y Pulido, Madrid, 1913); *Principi di procedura penale*, Napoli 1914.

<sup>48</sup> MIR PUIG, *Introducción*, cit. nota n° 8, p. 166.

<sup>49</sup> MATUS, “El positivismo”, cit. nota n° 36, p. 177 y ss.

<sup>50</sup> MATUS, “El positivismo”, cit. nota n° 36, p. 179.

<sup>51</sup> DEL RÍO CASTILLO, Raimundo. *El problema penal*. Santiago: Imprenta Universitaria, 1916. (Publicado también en *Política Criminal*. n° 5, CH 1, 2008, [www.politicacriminal.cl](http://www.politicacriminal.cl) [consulta de 18 de noviembre de 2008]).

<sup>52</sup> DEL RÍO, *El problema*, cit. nota n° 51, p. 40: “La escuela positiva opone a las conclusiones sentadas por la escuela clásica, las suyas propias, que pueden sintetizarse en la forma siguiente: 1° *La escuela positiva de no admite el libe albedrío como fundamento de la responsabilidad penal*; 2° *El estudio de la antropología demuestra que los delincuentes presentan anomalías orgánicas, psicológicas i morales que los distinguen de los demás hombres*; 3° *El estudio de la estadística demuestra que las penas por sí solas no bastan a disminuir la delincuencia*”. (Cursiva en el original).

<sup>53</sup> DEL RÍO, *El problema*, cit. nota n° 51, p. 51 y ss.

<sup>54</sup> Entre ellas destaca las anomalías craneales, citando los trabajos de Lombroso. DEL RÍO, *El problema*, cit. nota n° 51, p. 58.

CARNEVALI, Raúl. “La ciencia penal italiana y su influencia en Chile”.

*Polít. crim.*, N° 6, 2008, A4-6, pp. 1-19.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_06/a\\_4\\_6.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_4_6.pdf)]

la influencia de la herencia, del sexo o incluso los físicos o cosmotelúricos, lo que le permitió afirmar que en Chile la tasa de delincuencia era más alta en la zona norte.<sup>55</sup> Interesante es hacer notar que en sus obras posteriores, del Río ya no ponía el acento en las “anomalías orgánicas” destacando más bien los factores sociales que incidían en la criminalidad.<sup>56</sup> En efecto, en su libro *Derecho penal*<sup>57</sup> señalaba que el delito era producto de las condiciones físicas y psíquicas del hombre y de los factores naturales, sociales y económicos que lo determinaban.<sup>58</sup> Más aún, años más tarde, en su *Manual de Derecho penal*,<sup>59</sup> calificaba de exageradas algunas de las conclusiones a las que arribó Lombroso.<sup>60</sup>

En todo caso, no debe llamar la atención las variaciones apreciadas en el pensamiento de Raimundo del Río pues, como se verá *infra*, ya en la década del treinta se apreciaba en Chile -y en Italia unos años antes- serios cuestionamientos a los postulados de la Escuela Positiva, los que se acentuaron en la década siguiente. Precisamente, aquello coincidió con la creciente influencia que va adquiriendo la doctrina alemana -que tuvo en las figuras de Pedro Ortiz Muñoz<sup>61</sup> y Rafael Fontecilla<sup>62</sup> sus primeros impulsores- y que se mantiene actualmente, sin mayor cuestionamiento.

### **3. Superación de la lucha de escuelas. La dirección técnico-jurídica y el predominio de la ciencia penal alemana**

Como se afirmó *supra*, ya a comienzos del siglo XX comenzó a observarse en Italia el desgaste producido por la lucha de escuelas, a través de discusiones estériles sin un alcance científico.<sup>63</sup> Por otro lado, la particular disposición del pensamiento positivista italiano, especialmente por la intensa influencia de la sociología de pretender comprender el

---

<sup>55</sup> DEL RÍO, *El problema*, cit. nota n° 51, p. 70, sin embargo, cuestiona que aquello sólo de deba a una cuestión puramente geográfica, pues señala que también debe considerarse que se trata de zonas lejanas de la autoridad, lo que ha dado lugar a la formación de cacicazgos. Asimismo, señala que en las oficinas salitreras, generalmente los trabajadores están sin sus familias, lo que incentiva una vida “libre i lijera”.

<sup>56</sup> Así ya lo destaca, MATUS, “El positivismo”, cit. nota n° 36, p. 184-185.

<sup>57</sup> DEL RÍO Castillo, Raimundo. *Derecho penal*. T. I. Santiago: Editorial Nascimento, 1935, p. 212.

<sup>58</sup> DEL RÍO, *Derecho*, T. I, cit. nota n° 57, p. 212, al señalar los postulados básicos de la escuela positivista ya no destaca, cómo sí lo hacía en su obra de 1916, la relevancia de la antropología.

<sup>59</sup> DEL RÍO CASTILLO, Raimundo. *Manual de Derecho penal*. Santiago: Editorial Nascimento, 1947.

<sup>60</sup> DEL RÍO *Manual*, cit. nota n° 59, p. 27.

<sup>61</sup> ORTIZ MUÑOZ, Pedro. *Nociones generales de Derecho penal*. Santiago: Editorial Nascimento, T. I, 1933 y T. II, 1937. Sobre las *Nociones* de Ortiz, Jiménez de Asúa tiene una posición bastante crítica, pues considera que no tiene originalidad alguna y que buena parte de sus páginas son una copia del Tratado de Von Liszt. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado*, T. I, cit. nota n° 13, p. 1181; POLITOFF, Sergio. *Derecho penal*, T. I, 2ª ed. Santiago: ConoSur, 2001, p. 72.

<sup>62</sup> Cabe precisar que Fontecilla en su proyecto de Código penal, conocido como “Proyecto Erazo-Fontecilla” de 1929, se inspira en la dogmática alemana. Más tarde escribe “El concepto jurídico de delito y sus principales problemas técnicos”. *Revista de Ciencias Penales*. T. II, 1936, p. 21 y ss. en donde se refiere al concepto de tipo penal de Beling. MATUS, “El positivismo”, cit. nota n° 36, p. 183.

<sup>63</sup> Ilustrativo resulta la exposición que al respecto hace SALDAÑA, Quintiliano. “La última fase del positivismo jurídico”. *Revista de Ciencias Penales*. T. II, n° 8, 1936, p. 189 y ss.; T. II, n° 9, 1936, p. 355 y ss.; T. II, n° 10-11, 1936, p. 491 ss.; T. III, n° 12-13, 1937, p. 3 y ss.

CARNEVALI, Raúl. “La ciencia penal italiana y su influencia en Chile”.

*Polít. crim.*, N° 6, 2008, A4-6, pp. 1-19.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_06/a\\_4\\_6.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_4_6.pdf)]

Derecho penal dentro de la sociología criminal,<sup>64</sup> hizo perder prestigio e influencia a la ciencia jurídica italiana, lo que determinó que el liderazgo que hasta ese momento tenía fuera recogido por la ciencia alemana.<sup>65</sup> Y es que, si bien en Alemania también las posturas positivistas -y la escuela italiana en particular- tuvieron especial influencia, jamás alcanzaron los extremos que sí se observaron en Italia. Por el contrario, de la mano de Von Lizst, entre otros, se le impregnó al sistema una orientación más jurídica, enfatizando el importante papel que el Derecho penal debía desempeñar para enfrentar el delito, el que no sólo debía ser comprendido desde una perspectiva social.<sup>66</sup>

Precisamente, de manos del futuro redactor del código de 1930 Arturo Rocco,<sup>67</sup> se comenzó a apreciar la necesidad de afirmar la importancia de la elaboración jurídica dentro del Derecho Penal, se hablaba pues, de la *dirección técnico jurídica*. Sus planteamientos fueron expuestos en su discurso ofrecido en la Universidad de Sassari en 1910, en donde pretendió superar el “punto sin retorno” que había llevado la lucha de escuelas a la ciencia penal italiana.<sup>68</sup> Quizás, este fue el momento determinante en que Italia cedió su primacía científica, pues como señala Jescheck, las posturas de Rocco se situaron al lado de la ciencia alemana.<sup>69</sup>

Para Rocco la ciencia del Derecho penal se debía limitar a estudiar el delito y la pena desde un punto de vista jurídico, dejando que sean otras las ciencias, particularmente la antropología y la sociología, las que debían atender otros aspectos que surgen del delito, como por ejemplo, los orgánicos y psíquicos. Partiendo pues, desde una perspectiva eminentemente positiva -a fin de recobrar la identidad de la ciencia penal como disciplina jurídica-, asumía que las tareas que debía cumplir la ciencia penal eran: el estudio exegetico, el dogmático y sistemático, y el crítico del derecho vigente.<sup>70</sup>

---

<sup>64</sup> Ya lo resaltaba, ORTIZ, *Nociones*, T. II, cit. nota n° 61, p. 31. Al respecto, BUSTOS, *Introducción*, cit. nota n° 7, p. 136-137.

<sup>65</sup> Así lo hace notar, CURY, *Derecho*, cit. nota n° 36, p. 160.

<sup>66</sup> BUSTOS, *Introducción*, cit. nota n° 7, p. 140; NOVOA, *Curso*, T. I, cit. nota n° 6, p. 88-89; MIR PUIG, *Introducción*, cit. nota n° 8, p. 167.

<sup>67</sup> Como destaca JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, T. I, cit. nota n° 13, p. 452, fue Arturo Rocco, hermano del Ministro de Justicia Alfredo Rocco, quien elaboró casi en su totalidad el Código penal.

<sup>68</sup> De este autor italiano se han publicado nuevamente, *Cinco estudios de Derecho penal*. Traducido por Nespral, Bernardo. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2003; *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal*. Traducido por Seminara, Gerónimo. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2001.

<sup>69</sup> Como ponen de manifiesto, FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale*, cit. nota n° 8, p. XXXI, se trataba de una dirección que estaba ya presente en Alemania, sobre todo, por los trabajos de Karl Binding. Estas diferencias temporales, según los autores, evidencian las diferencias culturales y políticas de ambos países. Para CURY, *Derecho*, cit. nota n° 36, p. 160, es el momento en que cede la ciencia italiana el liderazgo en favor de la alemana; NUVOLONE, Pietro. *Il sistema del Diritto penale*. 2ª ed. Padova: Cedam, 1982, p. 6-8; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, T. I, cit. nota n° 13, p. 489; JESCHECK, “Nueva dogmática”, cit. nota n° 1, p. 11.

<sup>70</sup> FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale*, cit. nota n° 8, p. XXXII; BUSTOS, *Introducción*, cit. nota n° 7, p. 155-157; MIR PUIG, *Introducción*, cit. nota n° 8, p. 169; SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. “Arturo Rocco”. En: DOMINGO, Rafael (ed.). *Juristas universales*. Vol. III. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 948-949.

Fiandaca y Musco<sup>71</sup> sostienen que esta nueva dirección técnica jurídica favorecía a un Derecho penal de carácter ideológicamente conservador, incluso autoritario. Hay que recordar que en los primeros años del siglo XX surgieron los movimientos obreros y socialistas. El Positivismo atendía a los cambios sociales del crimen -Ferri era socialista aunque luego pasa a ser un fascista fervoroso- que agitaban las discusiones penales. Pues bien, dentro de este marco de fuerte conflicto político-ideológico, el respeto al técnico jurídico suponía reducir la discusión. Además el centrar el estudio del penalista a la norma penal vigente en cuanto emana del Estado, de alguna manera imponía brindar coberturas teóricas a las tendencias autoritarias y totalitarias que estaban por venir y que Rocco fue uno de los máximos exponentes.

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe hacer notar que esta perspectiva metodológica del tecnicismo jurídico, ha dominado el panorama penal italiano hasta fines de los sesenta, es decir centrado en el positivismo legal. Quizás hay dos autores que destacaron por exponer posturas con algunas divergencias a las dominantes, a saber, Francesco Antolisei y Giuseppe Bettiol.

Antolisei<sup>72</sup> cuya actividad científica relevante tuvo lugar en los años cuarenta y cincuenta se alejó de la mera exégesis y hablaba del realismo, es decir liberar a la dogmática del lastre de las tendencias formalistas.<sup>73</sup> Sus mayores aportaciones a la ciencia penal se pueden observar en el campo de la metodología. Para Antolisei uno de los errores en los que había caído la dogmática era el de privilegiar la letra de la ley sobre su espíritu. Precisamente, el fin de la norma permitía al Derecho penal alcanzar su “verdadero realismo”. En su método de análisis destacaba la necesidad de que la ciencia penal fuera capaz de comprender las relaciones sociales que subyacen en las normas jurídicas y las figuras construidas desde la teoría general. Asimismo, entre sus esfuerzos teóricos se hallaba el problema de la causalidad, en el que pretendía introducir una tercera vía de equilibrio entre la doctrina de la *conditio sine qua non* y la de la causalidad adecuada. Para este autor el problema de la causalidad -desde la perspectiva jurídico-penal- no podía reducirse a un problema filosófico, la tarea del jurista no era ya la de establecer cómo debía entenderse el nexo de causalidad, sino la de precisar en qué consiste la relación de dependencia entre el acto y el resultado, como lo requiere la ley, a fin de que se pudiera imputar objetivamente el evento exterior al autor de una acción.<sup>74</sup>

---

<sup>71</sup> FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale*, cit. nota n° 8, p. XXXIII.

<sup>72</sup> Sobre su vida y obra, CARNEVALI, Raúl. “Francesco Antolisei”. En: Domingo, Rafael (ed.). *Juristas universales*. Vol. IV. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 87-90.

<sup>73</sup> ANTOLISEI, Francesco. “Per un indirizzo realistico nella scienza del Diritto Penale.” *Rivista italiana di Diritto Penale*. 1937, p. 121 y ss. (Publicado también en *Política Criminal*. n° 4, CH 2, 2008, [www.politicacriminal.cl](http://www.politicacriminal.cl) consulta de 18 de noviembre de 2008).

<sup>74</sup> Entre las obras de Francesco Antolisei: *Il rapporto di causalità nel Diritto penale*. Padova, 1934, (reimpresión 1960); “La disputa sull’evento”. *Rivista italiana di Diritto penale*, 1938, p. 257 y ss.; “Il problema del bene giuridico”. *Rivista italiana di Diritto penale*, 1939, p. 3 y ss.; “Concorso formale di reati e conflitto apparente di norme”. *La giustizia penale*, II, 1942; *Corso di Diritto penale*. Torino 1942-1943); *Elementi di Diritto penale, parte generale*. Torino 1945, (reimpresión 1946); *Manuale di Diritto penale, Parte generale* (1ª ed. Milano 1947, 15ª ed. a cargo de Luigi Conti, Milano 2000); *Manuale di Diritto penale, parte speciale* (1ª ed. Milano 1954, 13ª ed. a cargo de Luigi Conti, Milano 2000); *Scritti di Diritto penale*.

CARNEVALI, Raúl. “La ciencia penal italiana y su influencia en Chile”.

*Polít. crim.*, N° 6, 2008, A4-6, pp. 1-19.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_06/a\\_4\\_6.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_4_6.pdf)]

De la obra de Antolisei debe destacarse que no admitía -manteniendo tal postura en las ediciones actualizadas de su manual-<sup>75</sup> la teoría de tripartición, propia de la doctrina alemana -que como se indica *infra* introdujo Delitala-. En efecto, consideraba necesario mantener el sistema tradicional de bipartición, distinguiendo entre el elemento objetivo y subjetivo.<sup>76</sup>

Por su parte, Giuseppe Bettiol se asociaba a la corriente denominada “teleologismo” -de algún modo similar a la posición de Welzel-<sup>77</sup> al entender que el Derecho penal debía recoger valores inmutables, y por tanto, alejarse, tanto de consideraciones relativistas como también del determinismo positivista.<sup>78</sup> En este sentido, dentro de sus propuestas de acercamiento entre el derecho y la moral, se reflejaba su concepción retributiva de la pena, sin excluir el fin reeductivo, especialmente respecto de menores.<sup>79</sup> Interesante es hacer notar, que Bettiol defendió el análisis tripartito alemán que ya en su momento había introducido su maestro Giacomo Delitala.<sup>80</sup>

Importante es resaltar que tras la Segunda Guerra Mundial surgió el movimiento de la *Nueva Defensa Social*, particularmente en Francia, y en Italia de la mano de Filippo Gramatica.<sup>81</sup> Sus más importantes direcciones -que hallaban, de algún modo, su basamento en planteamientos de positivismo criminológico- era la sustitución del concepto de responsabilidad penal sobre la base de la realización de un delito por el de “antisocialidad subjetiva”, por el cual la respuesta del Estado debía depender de la estructura biopsíquica de la persona.<sup>82</sup> En realidad se trató más bien de un movimiento político criminal, que no entró en mayores cuestiones dogmáticas, y que en Italia, bastante estacionado en el tecnicismo jurídico, no tuvo una difusión mayor. Podría decirse que Pietro Nuvolone es

---

Milano 1955; *Manuale di Diritto penale. Leggi complementari. I reati fallimentari e societari* (1ª ed. Milano 1959, 11ª ed. a cargo de Luigi Conti, Milano 1999).

<sup>75</sup> ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto penale. Parte generale*. 14ª ed. A cargo de Luigi CONTI. Milano: Giuffrè, 1997.

<sup>76</sup> ANTOLISEI, *Manuale*, cit. nota n° 75, p. 209-211, destaca que el principal defecto del sistema tripartito es que degrada a la antijuridicidad a la condición de un elemento constitutivo del delito, en circunstancia de que constituye su naturaleza intrínseca. La distinción entre los sistemas tripartito y el bipartito no es un tema pacífico en la doctrina italiana, FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale*, cit. nota n° 8, p. 150 y ss.

<sup>77</sup> Así lo afirma, BUSTOS, *Introducción*, cit. nota n° 7, p. 177; JESCHECK, “Nueva dogmática”, cit. nota n° 1, p. 17.

<sup>78</sup> No por nada se llega a preguntar si es posible hablar de un Derecho penal cristiano, BETTIOL, Giuseppe. “Sul Diritto penale cristiano”, *Gli ultimi scritti 1980-1982 e la lezione di congedo*. Padova: Cedam, 1984, p. 3 y ss.

<sup>79</sup> BETTIOL, Giuseppe. “Capacità a delinquere e pena retributiva”. *Scritti Giuridici 1966-1980*. Padova: Cedam, 1980, p. 264 y ss.

<sup>80</sup> BETTIOL, Giuseppe. *Derecho penal. Parte general*. Traducido por León Pagano, José. 4ª ed. italiana. Bogotá. Temis, 1965. Acerca de la influencia de Delitala, BETTIOL, Giuseppe. “Ricordo de Giacomo Delitala”, *Scritti Giuridici 1966-1980*. Padova: Cedam, 1980, p. 164 y ss. Al respecto, JESCHECK, “Nueva dogmática”, cit., p. 14.

<sup>81</sup> GRAMATICA, Filippo. *Principios de defensa social*. Traducido por Muñoz, Jesús y Zapata, Luis. Madrid: Montecorvo, 1974; EL MISMO. *Principios de Derecho penal subjetivo*. Traducido por Del Rosal, Juan; Conde, Víctor. Madrid: Reus, 2003.

<sup>82</sup> Así lo afirman, FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale*, cit. nota n° 8, p. XXXVI.

CARNEVALI, Raúl. “La ciencia penal italiana y su influencia en Chile”.

*Polít. crim.*, N° 6, 2008, A4-6, pp. 1-19.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_06/a\\_4\\_6.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_4_6.pdf)]

quien más se preocupó de vincular los conceptos normativos con la disciplina criminológica a fin de buscar nuevos diseños sancionatorios.<sup>83</sup>

### 3.1. Qué sucede en Chile

Puede decirse que la influencia del positivismo se mantuvo, con variaciones -como se expuso *supra*- durante los primeros treinta años del siglo pasado, para luego ir recorriendo otros caminos, tal como aconteció años antes en Italia. De hecho, si se revisa los primeros números de la *Revista de Ciencias Penales* puede apreciarse la importancia que ejercía el positivismo.<sup>84</sup> Sintomático resulta, que el primer artículo del N° 1, publicado en 1935, se titula “El estado peligroso” escrito por Alfredo Bravo.<sup>85</sup> Al respecto, es interesante hacer notar que los temas más tratados durante la década del treinta y cuarenta, fueron precisamente los vinculados a la criminología.<sup>86</sup> Debe tenerse en cuenta además, que la Revista en sus inicios, 1935, estuvo dirigida por la Dirección General de Prisiones. Recién en 1941 pasó a cargo del Instituto de Ciencias Penales. Además, en la misma época, aunque de efímera presencia, también se publicó la revista *Archivos chilenos de criminología*. Cabe hacer notar, que también el Instituto de Ciencias Penales -fundado en 1937- tuvo una impronta positivista, considerando quienes fueron sus primeros miembros.<sup>87</sup>

Fue en esta época y bajo el indudable influjo de las ideas positivistas que se celebraron los Congresos Latinoamericanos de Criminología. El primero de ellos se realizó en Buenos Aires, en 1938 y el segundo en Santiago en 1941.<sup>88</sup> Para el celebrado en la ciudad argentina concurren como delegados, entre otros, Raimundo del Río, Gustavo Labatut, Miguel Schweitzer, como profesores de Derecho penal; Manuel Jara Cristi, Director General de prisiones; Juan Andueza, profesor de Medicina legal; Carlos Valdovinos y Pedro Silva Fernández por la I. Corte de Santiago e Israel Drapkin, Director del Instituto Nacional de Clasificación y Criminología.<sup>89</sup> Entre los temas tratados se pueden citar los siguientes: la valoración de los factores biológicos y sociológicos en las reacciones antisociales de los menores; formación científica del juez crimen;<sup>90</sup> índices médico-psicológicos y legales de

---

<sup>83</sup> NUVOLONE, *Il sistema*, cit. nota n° 69, p. 479 y ss.

<sup>84</sup> Al respecto, MATUS, “El positivismo”, cit. nota n° 36, p. 176.

<sup>85</sup> BRAVO, Alfredo. “El estado peligroso”. *Revista de Ciencias Penales*. T. I, n° 1, 1935, p. 4 y ss. En ese mismo número, el Dr. Eduardo BRÜCHER, escribe “Un nuevo método de defensa social: la esterilización”, p. 34 y ss., en donde defiende la medida, incluso por razones higiénico-raciales, tal como lo dispuso la Alemania nazi.

<sup>86</sup> MATUS, Jean Pierre; CARNEVALI, Raúl. “Análisis descriptivo y cuantitativo de los artículos de Derecho penal y Criminología de autores chilenos en Revistas publicadas en Chile (1885-2006)”. *Política Criminal*. ([www.politicacriminal.cl](http://www.politicacriminal.cl)). n° 3, 2007. D2, p. 23, 29. (consulta de 19 de noviembre de 2008).

<sup>87</sup> *Revista de Ciencias Penales*. T. III, n° 14-15, 1937, p. 281 y ss

<sup>88</sup> Puede consultarse [http://biblio2.colmex.mx/coinam/coinam\\_1\\_suplemento\\_1938\\_1942/base2.htm](http://biblio2.colmex.mx/coinam/coinam_1_suplemento_1938_1942/base2.htm). p. 348-350 (visita realizada el 19 de noviembre de 2008).

<sup>89</sup> *Revista de Ciencias Penales*. T. IV, n° 18-19-20, 1938, p. 251.

<sup>90</sup> Como preparación a este Congreso, DEL RÍO CASTILLO, Raimundo; GARCÍA GERKENS, Alfonso. “La formación científica del juez del crimen en la enseñanza universitaria”. *Revista de Ciencias Penales*. T. IV, n° 21, 1938, p. 273 y ss. En general, dicho número de la revista expone los trabajos presentados por la delegación chilena al Congreso.

CARNEVALI, Raúl. “La ciencia penal italiana y su influencia en Chile”.

*Polít. crim.*, N° 6, 2008, A4-6, pp. 1-19.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_06/a\\_4\\_6.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_4_6.pdf)]

la peligrosidad, y la peligrosidad como fundamento y medida de la responsabilidad<sup>91</sup>. Para el Segundo Congreso realizado en la ciudad de Santiago en 1941, y que fue auspiciado por la Universidad de Chile y el Instituto de Ciencias Penales, se determinaron como temas a tratar, entre otros, los siguientes: reforma de la legislación penal en América; grupos sanguíneos y su importancia para la Criminología; clasificación penitenciaria de los penados; la reincidencia; las penas privativas de libertad de corta duración; delitos económicos; la constitución perversa y la responsabilidad y la libertad condicional.<sup>92</sup>

Anteriormente se destacó la importancia de la figura de Raimundo del Río en la difusión de positivismo, pero también otros destacados autores sostuvieron posturas similares, aunque años más tarde, se dirigieron hacia otros derroteros científicos. En efecto, Gustavo Labatut cuando defendió su proyecto de Código penal,<sup>93</sup> elaborado en 1938 junto a Pedro Silva Fernández,<sup>94</sup> destacó el que se hubiese contemplado medidas de seguridad que podían tener, incluso, un carácter indefinido -art. 63 del proyecto-.<sup>95</sup> Asimismo, resaltó del proyecto que la pena se debía determinar tomando en consideración el grado de peligrosidad del delincuente -art. 44-, precisándose sobre la base de las antecedentes y condiciones personales y de los móviles que lo impulsaron para delinquir. Más adelante, volvió a subrayar que, aun cuando el proyecto disponía la pena prefijada, “la condena de duración indeterminada es el corolario ineludible del criterio de la peligrosidad y el más sólido pilar de toda legislación que se inspire en los principios de la defensa social”.<sup>96</sup> Postura que mantuvo en distintas ediciones de su *Derecho penal. Parte General*<sup>97</sup> al afirmar “que el fundamento teórico de este instituto es lógico e irrefutable”.

Sin embargo, con el tiempo Labatut fue atemperando su defensa a los postulados propios del positivismo para ir dirigiéndose a posturas más bien cercanas al “tecnicismo jurídico” de raíz italiana,<sup>98</sup> como se puede apreciar a partir de la 3° edición de su *Derecho penal*<sup>99</sup>. En

---

<sup>91</sup> Para mayor detalle de las resoluciones adoptadas en dicho Congreso, *Revista de Ciencias Penales*. T. IV, n° 21, 1938, p. 369 y ss.

<sup>92</sup> Para conocer las sesiones, *Segundo Congreso Latino Americano de Criminología*. 2 tomos. Santiago. 1941.

<sup>93</sup> LABATUT GLENA, Gustavo. “La peligrosidad de las personas naturales en el proyecto de Código penal chileno de 1938”. *Revista de Ciencias Penales*. T. IV, n° 21, 1938, p. 289 y ss.

<sup>94</sup> Puede conocerse en *Revista de Ciencias Penales*. T. IV, n° 18-19-20, 1938, p. 79 y ss. Comentario crítico de RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ, Manuel. *Evolución histórica del Derecho penal chileno*. Valparaíso: Edeval, 1991, p. 91 y ss.

<sup>95</sup> Art. 63: “El reincidente que haya sido condenado anteriormente más de tres veces y manifieste inclinación al delito, a la vagancia o a la mendicidad, podrá ser internado en una casa de trabajo o en una colonia agrícola por tiempo indeterminado, siempre superior al máximo de la pena señalada por la ley al último delito”.

<sup>96</sup> LABATUT, “La peligrosidad”, cit. nota n° 93, p. 294, señala además que las razones para no adoptar la condena indeterminada se encuentran también expuestas en la exposición de motivos del proyecto de Código argentino de 1937, y apuntan a que no se dispone de infraestructura que permita la implementación del sistema reformativo.

<sup>97</sup> Así, para citar algunas, la edición de 1951, p. 350 y ss; la 3ª ed. de 1958, p. 388 y ss. y la 9ª ed., actualizada por Julio ZENTENO VARGAS, 1995, p. 265 y ss., aunque aquí se cambia la voz sentencia por condena.

<sup>98</sup> Aquello es destacado por CURY, *Derecho*, cit. nota n° 36, p. 162; POLITOFF, *Derecho*. T. I, cit. nota n° 61, p. 73; también lo resalta POLITOFF en su carta homenaje a Labatut con motivo de su fallecimiento, *Revista de Ciencias Penales*. T. XXII, 1963, p. 165.

<sup>99</sup> LABATUT GLENA, Gustavo. *Derecho penal. Parte General*. 3ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1958.

CARNEVALI, Raúl. “La ciencia penal italiana y su influencia en Chile”.

*Polít. crim.*, N° 6, 2008, A4-6, pp. 1-19.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_06/a\\_4\\_6.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_4_6.pdf)]

efecto, tal como se destaca en su prólogo, allí se redujo considerablemente los párrafos dedicados a la Criminología por estimarlos de importancia secundaria y ampliar los relativos al análisis jurídico.<sup>100</sup>

Ya a fines de los años cuarenta, y claramente a partir de la década siguiente, se aprecia la declinación de las posturas positivistas y del pensamiento italiano en general,<sup>101</sup> a favor de la técnica jurídica propia de la ciencia penal alemana.<sup>102</sup> Si se revisa con detención las publicaciones a partir de esa época se puede constatar tal afirmación,<sup>103</sup> quizás con la excepción de los trabajos de Álvaro Bunster.<sup>104</sup> Ahora, que así haya sucedido, también se debió al enorme influjo que por estas tierras tuvo Luis Jiménez de Asúa, quien con su magnífica obra permitió conocer el pensamiento alemán.<sup>105</sup>

Si bien es cierto, en la década del sesenta connotados autores nacionales como Luis Ortiz Quiroga y Sergio Politoff realizaron estudios de postgrado en Italia -ambos en la Universidad de Roma-, la influencia de la doctrina alemana era ya manifiesta.<sup>106</sup> Sin embargo, aún así es posible apreciar en la obra de Politoff su cercanía a la sistemática italiana, como ocurre en su libro *Los elementos subjetivos del tipo penal*<sup>107</sup> o también en su

---

<sup>100</sup> Como lo pone de manifiesto, MATUS, “El positivismo”, cit. nota n° 36, p. 182. Asimismo, otro connotado positivista como lo fue Samuel Gajardo proponía introducir en la dogmática jurídica algunos conceptos de la escuela positiva que han conducido a la humanización del Derecho penal -así, la clasificación de los delincuentes-. Al respecto, señala: “Así como el penalista clásico no puede desconocer estas conquistas modernas, el positivista no puede desconocer la necesidad de la técnica jurídica frente a las exigencias del derecho penal vigente”. GAJARDO, Samuel. “La dogmática jurídica y el positivismo penal”. *Revista de Ciencias Penales*. T. IX, n° 4, 1946, p. 275.

<sup>101</sup> Quizás un caso paradigmático acerca del tratamiento de la peligrosidad es lo que aconteció con René Cerón Pardo, quien fue indultado de una pena de presidio perpetuo por homicidio, tras someterse a una operación al cerebro -lobotomía-. El Instituto de Neurología, pretendía verificar los resultados de una operación de esta naturaleza. Sin embargo, pasado seis años Cerón volvió a matar.

<sup>102</sup> MATUS, “El positivismo”, cit. nota n° 36, p. 190 y ss. cuestiona que la herencia del positivismo se haya reducido a investigaciones criminológicas y a la Ley N° 11.625 de 1954, sobre *Estados Antisociales* —que tuvo nula aplicación— y en la introducción del sistema de *remisión condicional de la pena*. Por el contrario, según el autor el positivismo está muy presente, y que la “peligrosidad” impregna buena parte de nuestro sistema legal; HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. “El Derecho penal chileno en el cambio de siglo: ensayo de balance y perspectivas”. *Persona y sociedad*. Vol. XVIII, n° 2, 2004, p. 218.

<sup>103</sup> MATUS/CARNEVALI, “Análisis descriptivo”, cit. nota n° 86, p. 23. Además, dicho estudio contiene una lista no exhaustiva de autores extranjeros (Anexo N° 4) que han publicado en Chile, donde se puede apreciar la importante presencia de autores españoles -cuya doctrina es de clara raigambre alemana- y alemanes.

<sup>104</sup> Como se puede observar en BUNSTER, Álvaro. “La voluntad en el acto delictivo”. *Revista de Ciencias Penales*. T. XII, n° 3-4, 1950, p. 149 y ss.

<sup>105</sup> POLITOFF, *Derecho*. T. I, cit. nota n° 61, p. 73. CURY, Enrique. “Reflexiones sobre la evolución del Derecho penal chileno”. *Revista de Ciencias Penales*. T. XXIII, n° 2, 1964, p. 155, destaca el deslumbramiento que la doctrina alemana causaba entre las generaciones más jóvenes.

<sup>106</sup> Para mayor detalle, MATUS ACUÑA, Jean Pierre. “Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos”. *Política Criminal*. ([www.politicacriminal.cl](http://www.politicacriminal.cl)). n° 5, 2008. A5, p. 3 y ss. Además se acompaña un anexo donde se refleja la influencia recíproca entre la doctrina iberoamericana y la alemana, la que es totalmente asimétrica en favor de esta última. Además, POLITOFF, *Derecho*. T. I, cit. nota n° 61, p. 165.

<sup>107</sup> POLITOFF, Sergio. *Los elementos subjetivos del tipo penal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1965.

CARNEVALI, Raúl. “La ciencia penal italiana y su influencia en Chile”.

*Polít. crim.*, N° 6, 2008, A4-6, pp. 1-19.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_06/a\\_4\\_6.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_4_6.pdf)]

examen a la noción de autoría, cuando se pronuncia acerca de la concepción unitaria de autor.<sup>108</sup> Asimismo, en la obra de Etcheberry, aun cuando sigue el sistema tripartito alemán, se puede apreciar su admiración por la doctrina italiana, que ‘recorre’ todo su *Derecho penal*.<sup>109</sup>

#### 4. Panorama científico italiano a partir de los años setenta

Antes de examinar cuál ha sido el desarrollo de la ciencia penal italiana, es importante tener en consideración lo siguiente: aún rige el Código penal de 1930, es decir, un cuerpo normativo surgido durante el fascismo. Por cierto llama la atención que así suceda, pues a esta obra se la destacaba, precisamente, por su talante fascista.<sup>110</sup> Según Jiménez de Asúa, después de la guerra surgió con fuerza en Italia el comunismo, por lo que se apreció que el Código constituía un instrumento eficiente para enfrentarlo. Además, no pocas voces comenzaron a defenderlo, afirmando que no estaba científicamente implicado con el fascismo.<sup>111</sup> Frente a un escenario como el descrito, una de las tareas esenciales, una vez instaurada la República, fue “reconstruir” el sistema penal, lo que motivó una especie de *revitalización* de la ciencia penal, al procurar que el conjunto de principios y valores consagrados en la Constitución se vayan plasmando en el ordenamiento jurídico penal. En este sentido, ha cumplido un papel esencial la Corte Constitucional italiana<sup>112</sup>, a fin de superar los trazados iliberales de la normativa penal, valorizando particularmente principios como los de legalidad -art. 25 inc. 2° de la Constitución- y culpabilidad -art. 27-.

---

<sup>108</sup> POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, M<sup>a</sup> Cecilia. *Lecciones de Derecho penal Chileno. Parte general*. 2<sup>a</sup> ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 396. Manifestando su interés en la teoría unitaria de autor *dominante en el derecho penal italiano*, MATUS ACUÑA, Jean Pierre. “Sergio Yáñez, obra e influencia. La dogmática chilena actual”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*. Año 14, n° 1, 2007, p. 113 y ss.

<sup>109</sup> ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho penal*, 4 tomos. 3<sup>a</sup> ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1998. Incluso, ya se puede apreciar en su primer y laureado trabajo, *El concurso aparente de leyes penales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, s.f. De los profesores más jóvenes, con formación italiana, podemos citar a José Luis Guzmán Dalbora, quien realizó un Diplomado en la *Scuola di Specializzazione in Diritto penale e Criminologia* de la Universidad de Roma y a Fernando Londoño, quien este año obtuvo su grado de doctor en la Universidad de Ferrara.

<sup>110</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, T. I, cit. nota n° 13, p. 453, denuncia lo que para él es una incongruencia, pues es incomprensible que un Código de corte totalitario aún se mantenga vigente durante una república democrática.

<sup>111</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, T. I, cit. nota n° 13, p. 453. Al respecto, no puede dejar de destacarse que connotados académicos defendieron el fascismo. Paradigmático es el caso de MAGGIORE, Giuseppe. “Diritto penale totalitario nello Stato totalitario”. *Rivista Italiana di Diritto Penale*, XVII, 1939, p. 159-161, en donde aboga por un Derecho penal propio de un Estado fascista, en donde adhiere al principio *in dubio pro republica*, que debe tomar lugar, en el estado totalitario, del antiguo *in dubio pro reo*. Asimismo, que la vieja fórmula del *nullum crimen sine lege* debe ser reemplazada por el nuevo principio *nullum crimen sine poena*. Empero, en la 5<sup>a</sup> ed. (1951) de su *Derecho Penal*, pp. 138-141 (ed. en español, Bogotá, 1989, trad. Ortega Torres), cuando examina el principio de legalidad, Maggiore se manifiesta contrario a lo que, pocos años atrás, defendía.

<sup>112</sup> PAPA, Michele. “Die Entwicklung des italienischen Strafrechts in den 60er und 70er Jahren”. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. 115 (2003), p. 183 y ss.; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale*, cit. nota n° 8, p. XXXVII; MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale*, cit. nota n° 12, p. 22, 28-29.

Al respecto, adquirió especial fuerza la llamada *Escuela de Bologna* de Franco Bricola, entre otros.<sup>113</sup> Precisamente, la obra de Bricola aun cuando no supuso romper con el tecnicismo jurídico sí pretendió superar lo estrictamente positivista, procurando vincular el sistema penal con el conjunto de principios expresados en la Constitución, particularmente las garantías a las personas. Es así, que elaboró una *teoría del bien jurídico constitucionalmente orientada*, en el que se reflejaba una particular atención a las garantías individuales.<sup>114</sup> Partía de la base de que sólo a través de la norma fundamental era posible extraer los presupuestos axiológicos que permitieran determinar cuáles eran aquellos objetos que debían tutelarse. Es decir, en la medida que era la Constitución la que reflejaba el conjunto de valores que se había autoimpuesto una sociedad -de forma democrática, claro está- era posible extraer criterios materiales, tanto a efectos de incriminación como de desincriminación.

Asimismo, comenzaron a desarrollarse planteamientos de orden político criminal y criminológicos, entre los que pueden destacarse los realizados por Alessandro Baratta y más tarde Massimo Pavarini. Sus investigaciones se han dirigido a cuestionar al Derecho penal como instrumento idóneo para enfrentar la criminalidad, como asimismo, la necesidad de buscar alternativas a las penas privativas de libertad, dado sus efectos eminentemente criminógenos.<sup>115</sup> Por otro lado, debe destacarse la Teoría del garantismo desarrollada por Luigi Ferrajoli,<sup>116</sup> que parte de la siguiente premisa: del poder debe esperarse un uso abusivo, por tanto, es indispensable imponer límites al ejercicio de dicho poder a través de un sistema de garantías, que vinculen a dicho poder con la protección de derechos. Propugnan las tesis garantistas su oposición a toda manifestación de decisionismo, exigiendo un apego irrestricto al principio de legalidad.<sup>117</sup>

Sin perjuicio de los aportes que puedan provenir de la doctrina, suele afirmarse que una de las principales razones del porqué no se manifiesta una revisión y una reforma completa del cuadro penal, se debe a la constante crisis político-institucional que vive Italia<sup>118</sup>. De alguna forma, los esfuerzos se dirigen a ámbitos sectoriales, dejando para momentos más oportunos -que parecen no llegar nunca- un examen más acucioso y profundo de todo el

---

<sup>113</sup> Sobre sus postulados más esenciales, BUSTOS, *Introducción*, cit. nota n° 7, p. 201 y ss.

<sup>114</sup> BRICOLA, Franco. "Teoría generale del reato". En: *Novissimo Digesto Italiano*, T. XIX, Torino, 1973, p. 10 y ss.; también, MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. "Costituzione e politica dei beni giuridici". *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1994, p. 333 y ss, en n. 2 hacen una relación de aquellos autores italianos que sustentan esta teoría.

<sup>115</sup> En español pueden citarse, entre otros, BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del Derecho penal*. Traducido por Bunster, Álvaro. Buenos Aires: Siglo XXI editores, 2002; PAVARINI, Massimo. *Control y dominación*. Traducido por Muñagorri, Ignacio. Buenos Aires: Siglo XXI editores, 2002; MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcel y miseria. Los orígenes del sistema penitenciario*. México: Siglo XXI editores, 1980.

<sup>116</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Traducido por Andrés Ibáñez, Perfecto et al., Madrid: Trotta, 1995.

<sup>117</sup> Un estudio del pensamiento jurídico de Ferrajoli, CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Ed.). *Garantismo. Estudio sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005.

<sup>118</sup> Así, FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale*, cit. nota n° 8, p. XXXVIII.

CARNEVALI, Raúl. “La ciencia penal italiana y su influencia en Chile”.

*Polít. crim.*, N° 6, 2008, A4-6, pp. 1-19.

[[http://www.politicacriminal.cl/n\\_06/a\\_4\\_6.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_4_6.pdf)]

ordenamiento penal. Parafraseando a Sergio Moccia -aunque aludiendo a otro contexto-, al parecer se vive en una constante y *perenne emergencia*.<sup>119</sup>

Sin embargo, es interesante resaltar que aquello que puede parecer un obstáculo ha sido un incentivo para que la ciencia penal italiana sea especialmente productiva al abordar ciertas materias, y no sólo desde una óptica teórica, sino también -y especialmente- desde una perspectiva político criminal, recurriendo a las ciencias empírico-sociales.<sup>120</sup> Basta apreciar las obras que se han escrito en la esfera del Derecho penal económico, corrupción, delitos transnacionales y comunitarios.

Creo que aquí radica la especial riqueza de los trabajos italianos, pues su mirada “práctica” permite abordar los problemas desde otra perspectiva.<sup>121</sup> Esto ya justifica una mayor atención de nuestra parte, revirtiendo así, nuestro alejamiento de la ciencia italiana como ha ocurrido en las últimas décadas.

---

<sup>119</sup> MOCCIA, Sergio. *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*. 2ª ed. Napoli, 1997.

<sup>120</sup> Así lo pone de manifiesto, FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale*, cit. nota n° 8, p. XXXIX, al afirmar que en Italia se ha producido un desencanto en relación a la aproximación constitucional. Por otro lado, interesante resultan los planteamientos que hacen MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale*, cit. nota n° 12, p. 116 y ss. sobre el problema de la causalidad al introducir restricciones sobre la base de leyes científicas.

<sup>121</sup> Precisamente una de las grandes críticas que buena parte de la doctrina italiana hace de la imputación objetiva es su escasa relevancia práctica. Sobre el punto, MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*. 4ª ed. Padova: Cedam, 2001, p. 191 señala: “En conclusión, si no estamos errados, el “tormento dogmático” que se comprende en torno a la *objektive Zurechnungslehre* (en el original), con una gran cantidad de estudios hoy ya inabarcables, sustentados por demasiados ejemplos de escuela, priva de útiles resultados prácticos, pero con niveles de complicación quizás únicos que concurren a aumentar las distancias entre la teoría y la práctica, se reduce, en buena medida, a un problema convencional de “sistemática del delito” y, por tanto, de preferencias personales: anticipar la solución de la difícil casuística al elemento objetivo del delito o retrasarlo a la culpabilidad (cuando no sea resuelto ya conforme a los art. 41/2 y 54). ¿Tanto ruido para nada?”.