

La fundamentación doctrinal y la orientación político-criminal del Código penal chileno en el panorama actual del Derecho penal

MARINO BARBERO SANTOS

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Valladolid

I

Por diversos factores, que no viene al caso exponer, no he redactado la relación general que se había tenido la atención de proponerme, ni he estado presente en Valparaíso en las Jornadas Internacionales de Derecho penal conmemorativas del Centenario de la promulgación del Código penal chileno. No puedo negarme, sin embargo, a prestar una colaboración científica —aunque sin pretensiones, por las razones aludidas— a esta celebración jubilar de carácter universitario, la cual se va a concretar en unas breves observaciones sobre el tema que se me sugirió, con el simple fin de que puedan servir de base a una posible discusión durante las Jornadas citadas.

El venerable Código chileno es un Código antiguo, y no sólo por la fecha de su promulgación. Ortiz Muñoz lo calificaba ya en 1937 de “antiquísimo” (*Nociones generales de Derecho penal*, II, Santiago de Chile, 1937, pág. 15). Su superficial modelo fue —como nos relata Novoa Monreal (*Curso de Derecho penal chileno*, I, Santiago de Chile, 1960, págs. 105 y sigs.)— el Código penal español de 1848, reformado en 1850, del que acogió numerosas disposiciones incluso en su tenor literal. También el Código belga de 1867, entonces recién promulgado, fue tenido en cuenta —atendiendo sugerencias del gobierno— por la Comisión redactora, y en mucha menor medida otros Códigos coetaneos (Román Vidal: *El delito militar en el Código de Justicia Militar chileno*, en “Revista Española de Derecho Militar”. 1960 (9), pág. 186 (nota) y determinadas leyes especiales, como la de hurtos y robos de 7 de agosto de 1849, la de ferrocarriles de 6 de agosto de 1862, y la de telégrafos de 10 de noviembre de 1852 (Lababut: *Derecho penal*, Parte General, 6.^a edición (Zenteno), Santiago de Chile, 1972, pág. 60).

El Código penal español de 1848, por influjo de Rossi, era ecléctico: pretendía armonizar postulados retributivos y utilitarios, o, con otras palabras, concepciones de Kant y Hegel con las sostenidas por Beccaria o Bentham.

El Código belga de 1867 no puede considerarse más moderno que el español de 1850, aunque se promulgó tres lustros después. El Código de Napoleón de 1810 había regido en Bélgica durante cincuenta y seis años y los legisladores de este país pretendieron principalmente realizar una obra que evitase las manifestaciones más severas del Código francés. Prins pudo afirmar que el *Code pénal* de 1810 era sobre todo una obra de despotismo y de reacción, mientras el Código belga de 1867 es una obra de optimismo y humanidad, de esperanza y de fe en la perfectibilidad del hombre. Pero añadía: ha aparecido en una época, sin embargo, en que no podía tomar en consideración la enorme corriente reformadora que desde entonces ha hecho penetrar el Derecho penal por vías nuevas. Hay un desequilibrio entre los principios antiguos inmovilizados en la ley positiva y la ciencia penal contemporánea que va muy por delante de ellos (*Science pénale et droit positif*, Bruselas-París, 1899, pág. 33). Lo mismo puede afirmarse del Código español, incluso en su redacción de 1870. Desde el plano político-criminal, ni el Código hispano, ni el belga pudieron tener en cuenta, por razones cronológicas, los resultados de la controversia de las escuelas, es decir, acoger instituciones propugnadas por la denominada dirección moderna. Mientras desde el puro plano político ambos respondían a la ideología del Estado liberal de Derecho, pronto superada por el Estado social de Derecho y, más tarde, por el Estado democrático de Derecho.

Esta fundamentación doctrinal y político-criminal se concreta, por un lado, en una serie de instituciones que hoy pueden estimarse superadas, o, con otras palabras, que no se acomodan al pensamiento en la actualidad vigente, y, por otro lado, en la ausencia de otras, que sólo posteriormente y de forma no por entero satisfactoria, se han ido acogiendo por el ordenamiento punitivo chileno.

II

Unas y otras pertenecen tanto a la parte general como a la especial. Por obvias razones tenemos que hacer una selección, limitando la referencia a algunas de las que en el panorama actual del Derecho penal legislado o científico gozan de menor o ningún favor:

1. La reforma de 10 de junio de 1953 (Ley núm. 11.183) acude todavía al anticuado sistema del discernimiento para declarar la responsabilidad del mayor de 16 años y menos de 18 años (de acuerdo con la ley de 23 de octubre de 1928 la determinación del discernimiento se extendía desde los 16 hasta los 20 años). Con palabras de Labatut (*ob. cit.*, pág. 265), aunque inspirada en los modernos

principios, la Ley sobre protección de menores no rompió del todo el sistema tradicional y mantuvo el discernimiento ante la ley penal. Fue, sin duda —de acuerdo con el mismo autor—, una concesión que hizo a la conciencia popular, en que arraigan fuertemente todavía los conceptos clásicos de la expiación del delito por medio de la pena y de la responsabilidad moral del hombre. Concesión a la conciencia popular, añadiríamos, que se opone a las concepciones hoy imperantes.

2. Pena de muerte. Por la Ley número 17.266, de 6 de enero de 1970, se suprimió la aplicación de la pena de muerte como pena única (aunque el serlo no impedía en la legislación anterior el que por la concurrencia de ciertas circunstancias atenuantes (art. 65) se pudiera llegar a su no imposición). La pena capital está desapareciendo en nuestros días del catálogo punitivo común de la generalidad, al menos, de los países de Europa Occidental, e incluso se ha iniciado su cancelación en la propia jurisdicción militar y en los estados de excepción (Barbero Santos, *La pena de muerte, problema actual*, en “Estudios de Criminología y Derecho Penal”, Valladolid, 1972, pág. 169). El problema más grave, a mi entender, que presenta la pena capital en Chile (en la actualidad puede ser pena alternativa o grado superior de pena) no es que se introdujese sin merecer mayores discusiones en el seno de la Comisión Redactora del Código nacional, sino que la doctrina hoy día pase de largo sobre una institución que concede un marchamo sangriento y macabro a las legislaciones que la admiten. Etcheverry, alega, por ejemplo, que no la discute en “una obra como la presente” (*Derecho penal*, II, Parte General, Santiago de Chile, 1964, pág. 147) por tratarse de un punto propio de la filosofía del Derecho. No estamos de acuerdo con nuestro colega chileno. Es un problema político-criminal y que, por tanto, el dogmático no puede eludir. Novoa es quizá el penalista del país hermano que se ocupa del tema con mayor amplitud en su excelente *Curso de Derecho penal chileno* (Santiago de Chile, 1966, II, págs. 328 y sigs.) admitiendo la máxima pena en “ciertos casos excepcionales de crímenes que pueden socavar las bases fundamentales de convivencia entre los hombres” (*ob. cit.*, pág. 338). Esta admisión, aun con las limitaciones a que el autor la somete, está en abierta contradicción, a nuestro juicio, con su exigencia (*obra citada*, pág. 316) de que uno de los caracteres de la pena en general es la humanidad, “en el sentido de que deben excluirse las sanciones que hieren los sentimientos normales de respeto a la persona humana”. Creemos que ninguna pena hiere más vivamente los sentimientos normales de respeto a la persona humana que la pena capital.

3. No menos grave, desde el panorama actual del Derecho penal comparado y de la doctrina científica más cualificada, es la admisión de una serie de penas de carácter perpetuo, a saber: el presidio, la reclusión, la relegación y las inhabilitaciones absoluta o especial para cargos y oficios públicos, derechos políticos o profesión titular. Resulta altamente extraño que los comentaristas (Etche-

verry, Labatut, Novoa, etc.) admitan, sin el menor reparo, toda esta amplia serie de penas perpetuas que se oponen a las concepciones que hoy imperan sobre la regeneración del delincuente. En lo que afecta a las penas cortas debe considerarse excesiva, por el contrario, la ampliación de la condena condicional a las penas privativas de libertad de hasta tres años —modificación efectuada por la ley número 17.642, de 4 de mayo de 1972—, como agudamente ha expuesto Silva Peña Wasaff en su monografía *La condena condicional en Chile*, Valparaíso, 1974, *passim*.

4. El Código penal chileno prevé todavía las penas de celda solitaria y de incomunicación con personas extrañas al establecimiento penal. Su naturaleza no es de penas accesorias, según establece el artículo 21, sino, como con convincentes argumentos sostiene Etcheverry, de penas principales, previstas en el artículo 90 para el delito de quebrantamiento de condena y en el 91 para el supuesto de que un recluso cometa un nuevo delito durante el cumplimiento de la condena o después de haberla quebrantado (Etcheverry, *Derecho penal*, II, Parte General, Santiago de Chile, 1964, páginas 139 y 155-156). Por nuestra parte estimamos que siguiendo el ejemplo de la ley de 6 de enero de 1970 (núm. 17.266), que suprimió la pena nominativamente accesoria de cadena y grillete —de tan rancio abolengo hispánico—, igualmente se supriman éstas.

5. El sistema punitivo chileno quebranta el fundamental postulado actual de que no hay pena sin culpabilidad. Admite profusamente delitos de sospecha, delitos determinados por el resultado, delitos cualificados por el resultado, etc. No está en lo cierto, por tanto, Labatut (*ob. cit.*, pág. 156) cuando afirma, v. gr., que son escasísimos los delitos de esta última especie que el Código acoge. A los ejemplos por él citados pueden añadirse, creemos, bastantes más, por ejemplo, el artículo 360 que prevé el supuesto de raptos sin poder dar el autor razón del paradero de la persona raptada o explicaciones satisfactorias sobre su muerte o desaparición, los artículos 348, 351 y 352 que regulan los supuestos de abandono de un niño en lugar solitario o no, o de un priente enfermo o imposibilitado, con resultado de muerte, etc. Como delitos determinados por el resultado podríamos mencionar, entre otros, los de lesiones, y como delito de sospecha, el artículo 445, relativo a la fabricación, expendición o tenencia de llaves falsas o ganzúas. Todos ellos olvidados por Labatut.

6. Entre las instituciones que responden a las exigencias de la llamada dirección moderna, la más importante es, sin duda, la medida de seguridad. En la legislación chilena las medidas de seguridad se regulan desde el 4 de octubre de 1954 en una ley sobre los estados antisociales y no en el Código penal. Ley que se inspira en la de Vagos y Maleantes española de 1933, en la ley colombina sobre la materia, en un proyecto uruguayo y en los chilenos de Código penal, especialmente en el de Silva-Labatut de 1938 (Novoa, *obra citada*, II, pág. 422).

El rasgo más notable, y que constituye a la vez el defecto más grave de esta ley (la número 11.625), es el sancionar con la imposición de medidas de seguridad determinados estados de la persona, sin necesidad de que esa persona haya cometido ningún delito (Etcheverry, *ob. cit.*, II, Parte General, pág. 241), es decir, admite el recriminable sistema de la peligrosidad pre-delictual (Barbero Santos: *Consideraciones sobre el estado peligroso en las medidas de seguridad*, en "Estudios de Criminología y Derecho penal", Valladolid, 1972, págs. 52 y sigs.), lo que indudablemente viola los indeclinables postulados de certeza y de seguridad jurídicas (*Conclusiones de las Segundas Jornadas de profesores numerarios españoles de Derecho penal, celebradas en Barcelona durante los días 29 y 30 de mayo de 1974*, núm. 1), con el agravamiento de que la privación de libertad del sujeto — por obra de un juicio de pronóstico de delinquir que realiza el mismo legislador— puede en algún caso ser perpetua (de acuerdo con los términos del art. 3.º, núm. 2. "por tiempo absolutamente indeterminado"). Pero quizá aún más lamentable que lo expuesto sea la regulación procesal de la propia ley, porque contribuye a aumentar la falta ya grave de tutela de los derechos individuales, que es el denominador común de toda ella. Con palabras de Etcheverry (*ob. cit.*, II, pág. 245) el procedimiento es brevísimo, exclusivamente inquisitorial y sin fase contradictoria: el afectado nunca es formalmente enfrentado con los cargos que se le formulan, ni tiene posibilidad de contravertirlos formalmente: no tiene más oportunidad de defenderse que las declaraciones indagatorias que preste, sin posibilidad de tachar o contrainterrogar testigos o peritos u objetar documentos; por último, contra la decisión no cabe más recurso que el de apelación al solo efecto devolutivo. Con este drástico y sumarísimo procedimiento —y continuamos citando a Etcheverry— un ciudadano puede ser eventualmente internado durante toda su vida.

En lo que a la parte especial afecta, no deja de resultar sorprendente que incluso en un libro de la alta calidad científica del *Derecho penal chileno*, Parte Especial, *Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas* (Santiago de Chile, 1971, pág. 48), de Grisolia-Bustos-Politoff, se manifieste que los "aspectos históricos, criminológicos y de política-criminal son raramente abordados y, cuando se tocan, sólo es para fines muy circunscritos". Por fortuna, en alguna ocasión los autores hacen uso de esa excepción, v. gr., cuando critican la anómala regulación del infanticidio en el Código penal chileno, delito que merece únicamente más leve pena por estimarse de menor disvalor el hecho cuando el sujeto pasivo es un recién parido que no ha alcanzado cuarenta y ocho horas de vida, que cuando es mayor. Conclusión sustancialmente absurda, pero inevitable, de acuerdo con la propia expresión de los autores. ¡Lástima que las consideraciones de *lege ferenda*, que en esta ocasión exponen (pág. 442), no las hayan manifestado también respecto a otros delitos que estudian en su Manual, por ejemplo, el aborto! La misma crítica podría

extenderse a otros autores que no se han planteado, desde un plano político-criminal, la conveniencia o no de que sigan siendo delictivas, la sodomía (art. 365, inciso 1.º), el adulterio (art. 375), el amancebamiento (art. 381), y tantas otras conductas hoy previstas como tales.

III

Si se me preguntase si, como resultado de lo expuesto, estimo necesaria una reforma profunda del Código penal chileno, mi respuesta sería afirmativa. Habría de responder negativamente, en cambio, a la pregunta de si estimo oportuno llevar a cabo ahora. El Código penal chileno debe ponerse al día —son palabras de Ortiz Muñoz escritas en 1937 (*Nociones generales de Derecho penal*, II, Santiago de Chile, pág. 80)—, ajustándose a los progresos de la Ciencia del Derecho Penal, y tiene que mejorar mucho su técnica para quedar a la altura de esos progresos. Debe, asimismo, tener en cuenta los postulados político-criminales hoy imperantes. ¿Es hacer eso ahora? Refiriéndome al sistema punitivo español, contestaba a este interrogante que yo mismo me hacía con ocasión de las II Jornadas de Profesores Numerarios de Derecho penal, celebradas en Barcelona los días 29 y 30 de mayo de 1974, de forma negativa, en cuanto la reforma que nuestro sistema punitivo necesita —si es que realmente pretende acompañarlo a los requerimientos de nuestra época— exige unos condicionamientos socio-políticos que, hoy, en nuestro país, no se dan. Y añadía: creo que constituye un deber primario de todo científico preocupado por la renovación del Derecho penal patrio tener conciencia de esta palmaria verdad. Estimo que idénticos razonamientos son aplicables por entero a Chile. Además, como en las Jornadas españolas citadas manifestaba, a una reforma penal a fondo del sistema punitivo sólo se le da cima merced a una amplia convocatoria de todos los estamentos interesados, en particular de los más cualificados especialistas, como deben ser los profesores de Derecho penal. Y hoy, no pocos de los más eminentes, se encuentran fuera de Chile.