

# ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL 2005

PONENCIAS EN  
BUENOS AIRES

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL / N° 23 / 2005



SOCIEDAD CHILENA  
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFÍA  
JURÍDICA Y SOCIAL  
2005

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA  
JURÍDICA Y SOCIAL  
ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL N° 23  
2005

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las  
Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo  
Ibáñez, Católica del Norte, Católica de Temuco,  
Católica de Valparaíso, Católica de la Santísima  
Concepción, de Concepción, de Los Andes, de Chile,  
Diego Portales, y del Mar.

Especial mención cabe hacer a la Facultad de  
Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de  
Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, "Edeval" se  
llevó a cabo la impresión de este volumen.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

I. S. B. N. — 0170 — 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

Impreso en EDEVAL  
Errázuriz 2120 - Valparaíso  
E-mail: edeval@uv.cl

# ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

2005

## PONENCIAS EN BUENOS AIRES

SOCIEDAD CHILENA  
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA  
JURÍDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO  
(2005 - 2007)

Fernando Atria, Antonio Bascuñán Valdés,  
Rodrigo Coloma, Jesús Escandón Alomar, Joaquín  
García-Huidobro Correa, Fernando Quintana  
Bravo, Pablo Ruiz-Tagle, Agustín Squella Narducci,  
y Aldo Valle Acevedo.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social  
tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La  
correspondencia puede ser dirigida a la casilla 3325,  
Correo 3, Valparaíso, o al correo electrónico  
asquella@vtr.net

*PRESENTACIÓN*

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social presenta su *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* número 23, correspondiente a 2005. Sin perjuicio de su sección habitual de *Estudios*, este volumen reproduce la versión escrita de algunas de las ponencias de autores chilenos que fueron presentadas en 2004 en la Primera Jornada Argentino Chilena de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, que tuvo lugar en la Universidad de Buenos Aires. Cabe señalar que la segunda de tales Jornadas, efectuada en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, en Santiago, desde el 20 al 22 de octubre de 2006, coincidió con la aparición de este *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* número 23.

Esta obra contiene también una sección de *Necrologías*, en la que se recuerda a Aleksander Peczenik y Luiz Luisi.

El número 24 de nuestro Anuario, correspondiente a 2006, aparecerá en 2007, y contendrá las ponencias presentadas en la mencionada Segunda Jornada Chileno Argentino de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, en especial las 12 leídas en el igual número de sesiones plenarias de la Jornada.

Este y demás números del Anuario pueden ser solicitados a la Casilla 3325, Correo 3, Valparaíso, Chile, o bien a asquella@vtr.net

*Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social*

ESTUDIOS

## EL DELINCUENTE POR CONVICCIÓN

GUSTAV RADBRUCH \*

En estos tiempos el delincuente político ocupa un extenso campo, tanto en el mundo de los conceptos como en el mundo de los hechos. Muy controvertidos casos de extradición suscitan debate, en la prensa y el Parlamento, sobre el derecho de asilo del delincuente político. Se dicta leyes de amnistía circunscritas a delincuentes políticos. En la ejecución penal se reclama un tratamiento especial para el delin-

---

\* Traducción del alemán por el doctor José Luis Guzmán Dalbora, profesor titular (catedrático) de Derecho penal en la Universidad de Valparaíso (Chile). Publicado en la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, tomo 44, 1924, págs. 34-38, el presente fue el primero de dos trabajos que Radbruch dedicó al argumento. El otro, con el mismo título (*Der Überzeugungsverbrecher*), apareció en la *Juristische Rundschau*, t. 2, 1926, págs. 865 y ss. Pero con el ofrecido aquí puede decirse que comienza la discusión contemporánea acerca del tratamiento jurídico-penal del tema. El talento de Radbruch no sólo dio con la originalidad de la designación, sino supo ir más allá del criterio tradicional, procedente del siglo XIX, que ceñía el debate al delincuente político. Esto, sin nombrar el coraje civil de formular semejantes planteamientos en medio de las agudas convulsiones que azotaron la República de Weimar, siendo Radbruch nada menos que ex titular del Ministerio de Justicia. Andando los años, el manejo unitario de la delincuencia por convicción, basado en que todas las concepciones políticas y existenciales demandaban una consecuencia jurídica no discriminatoria, cedió el paso a la diferenciación de autores por motivos de conciencia y autores por convicción en sentido estricto. El afinamiento de los conceptos dogmáticos permitió entonces reconocer una causa de justificación, el ejercicio legítimo

cuenta político. La Administración de Justicia en lo criminal se empeña en utilizar el criterio del móvil deshonroso para diferenciar delincuentes comunes y políticos. El delincuente político es caracterizado, ora por el sentido de su hecho, ora por la índole de su móvil, ora en la fórmula de compromiso de que el predominante carácter político del hecho permite el influjo simultáneo de todos los puntos de vista.

La multiplicidad de definiciones denota falta de claridad en el criterio adecuado y determinante para la formación del concepto. Ese criterio adecuado es la peculiaridad del fin de la pena de cara al delincuente por convicción<sup>1</sup>.

El "Proyecto de un Código penal general alemán", que fue presentado al Gobierno imperial por el predecesor del actual Ministro de Justicia del Imperio<sup>2</sup>, en su título relativo a la "determinación legal de la pena" contiene la siguiente disposición:

---

del derecho constitucional a la libertad de conciencia, a una parte de las situaciones nombradas en primer lugar, mientras que la responsabilidad penal de la autoría por convicción (y de la llamada desobediencia civil) es aún materia de controversia y uno de los capítulos más delicados de la doctrina de la culpabilidad en el marco de la teoría del delito. Cfr. Hirsch, *Derecho penal y autor por convicción* (traducción de Patricia Laurenzo Copello), en sus *Obras completas*. 3 vols. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, t. II, 2000, págs. 171-207.

Pensando en cierta mentalidad unidimensional que descalifica toda forma de disidencia al actual ajuste del poder económico, social y político, y cuya natural tendencia consistirá en rotular como enemigos o terroristas a los adversarios que impulsan demasiado adelante sus afanes, hemos creído oportuno rescatar este viejo ensayo, dejándolo a disposición del jurista hispanohablante.

1. Para lo que sigue, cfr. Radbruch, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 3ª y 4ª eds., 1919, págs. 93 y ss.
2. Este Proyecto, de 1922, lo elaboró Radbruch mientras ocupaba la cartera de Justicia. Escribió también la Exposición de motivos, todo ello con la esperanza de que su obra sería aprobada por el Parlamento para entrar en vigor antes de las elecciones de 1924. Pese a que sus esperanzas se vieron defraudadas, el Proyecto surtiría influjo en ulteriores reformas parciales al Código de 1871. El adjetivo "general" (*allgemeinen*) figura en el título porque estaba concebido para regir, además, en Austria. La disposición a que se alude seguidamente en el texto corresponde al parágrafo 71, cuyo contenido permaneció casi inalterado en el Proyecto de 1925 y se deja sentir, asimismo, en los Proyectos de 1927 y 1930. [N. del t.].

"Si el móvil preponderante del autor residió en que él se creyó obligado a realizar el hecho a causa de sus convicciones morales, religiosas o políticas, prisión rigurosa y prisión simple serán reemplazadas por el encierro de la misma duración".

Las "Observaciones" añadidas allí fundamentan esta disposición de la siguiente manera:

"El encierro se diferencia de los dos grados de la pena de prisión más o menos como, hasta ahora, la detención en fortaleza respecto de la prisión y el presidio. Contrariamente al tinte castrense de la antigua designación, el nuevo nombre debe dejar en claro que el encierro en establecimientos penales de carácter civil, es hecho cumplir por autoridades civiles de la ejecución penal. A diferencia la detención en fortaleza, la pena de encierro no es conminada para determinados delitos singulares de la Parte especial, sino está prescrita, con alcance totalmente general, en reemplazo de las prisiones simple y rigurosa, para los casos en que el móvil preponderante del autor residió en que éste se creyó obligado a realizar el hecho a causa de sus convicciones morales, religiosas o políticas. Por tanto, la aplicación del encierro no se hace depender, como ocurre en el Derecho vigente con la pena de fortaleza, de la apreciación, necesariamente subjetiva, de la honra del autor, sino, más bien, de una averiguación psicológica que se puede establecer con objetividad. El delincuente por convicción se destaca como un tipo de contornos nítidos respecto de los delincuentes comunes. El delincuente común puede ser declarado convicto de su injusto, a menudo por la lógica intrínseca del hecho que realizó. El ladrón quiere para sí la propiedad que lesiona en otro; el falsificador de documentos exige para el documento falso la misma fe pública que él perturba con su falsedad; ambos afirman por principio el merecimiento de tutela y la protección penal del bien jurídico atacado por ellos y, en consecuencia, no pueden quejarse si la tutela punitiva se dirige precisamente en su contra. El delincuente común está en contradicción consigo mismo; como representante de su propia individualidad, mejor y más avisada, le sale al paso el Estado que pune. En cambio, el delincuente por convicción no es rebatible a partir de sí mismo. Frente a la encarnada en el poder punitivo,

se halla otra cerrada convicción. Por más que el Estado lo combata con toda severidad como su adversario, no puede pretender corregirlo como haría con un sujeto falto de consistencia moral. Que el encierro no es una detención correccional, lo destaca claramente frente a la pena de prisión”.

Puede parecer extraño que un Proyecto que suprime todas las penas infamantes, porque no quiere seguir contribuyendo a dejar al penado a merced del linchamiento moral de la sociedad, dado que, en su concepción, aquél debe volver a ésta como alguien que redimió su culpa, no como un individuo deshonorado —un Proyecto que reemplaza la pena infamante de pérdida de los derechos civiles honoríficos por las medidas de seguridad de pérdida de la capacidad para desempeñar cargos públicos y de pérdida de los derechos políticos activos y pasivos, y que nunca permite que tales privaciones jurídicas sobrevengan como la consecuencia necesaria de un determinado hecho punible—; que, además, substituye el nombre “presidio”, letal para el honor civil, por la designación “prisión rigurosa”; puede parecer extraño, decíamos, que un Proyecto semejante acoja en apariencia la idea de considerar el motivo honorable, al erigir una pena privativa de la libertad en *custodia honesta*, e imprima indirectamente a las demás de esta clase la mácula de lo oprobioso que acaba de suprimir. Sin embargo, esta interpretación supondría un completo malentendido de los propósitos del Proyecto. Las mismas Observaciones que hemos reproducido expresan que la disposición del Proyecto está referida, no a una apreciación ética del honor del autor, sino a una constatación psicológico-criminal de hechos. El delincuente por convicción es un tipo psicológico-criminal, ni más ni menos evidente que el delincuente pasional u ocasional, el por tendencia o costumbre. Frente a todos estos delincuentes, con su individualidad dada o formada en términos pasivos, está, claramente diferenciado, el delincuente con su segunda individualidad, ganada a fuerza de labor. Tampoco es el criterio de la *custodia honesta* aquel según el cual el delincuente por convicción debe experimentar un tratamiento especial; no está en juego un criterio ético, sino, antes bien, un puro criterio político-criminal. Decisiva es la consideración de que ciertos fines de la pena tienen que ser descartados frente al delincuente por convicción. Tal vez quepa convencerlo de algo mejor; pero pretender

“mejorarlo”, eso nunca jamás<sup>3</sup>. Corrección y retribución presuponen una superioridad moral del Estado legitimado a penar sobre los delincuentes, necesitados de corrección o dignos de retribución —y frente al delincuente común, en correspondencia a su individualidad propia, mejor y más avisada, existe, de hecho, una superioridad semejante, que hay que reconocer—. En cambio, el delincuente por convicción es alguien que ni precisa ser corregido ni resulta merecedor de retribución, sino sólo uno que —rebatible o no— piensa de otra manera, un adversario del actual poderío moral, religioso o político, a quien ciertamente cabe combatir en interés de la preservación de aquél, pero al cual no se puede imponer con sensatez medidas correctivas o retributivas. No es casual que, para hacerle frente, el Derecho penal ponga a disposición hasta la fecha una clase de pena emparentada con la prisión militar: la detención en fortaleza. Del mismo modo, la palabra “encierro” persigue caracterizar la pena homónima como mera privación de la libertad orientada a la finalidad del aseguramiento del recluso, amén de intimidar, acaso, a los demás, pero sin las tareas de la retribución que doblega la voluntad o del influjo corrector, sin el rasgo de superioridad moral del Estado que pune sobre el penado, quien normalmente participa en el ser de la pena.

El tratamiento especial del delincuente por convicción tiene que mantenerse estrictamente dentro de sus límites, máxime en los tiempos que corren. Claro es que hay que extender éstos más allá del delincuente político y hacerlos abarcar al delincuente por convicción religiosa o moral. Puede resultar discutible que junto al delincuente por convicción moral hubo de nombrarse por separado, con fines ilustrativos, al delincuente por convicción política o religiosa, dado que toda convicción de un deber es, por necesidad conceptual, de índole moral y porque los campos de los deberes políticos y religiosos son sólo particulares ámbitos de acción de convicciones éticas. Como sea, era innecesario mencionar especialmente al delincuente por convicción científica o artística (en tanto pueda darse algo de este jaez). Los valores científicos y artísticos, considerados como objeto de un deber orientado a su reali-

3. El autor juega aquí con el verbo *bessern*, que tanto significa mejorar como corregir. [N. del t.].



zación, traspasan el reino de la moralidad. Este fenómeno, interesante y hasta ahora muy poco observado, del doble revestimiento valorativo de una misma situación, lo hemos investigado ya en otra obra<sup>4</sup>.

Con todo, los límites del concepto de delincuente por convicción derivan del requisito de que exista una convicción, a saber, la persuasión de un deber que, por cierto, opere como motivo preponderante. La convicción de mantenerse firme y triunfar ante el embate de juicios tradicionales de valor y preceptos jurídicos, no es asunto de un arbitrio frívolo, sino sólo materia de trabajo serio y un carácter tenaz. La opinión caída de cualquiera parte, nunca puesta a prueba en sí, una opinión que, sometida a seria y rigurosa contraposición con otra, se confunde, se desmiente, abjura de sus resultados y huye de sus consecuencias, no es una convicción. La validez de un deber impuesto por el Derecho, enfrentado a la convicción de un derecho moral, no puede hallar consideración jurídica; ésta es procedente sólo cuando la contraposición es de un deber con otro deber. Y la convicción del deber tiene que ser el móvil preponderante —no el único, ya que el hombre es una amalgama muy heterogénea como para obedecer jamás a un solo motivo, aunque sí el decisivo entre los motivos del egoísmo y la vanidad, que inevitablemente tienden a añadirse a los afanes más nobles, ya maculándolos, ya fortaleciéndolos—. Además de ello, se debe sopesar hasta qué punto habría que abstraer en general ciertos tipos delictivos, sobre todo el asesinato, a la nueva disposición.

Pese a estas limitaciones, que tornan aprovechable para el Derecho penal el concepto de delincuente por convicción, puede que las normas legales y convencionales de la extradición requieran una versión más concreta de la propia idea fundamental. Pero ésta es la misma por doquier, en el Derecho penal y la ejecución punitiva, en las disposiciones sobre la extradición y las leyes de amnistía. Allí donde pugnan convicciones de un deber, corresponde aquella justicia que no quiere convertirse en engreimiento, la actitud relativista del escepticismo, el continente del sabio que, sin embargo, no excluye la disposición del luchador. Dicho rasgo de sabiduría, la que se sitúa sobre las cosas con

4. *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 1914, pág. 56.

risueño escepticismo y cuya equidad comprensiva hace justicia también a los asuntos que le son extraños, ha sido siempre para mí algo especialmente distintivo y caro en vuestra figura, querido y apreciado señor Consejero íntimo. ¡Cuántas veces en los últimos años he necesitado y disfrutado de su amable tolerancia! Por eso no me pareció impropio ofrecer este modesto ensayo en celebración vuestra.