

La reforma penal en Chile

FRANCISCO GRISOLIA

Prof. A. Derecho Penal Universidad de Chile

SUMARIO: *Explicación*. I. *Antecedentes históricos*. 1. Período aborígen y colonial; 2. La legislación patria hasta la codificación; 3. El Código de 1874, sus precedentes y orígenes. II. *El C. P. de 1874 y sus principales reformas*. 4. Estructura general; 5. Principales reformas hasta la fecha; 6. Legislación complementaria y especial; 7. Proyectos de reforma. III. *La progresión de la ciencia penal en Chile*. 8. Los primeros tiempos; 9. La época de las «escuelas»; 10. Hacia una verdadera dogmática. IV. *Los trabajos de reforma en particular*. II. Los proyectos de 1929; 12. El Proyecto de 1938; 13. El Proyecto de 1946; 14. Los esfuerzos del Instituto de Ciencias Penales; 15. El Proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica. V. *Necejsidad, ámbito y prioridades de la reforma penal en Chile*. 16. Necesidad y orientación; 17. El ámbito de la reforma penal; 18. Conclusión: un orden de prioridades.

EXPLICACIÓN

El presente trabajo ha sido originalmente elaborado para el curso monográfico de Doctorado sobre *La reforma penal en España*, que en el año lectivo de 1966-1967 ha dirigido el catedrático de Derecho penal de la Universidad de Madrid, don Juan del ROSAL. De acuerdo con el programa del curso, su objeto era el de ofrecer una rápida reseña de los avances y orientaciones de la reforma penal en Chile, seguida de algunas apreciaciones personales sobre el tópico.

La penosísima circunstancia del fallecimiento en este año académico del profesor don Antonio QUINTANO RIPOLLÉS, nos ha movido a ampliar el tema hasta abarcar un panorama general del Derecho penal chileno y de este modo asociarnos, en la medida de nuestras modestas posibilidades, al homenaje que tantos penalistas ofrecen a la memoria del profesor QUINTANO.

Desde luego, esta ampliación completa mejor el trabajo porque, en realidad, no es posible captar cabalmente un movimiento de reforma si no es vinculándolo al Derecho positivo vigente y a la ciencia a cuyo cargo está la tarea reformadora. Pero, sobre todo, porque es tanto lo que la legislación y la ciencia penal chilenas le deben a España que una panorámica de su momento actual, con todo el cúmulo de fundamentales similitudes que conserva, resulta, a nuestro juicio, una manera justa y adecuada de honrar al ilustre

penalista español que supo captar y exponer tan finamente esta profunda imbricación en su excelente monografía *La influencia del Derecho penal español en las legislaciones hispanoamericanas* (Madrid, 1953).

Tómese nota, sin embargo, que éste no es un escolio destinado a establecer, como la obra recién citada, los cauces de la recepción. Se limita a *exponer* la materia con un afán primordialmente informativo, aunque matizado con el mínimo indispensable de apreciaciones críticas y referencias bibliográficas propias de una investigación que pretende alcanzar cierta dignidad científica. Las semejanzas y diferencias, los aportes del Derecho y de la ciencia penal española, deberán inferirse, fundamentalmente, de su lectura.

Lo cual no significa que podamos silenciar algunos nombres. Después de los «clásicos» del siglo pasado, como PACHECO y SILVELA, o de otros más recientes, como DORADO, de entre los muchos penalistas españoles contemporáneos que han ejercido su influjo en Chile, debemos destacar, por su verdadera categoría de maestros, a JIMÉNEZ DE ASÚA, RODRÍGUEZ MUÑOZ, DEL ROSAL y al propio QUINTANO.

JIMÉNEZ DE ASÚA, en verdad, es un caso del más auténtico hispanoamericanismo (es decir, español y americano a la vez) de modo que en algo nos pertenece su portentosa obra. RODRÍGUEZ MUÑOZ, muy conocido en el país por sus «notas» al *Tratado*, de MEZGUER, su *Derecho penal* en colaboración y sus artículos, ha tenido un amplio ascendiente en la formación rigurosamente dogmática de nuestras jóvenes generaciones de juristas. Lo mismo ocurre con el profesor DEL ROSAL, cuya ingente producción es manejada con admiración y gran provecho, tanto en la cátedra como en el Foro y a su lado, generosamente cobijados bajo su saber y bondad personal, se han formado varios penalistas chilenos. Por fin, QUINTANO RIPOLLÉS, ya muy apreciado gracias a sus valiosas monografías, obras didácticas y comentarios y por sus numerosos contactos en Congresos y reuniones internacionales de ámbito hispanoamericano, donde siempre hizo derroche de sus excepcionales virtudes humanas y científicas, nos aportó su excelente *Tratado* sobre la Parte Especial que es para nosotros de inestimable utilidad.

Todas estas razones imponían a Chile el deber imperativo de sumarse al emocionado homenaje que se le rinde al profesor QUINTANO por medio del *Anuario del Derecho Penal y Ciencias Penales*. Sólo es de lamentar que, debido a causas absolutamente circunstanciales, mi país esté tan mal representado.

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1. No obstante que los investigadores de las culturas indígenas chilenas y, singularmente, del pueblo mapuche o araucano, han advertido ciertos rudimentos de una organización jurídica en que las prácticas represivas se asemejan mucho a las instituciones

del Derecho germánico primitivo (1), lo cierto es que estos pueblos aborígenes, por su escaso desarrollo cultural y rudimentaria organización política, no pueden dar pie para que sea posible hablar propiamente de un «Derecho penal indígena» en Chile (2).

Producida la Conquista, España aplicó en los territorios americanos sus propias instituciones jurídicas y su Derecho positivo. Sin embargo, las singularísimas características de la empresa colonizadora española originaron una intensa actividad legislativa, dirigida desde la Potestad Central especialmente a los «Reinos de Ultramar» o bien emanada de los órganos locales (Virreyes, Audiencias, Cabildos). Esta profusa legislación india, hoy definitivamente reivindicada en su conjunto pero que todavía es una cantera casi inexplorada de cuyo riquísimo contenido la historiografía especializada debe extraer no sólo las plasmaciones prácticas de un ideario civilizador, sino la explicación de muchos desaciertos, fue recopilada en 1680 (3). La Recopilación de las Leyes de Indias —a semejanza del sistema peninsular— establece un orden de prelación de normas que le reconoce preeminencia, primero, a las disposiciones locales (en Chile: Bandos de los Presidentes; Autos acordados de la R. Audiencia y Ordenanzas de los Cabildos); en segundo lugar, a las leyes especiales para América y, como Código supletorio, la propia Recopilación. Respecto de los indios, mantenía su preferencia el Derecho indígena en todo lo que no se opusiera a la Religión y a las leyes. En defecto del Derecho indiano, regía el Derecho castellano, de acuerdo con la prelación establecida por las Leyes de Toro (4).

En Chile se han llevado a cabo algunas interesantes investiga-

(1) Véase E. NOVOA, *Curso de Derecho Penal chileno*. Tomo I, Santiago de Chile, 1960, págs. 100 y sigs., en que se recogen interesantes datos sobre el tema.

(2) Cfr. A. ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, Tomo I, Santiago de Chile, 1964; página 35.

(3) Según QUINTANO: «El Derecho castellano, como mística y como ciencia, se recibe en América de un modo pleno y con actualidad de acaecer casi orgánico, culminando el hecho en la Compilación de las Leyes de Indias, monumento sin igual en muchos siglos, que enlaza a través de ellos, la tarea de Justiniano y Napoleón para hacer con ellos la trinidad insuperable de creaciones jurídicas humanas casi ecuménicas», (*La influencia del Derecho Penal español en las legislaciones Hispanoamericanas*, Madrid, 1953; pág. 19). Esto es fundamentalmente cierto, pero no debe perderse de vista que la resistencia que esta legislación encontró en América, empezando por las propias autoridades españolas («se obedece pero no se cumple»), creó un cuadro histórico en que la praxis jurídica real difiere apreciablemente del derecho legislado contenido en la Recopilación de Indias. Vid., *infra* en el texto y notas 5, 6, 7 y 8.

(4) Este orden era el siguiente: 1) La Nueva Recopilación de las Leyes de Castilla de 1567; 2) Las Leyes de Toro; 3) Las pragmáticas; 4) El Ordenamiento de Montalvo; 5) El Ordenamiento de Alcalá; 6) Los Fueros personales y Municipales; 7) Las Leyes de Estilo; 8) El Fuero Real y 9) Las Siete Partidas.

ciones (5), que han demostrado, en lo que a la antigua Capitanía se refiere, una circunstancia histórica que parece ser un fenómeno común con el resto de América y aún con la propia metrópoli (6): en el ámbito penal el cuerpo de leyes que recibió la más profusa y constante aplicación, no obstante encontrarse relegada en el último lugar del ordenamiento, fue la Partida Séptima. Ello es, por lo demás, perfectamente lógico en virtud de diversas razones concordantes. En la legislación indiana sólo se encuentran disposiciones penales sustantivas (muy particularizadas) en la Recopilación de 1680 y en algunas Reales Cédulas (aún más particularizadas); en cambio, la legislación castellana supletoria contaba con un cuerpo legal que era, sin duda, el más completo y sistemático: la Séptima Partida. Su filiación fundamentalmente románica, que le daba un carácter de universalidad y de equilibrio entre las tendencias locales (Fuero Viejo, Fueros Municipales...) y el poder central (Fuero Real), así como los comentarios de sus excelentes glosadores, eran motivos suficientes para convertirla en la preferida de los jueces y jurisconsultos (7).

Por cierto que con sucesivas adaptaciones a las ideologías del momento (8), sobre todo en cuanto a penalidades y exclusión de

(5) Merecen citarse los siguientes trabajos: *Notas para el estudio de la criminalidad y la penología en Chile colonial* (Publicación del Seminario de Derecho Público de la Universidad de Chile, Santiago, 1941); *Esquema del Derecho Penal Indiano*, por A. AVILA, Santiago, 1941; *Esquema de la Justicia en Chile colonial*, por E. ZORRILLA, Santiago, 1942; *Jurisdicción Penal común castellana*, por M. LÓPEZ REY, Santiago, 1943. Además, desde un punto de vista más general, para el conocimiento de las instituciones jurídicas coloniales y su real significación histórica, es de fundamental importancia la monografía de J. ALEM- PARTE, *El Cabildo en Chile colonial*, Santiago, 1941.

(6) Cierto que en España se admite, por regla general, que las Partidas tuvieron un ámbito de aplicación espacial y temporal muy restringido. Esto es cierto *formalmente*, pero su alusión muy frecuente (sobre todo de la Séptima) al través de los siglos y hasta la misma unificación, en las decisiones judiciales, indica, a nuestro juicio, más que «referencias de máximo prestigio» (QUINTANO), una verdadera y efectiva *vigencia*. Al menos en Chile ello es indiscutible.

(7) Pero cierto que no se trata aquí de terciar en la sustanciosa polémica sobre el mérito de la Séptima Partida (que, en todo caso, «señala un fino desarrollo del pensamiento penal» como bien dice DEL ROSAL), sino de subrayar los motivos de su importante gravitación en la historia del Derecho Penal chileno.

(8) Como es bien sabido, el arbitrio judicial juega en esos siglos un papel de primera importancia, contra el cual dirigen sus duras críticas —sin duda exajeradas y sujetas hoy a una total revisión— las corrientes codificadoras. Es interesante constatar cómo un autor chileno enfoca el problema, según ve él la situación al promediar el siglo XIX: «Es cierto que la *arbitrariedad* (sic) judicial necesaria con las Partidas y la Novísima, en lugar de compeler con sus inconvenientes a la destrucción de este edificio vetusto y carcomido, adormecía, por el contrario, todo espíritu innovador; pues la ciencia y la honorabilidad de los tribunales superiores suplían, en lo posible, los defectos de las leyes. Estábamos entregados a la arbitrariedad judicial y al derecho de gracia del Consejo de Estado; mas la causa apuntada como un timbre de honor para nuestra magistratura, no dejaba sentir la necesidad de la reforma». (A. FUENSALIDA, *Estudios sobre el Libro I del Código Penal*, Santiago, 1876; pág. IX). Vid. también *infra*, nota 13.

muchas figuras obsoletas, esta situación se mantuvo más allá de la Independencia, hasta que la codificación penal vino a abrogar definitivamente el secular ordenamiento castellano.

2. La emancipación política no provocó un inmediato cambio del ordenamiento jurídico, si bien las tendencias codificadoras se manifestaron desde muy pronto, según veremos al reseñar la historia del Código vigente. Para la legislación penal se abre un período intermedio (1810-1874) en que sobre la legislación colonial, se van insertando las leyes patrias.

Siguiendo una clasificación que, con algunas variantes, se repite en la literatura chilena (9), esas leyes pueden agruparse de la siguiente manera:

a) Leyes relativas al ejercicio de la libertad de imprenta: ley de 9-XI-1811, sobre publicaciones denigrantes; ley de 23-VI-1813, sobre libertad de prensa (adicionada en 1823) y nueva ley de imprenta de 16-IX-1846;

b) Leyes que sucesivamente establecieron, abolieron y restablecieron la pena de azotes (leyes de 9-VI-1817, de 14-VII-1823, de 29-VIII-1850 y de 8-X-1852);

c) Leyes que se refieren a los delitos contra la propiedad y, particularmente, a hurtos, robos y abigeatos; en este grupo destacan la del 22-VII-1837, sobre hurto de animales y la ley general de hurtos y robos de 7-VIII-1849, calificada por un autor como tal vez la más importante del período (10), y

d) Diversas leyes relativas a otros delitos (juegos de azar, contrabando, falsificación, conspiración y motín, atentado en contra de las líneas telegráficas, en contra de los ferrocarriles, etc.) y a cuestiones de procedimiento. Se citan, entre otras, la ley de 20-X-1831, que declaró que la embriaguez no es circunstancia que exima o atenúe la responsabilidad penal; la ley de 29-X-1831, que dispuso que la parte ofendida no podía perdonar al delincuente; la del 29-III-1837, sobre tramitación de causas criminales; el Decreto Ley de 5-I-1838, que dispuso que se tomara en consideración la persona del reo para la imposición de la pena; Decreto Ley de 25-IV-1838, que dispuso, de acuerdo con una vieja regla de las Partidas, que en el caso de empate de votos en un Tribunal Colegiado debía prevalecer la opinión más favorable al reo; la ley de 10-XI-1852, relativa a telégrafos, y la ley de 6-VIII-1862, sobre delitos y atentados contra los ferrocarriles.

3. Como adelantamos, los intentos de codificación legislativa —signo característico de la época—, se manifestaron desde los primeros años de vida independiente. NOVOA (11) recopila las siguientes iniciativas anteriores a 1846: «Ya en 1823 conoció el Congreso Constituyente de una moción de don José ALEJO EYZAGUIRRE para

(9) R. DEL RÍO, *Derecho Penal*, I, Santiago, 1935, pág. 305; sigue a este autor NOVOA, *op. cit.*, pág. 104 y, en lo fundamental, ETCHEBERRY, *op. cit.*, páginas 35-36.

(10) ETCHEBERRY, *loc. cit.*

(11) *Op. cit.*, págs. 104-5.

recopilar y codificar todas las leyes existentes. En 1826, don Santiago MUÑOZ BEZANILLA propuso al Congreso Nacional que se constituyera una Comisión de cinco letrados que en el plazo de dos años prepararan un Código civil y criminal en un solo volumen. En 1828, don Francisco R. VICUÑA presentó moción al Congreso Constituyente para designar una Comisión que debía presentar un proyecto de legislación civil y criminal, o que en su defecto se otorgara un premio al mejor proyecto de Código civil y criminal que se presentara en el plazo de un año. El Senado facultó en 1831 al Ejecutivo para que se designara un encargado de formar los Códigos legislativos, el que gozaría del sueldo y honores de ministro de la Corte Suprema. Por Ley de 10 de septiembre de 1840 se creó una Comisión de legislación para la reforma y codificación de las leyes».

Pero es al borde de la mitad del siglo cuando la idea de redactar un Código penal cobra verdadera intensidad. Sin duda, está en lo cierto el Mensaje al Proyecto de 1873 (12), cuando señala que «la necesidad de una reforma en nuestra legislación penal se hacía sentir de mucho tiempo atrás, para poner en armonía el estado presente de nuestra sociedad, el desarrollo que ha alcanzado en todas las esferas de su actividad, con los preceptos que deben marcar sus límites y su campo de acción propia, fijando las reglas supremas de lo lícito y lo ilícito». La antigua legislación española «apenas modificada por leyes patrias especiales», agrega el citado Mensaje en un tono crítico, por cierto que más ecuánime y moderado que las encendidas diatribas de PACHECO formuladas con similar propósito censorador (13), adolecía de gravísimos defectos y vacíos propios de «los tiempos remotos a que gran parte de esa legislación corresponde», lo cual provocaba un estado anómalo de cosas al que un nuevo Código debía poner fin.

Por Decreto de 18-XII-1846, se designó una Comisión integrada por los prestigiosos juriconsultos de la época Antonio VARAS,

(12) «Mensaje» del Gobierno con que se acompaña el Proyecto de Código penal al Congreso, firmado el 29 de octubre de 1873 por el Presidente F. ERRAZURIZ y su Ministro de Justicia M. RENGIFO; se publica en todas las ediciones oficiales del Código penal en actual vigencia.

(13) J. F. PACHECO, *El Código Penal concordado y comentado*, I, Madrid, 1848, pág. XLVIII. Analizando el célebre párrafo, ANTÓN, en su reciente trabajo sobre *El Código Penal de 1848 y J. F. Pacheco* («Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», año 1965, págs. 473 y sigs.), concluye que es «en parte acertado y en parte exagerado». Efectivamente, el arbitrio judicial había llegado a caracterizarse por una templanza inspiradora de una jurisprudencia consuetudinaria muy distante de la extrema severidad y barbarie de las leyes escritas, aunque es posible que subsistieran algunas prácticas que demostrarían, según ANTÓN, la verosimilitud de muchas de las críticas de PACHECO. La defensa del profesor de Madrid es plausible, pero no puede justificar la evidente exageración del discurso de nuestro autor, en su conjunto, hijo de las circunstancias y del temperamento declamatorio del que también fuera destacado tribuno. De ahí que estimamos el Mensaje de RENGIFO —compuesto algunos años más tarde y en otro país, pero ante una situación fundamentalmente idéntica— mucho más sereno y realista.

José V. LASTARRÍA, Antonio GARCÍA REYES y Manuel A. TOCORNAL, con el objeto de que prepararan un proyecto de Código penal y otro de Procedimiento penal, pero no se ha podido establecer si esta Comisión desarrolló alguna labor. Más tarde (1852), se encargó otro proyecto de Código a GARCÍA REYES, quien falleció sin haber cumplido el encargo. En 1856 se designó con el mismo objeto a Manuel CARVALLO, que elaboró un proyecto publicado en 1859, compuesto de dos libros y 555 artículos; este proyecto no llegó a sancionarse como ley. El mismo CARVALLO, por encargo del Gobierno, tradujo años más tarde (1869) el Código penal belga de 1867.

Después de tantos intentos fallidos, el 17 de enero de 1870, el Gobierno nombró una nueva Comisión, que al cabo de más de tres años de labor habría de concluir un proyecto que, por fin, se convertiría en Ley en 1874 y éste es el único Código que hasta la fecha ha regido en Chile.

La Comisión la componían Alejandro REYES, Eulogio ALTAMIRANO, José CLEMENTE FABRÉS, José A. GANDARILLAS, José V. ABALOS (reemplazado posteriormente por Adolfo IBÁÑEZ), Diego ARMSTRONG y Manuel RENGIFO. Todos ellos letrados notables de su tiempo pero que, como acertadamente apunta ETCHEBERRY (14), no eran «juristas versados en la técnica penal».

La Comisión Redactora del Código Penal inició sus trabajos el 8 de marzo de 1870 y los terminó el 22 de octubre de 1873. Durante este período celebró un total de 175 sesiones (114 destinadas a la redacción y las restantes a una revisión o segunda lectura del Proyecto). De todas las sesiones se llevaron actas resumidas en que se reseñan los antecedentes que se tuvo en vista al redactar los preceptos, así como del debate y principales argumentos en que se apoyaba la discusión. Impresas en 1873, constituyen una valiosa fuente auxiliar para el estudio y la interpretación de nuestro Código.

Era deseo del Gobierno que se tomara por base del proyecto el Código penal belga de 1876 y así lo reiteró el ministro de Justicia (Blest Gana) en la primera sesión, haciendo notar que «aunque un tanto deficiente», su claridad y precisión, la época de su reciente publicación y su largo período de gestación que le había permitido tomar en cuenta todos los últimos cambios operados en las legislaciones penales europeas, lo colocaban en inmensa ventaja sobre todos los demás. La mayoría de la Comisión, sin embargo, no fue de este parecer y, siguiendo la opinión de REYES, acordó utilizar el Código español de 1848 (1850) como orden o base de las discusiones, sin perjuicio de ir registrando «las disposiciones de los distintos Códigos a medida que fueran oportunas» (15). REYES había fundamentado su preferencia, entre otros, en los argumentos que el Acta respectiva consigna de este modo: «El señor REYES per-

(14) *Op. cit.*, pág. 37. En el mismo sentido se expresa un contemporáneo como FUENSALIDA, *Estudios... cit.*, pág. IX.

(15) *Actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal chileno*, Santiago, 1873. Sesión segunda del 26 de abril de 1870; pág. 4.

sistió en las ideas emitidas en la sesión anterior, manifestando que tanto por nuestras costumbres, más en relación con las del pueblo español que con las del belga, como por ser más completo, debía adoptarse el Código español como punto de partida para los debates. No siendo pequeña razón para esta preferencia también la de tener un comentador como el señor PACHECO, cuyos estudios se hallaban concordados a la vez con las disposiciones de seis Códigos distintos, que servirían inmensamente para ilustrar la materia» (16).

Ahora, lo cierto es que mucho más que un orden de discusión o un punto de partida para los debates, el Código de 1848 (17) fue, en realidad, un *modelo* que el Proyecto chileno siguió tan de cerca que, en definitiva, resultó un Código muy semejante y, en muchas partes, hasta idéntico.

Lo anterior, sin embargo, no debe llevar a una conclusión demasiado ligera respecto de una posible identidad, sobre todo en el momento actual. Desde un principio, nuestro Código nació con diversas modificaciones, algunas inspiradas en las críticas de PACHECO, otras en los demás Códigos que se tuvo a la vista y otras pocas —no las más felices— se deben a la iniciativa de la propia Comisión Redactora. Si bien la mayoría de las innovaciones no son de gran trascendencia, cierto número de ellas representan alteraciones de mayor significado dogmático (18). Pero, principalmente, es el distinto camino tomado por las sucesivas reformas que han experimentado a lo largo de casi un siglo ambos cuerpos legales (mucho más numerosas y profundas, por cierto, en el Código español), lo que ha determinado que en estos momentos sean dos Códigos que presentan tan notables semejanzas como significativas diferencias.

Ello no excluye, por otra parte, que el Código penal chileno deba inscribirse legítimamente entre aquellos de raigambre española y, por este conducto, en los de filiación napoleónica. Por el mismo motivo, acusa la influencia de otros Códigos como el español

(16) *Loc. cit.*; JIMÉNEZ DE ASÚA (*Tratado*, I, pág. 1088), considera como muy acertada esta decisión de la CR. Vid. también QUINTANO, *Influencias... cit.*; página 107.

(17) No debe extrañar que, no obstante la fecha en que se terminó el Proyecto (1873), se haya persistido en seguir como modelo al Código de 1848 (o 1850) y no al más reciente de 1870. La verdad es que —según se ha demostrado— los comisionados no ignoraron este «nuevo» Código, pero hay que admitir que la índole de la *reforma* de 1870 (más que nada una adaptación a la nueva Constitución liberal de 1869) no podía ser razón suficiente para sustituir un texto más conocido y al que se ceñían los comentarios de PACHECO, tan utilizados por los redactores.

(18) *Infra*, II, 4, donde se mencionan muy someramente algunos ejemplos. Además, la «refundición de 1944» es la que ha abierto una más profunda brecha entre ambos códigos, pues, como dice DEL ROSAL, si bien «El propósito de la reforma, según expresión del legislador, se contrae exclusivamente a una simple refundición... no se salva la imposición técnica-dogmática traída con esta refundición, ya que incluso hasta los principios informativos se han visto conmovidos por ella» y, a continuación, hace una reseña de todas las modificaciones que demuestran la intensidad de los cambios. (*Derecho Penal Español*, I, Madrid, 1960; págs. 95 y sigs.)

de 1822 (19), el brasileño de 1830, el de las Dos Sicilias (1839) y el austriaco (1852) (20). Aunque rechazado como modelo, el Código-belga de 1867 inspira algunos preceptos y también influyen algunas leyes patrias entonces vigentes (21).

Acompañado con el «Mensaje» que ya mencionáramos (22), el Proyecto fue presentado al Congreso (Senado) el 29 de octubre de 1873, quedando totalmente despachado en noviembre de 1874 (23). La ley respectiva lleva fecha de 12 de noviembre del mismo año y en ella se dispone que el Código regirá desde el 1.º de marzo de 1875. Casi intacto, aún se mantiene en vigencia.

II. EL CÓDIGO PENAL DE 1874 Y SUS PRINCIPALES REFORMAS

4. Nuestro Código recoge la orientación ecléctica que domina a su modelo español, compuesto por hombres muy influenciados por la doctrina de Rossi que alza frente al *utilitarismo* la idea de la justicia moral (fin absoluto de expiación) solamente atemperada por la utilidad (intimidación) como medio asociado para una mejor garantía del orden moral preexistente (24). Dentro de este eclec-

(19) No obstante sus profundas divergencias de orientación y de técnica, no cabe duda que entre los códigos españoles de 1822 y de 1848 existe un entronque directo. (Vid. ANTÓN, *Historia del Código Penal de 1822* en «Anuario», 1965, págs. 263 y sigs.). De igual modo, los códigos de Brasil y de Nápoles, preferidos por el principal redactor del proyecto que habría de convertirse en el Código de 1848, SEIJAS LOZANO, sobre el Código francés («el peor redactado, peor combinado y peor calculado»), tuvieron una decisiva influencia. (Cfr. ANTÓN ONEGA, *El Código Penal de 1848 cit.*, págs. 482 y sigs.) Sin embargo, dichos códigos no llegaron al proyecto chileno por la vía oblicua del español del 48, sino que fueron manejados directamente. Ello reviste particular significación con respecto al Código de 1822, y es así como el régimen de los delitos culposos (y en cierto sentido el concepto de la estructura del delito); la aceptación de atenuantes orientadas por la prevención especial, etc., acercan más el Código chileno, en esos concretos aspectos, al efímero Código de 1822 que a su modelo habitual. Vid. también, *infra*.

(20) Con mucha razón QUINTANO (*Curso*, I, pág. 109) hace notar su extrañeza por el hecho de que pasara inadvertido para los redactores del 48 el Código bávaro de FEUERBACH (1813) «el más científico y progresivo de la primera mitad de siglo».

(21) Así, las leyes sobre Telégrafos de 1852 y sobre Ferrocarriles de 1862. Cfr. LABATUT, *Derecho Penal*, I, Santiago, 1958; pág. 73.

(22) Vid. *supra*, notas 12 y 13.

(23) Las discusiones más agudas —era la época de las querellas religiosas en Chile—, giraron en torno a ciertos delitos que afectaban a los eclesiásticos y que fueron suprimidos. Fuera de otras modificaciones de menor entidad, se mencionan la supresión del infanticidio *honoris causa* y la mantención —a pesar de una fuerte oposición— de la eximente en favor del marido homicida por causa de adulterio flagrante y que fue suprimida solamente en 1953. Cfr. NOVOA, *Op. cit.*, pág. 106.

(24) Aunque se admita, como parece demostrarlo ANTÓN ONEGA (artículo citado), que PACHECO no fue el redactor principal del Código de 1848, no puede caber duda que fue, en gran medida, uno de sus más decididos inspiradores, según también lo reconoce el propio ANTÓN (artículo citado, pág. 494). Ahora bien, la dependencia de las ideas penales de PACHECO respecto de la doctrina de ROSSI es palmaria: basta con echar una ojeada a sus famosos *Estudios de Derecho Pe-*

ticismo predomina en el Código el principio retributivo, fundado en el libre albedrío y medido primordialmente por la gravedad del en-tuerto y sólo subsidiariamente por la intensidad de la culpabilidad (ciertas circunstancias modificativas, grado de participación, etc.). La prevención general juega un papel secundario como consecuencia de la pena y de su ejecución (25). En cuanto a prevención especial, a lo sumo, se podría admitir que algunos tenues barruntos se traslucen por obra de preceptos aislados que, o son producto de reformas posteriores, o, si son originarios, deben vincularse, más bien, con el Código de 1822 (26).

En su estructura general y en sus soluciones técnicas, este Código poco se aparta de su prototipo. Con un estilo y sistemática aceptable, recoge las máximas de la ciencia penal de la primera mitad del siglo XIX, elaborada por los ilustres juristas que habrían de proporcionar a CARRARA los elementos con los que el Sumo Maestro de Pisa construye su admirable sistema. Sin duda, pues, es un Código «clásico», pero si despojamos a este último término de su absurda y trasnochada carga peyorativa, no tendremos dificultad en admitir que se trata de un cuerpo legal estimable que, sin necesidad de pensar demasiado precipitadamente en reformas (27), es capaz, con una buena manipulación tecnicodogmática, de seguir prestando útiles servicios a la justicia penal hasta que llegue el momento oportuno y la posibilidad práctica de implantar la reforma.

Formalmente, está constituido por 502 artículos, divididos en tres Libros. El Libro I, con cinco títulos, comprende la Parte Ge-

nal (I edición, Madrid, 1842). Por otra parte, todos los integrantes de la Comisión Redactora seguramente tenían buen conocimiento del *Traité de Droit Pénal* de aquel autor, traducido al español y publicado en este país en 1839. Si alguna duda subsistiera, véase lo que dice en la «exposición de motivos» el Ministro de Justicia, BRAVO MURILLO (ex Presidente de la C. de códigos): «El pensamiento o sistema que reina en el Código es el ecléctico, esto es, el que conciliando los demás sistemas exclusivos y dejándose del rigor de las teorías establece para cada caso el medio de represión que estima más adecuado. Se ha mirado no sólo el mal que materialmente produce el delito, sino también la intención que en perpetrarlo se tenga» (Cit. por ANTÓN, artículo citado, página 489).

(25) Las mismas características netamente retributivas que, a pesar de todo, dominan en el Código del 48, también se encuentran en el Código chileno. Así, las que indica ANTÓN ONECA en *loc. cit.*: la acumulación material en el concurso; la existencia de penas perpetuas y de larga duración; el nombre de *aflictivas* que se le dan a las más graves; la «aritmética penal», etc.

(26) Como ya se expresó (vid. *supra* nota 19), el Código de 1822 contenía algunos preceptos inspirados en un sentido correccional (p. especial) de gran interés. Así, la norma que establecía la rebaja de pena para los delincuentes que se enmendasen en virtud de un expediente abierto a cada penado, sólo tendría similar, en nuestro ordenamiento penal, en el régimen carcelario progresivo y en la libertad condicional, introducidos por una normativa muy posterior (a partir de 1924), pero, en cambio, las atenuantes de los números 6 al 8 del artículo 11 (cuyo origen inmediato es el art. 39 del Código penal austriaco), acercan en ese sentido y en cierto grado al Código chileno del 74 al español del 22.

(27) Sobre el punto, vid. *infra* V, 16.

neral; el II (diez títulos), los crímenes y simples delitos y sus penas y el tercero, las faltas (contravenciones).

La Parte General está destinada al delito y a las penas y no contiene un título especial sobre la ley penal. Sin embargo, están expresamente consagrados los principios de *territorialidad* y de *defensa*, éste último con carácter excepcional (arts. 5.º y 6.º). También está formulado el principio de *legalidad* de las penas (que es, además, de rango constitucional) y el de *retroactividad* de la ley penal más favorable con el límite de la sentencia de término. (art. 18, inc. 1.º y 2.º).

Nuestros legisladores del 74 optaron por la clasificación *tripartita* del Código francés, lo que ha sido censurado por no existir en Chile las razones procesales que la justifican en Francia. Empero, nuevos procedimientos penales, basados en regímenes rituales muy diferenciados, podrían tener en esta tripartición una base preexistente perfectamente aprovechable (28).

El *delito* se define en el artículo 1.º, inc. 1.º, de una manera casi idéntica a la definición del Código español: «Es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley». Pero tan fundamental similitud no debe ser motivo para que en la importante problemática que suscita este precepto —singularmente la interpretación del significado de la voz «voluntaria»— se puedan admitir, sin más, todas las líneas argumentales debatidas en España y sobre las que del ROSAL ha escrito tan densas como significativas páginas, (29), porque la *estructura* del concepto no es dogmáticamente igual. En efecto, la existencia de nuestro artículo 2.º, con su expresa distinción entre el «dolo o malicia» (con estos precisos nombres designados) y la «culpa» que constituye el delito culposo (cuasidelito en n. terminología), la que solamente se castiga a título excepcional (arts. 4.º y 10, núm. 13) (30), son factores que abren nuevas y distintas pers-

(28) El único camino viable para superar las actuales dificultades del proceso penal es, a nuestro juicio, optar por procedimientos profundamente distintos según se trate de delitos de mucha gravedad, de mediana gravedad o leves. Vid. *infra*, V, 16, 17 y 18.

(29) El Catedrático de Madrid hace en estas páginas una síntesis por demás sugestiva de la incierta situación de la culpabilidad en el Código penal español vigente, que debe ser motivo de importantes reflexiones. (DEL ROSAL, *Derecho Penal*, cit., I, págs. 412 y sigs.).

(30) Es curioso constatar —y ello podría ser objeto de un estudio que no sabemos que se haya realizado entre nosotros— cómo a pesar de una definición casi idéntica, la *estructura* del concepto se acerca más a la que tenía el Código de 1822, que también castigaba la culpa sólo a título excepcional y cuyos artículos 1.º y 2.º decían, respectivamente: «Es delito todo acto cometido u omitido voluntariamente y a sabiendas, con mala intención y con violación de la ley»; «Es culpa todo acto que con violación de la ley, aunque sin mala intención, se comete u omite por alguna causa que el autor puede evitar o con conocimiento de exponerse a violar la ley». Nos parece que de un estudio comparativo de estos tres códigos, en función de su común línea histórica, podrían obtenerse interesantes consecuencias. Por de pronto, ¡qué gran estropicio parecen haber «involuntariamente» causado los redactores del 48 y los nuestros del 74, seguramente por el solo afán de elegancia estilística!

pectivas dogmáticas para un debate que todavía no puede en modo alguno considerarse concluido (31).

Por otra parte, las *eximentes* se encuentran reunidas sin clasificación sistemática en el artículo 10, fuera de que en algunas disposiciones de la PE se legislen algunas excusas absolutorias. De este modo, los distintos elementos del delito deben construirse dogmáticamente no solamente sobre la base de la definición legal del artículo 1.º (y 2.º, según cierto sector de la doctrina) sino y muy principalmente, con el auxilio de los aspectos negativos consagrados en el mencionado artículo.

Sin el menor ánimo de hacer propiamente una construcción dogmática y mucho menos de inclinarnos en estos momentos por alguna de las tendencias doctrinarias en actual disputa, ofreceremos una breve referencia descriptiva de la manera en que los ingredientes de la teoría del delito, pacíficamente reconocidos por la generalidad de la Doctrina, están configurados en el Código penal chileno.

Las *formas* del acto se encuentran respectivamente indicadas en el artículo 1.º como *acción* y *omisión*. Nada se dice de la *comisión por omisión*, aunque en alguna figura especial se puede reconocer esta última forma expresante legislada. (32) Los delitos de *resultado* son los más numerosos de la PE pero, como es lógico, nada dice el Código sobre la relación de causalidad. (33) La *fuerza irresistible*, admitida como eximente en el artículo 10, número 9, constituye ausencia de acto para quienes estiman que ese es el lugar sistemático de la *vis* física.

La *tipicidad*, con todo su cortejo de problemas relativos a los elementos meramente descriptivos, subjetivos y normativos del tipo y a sus formas, no puede caber en un rápido esquema como el presente. La función de garantía de la tipicidad en el derecho penal está debidamente consagrada en nuestro Código bajo la fórmula tradicional del *nullum crimen sine lege previa* o, mejor, *nullum poena sine lege previa*, conforme a la redacción del artículo 18.

La *antijuricidad* se deduce, conforme al sistema de la excepción-regla, de la ausencia de una causa de justificación. Tienen claramente este carácter: el obrar en cumplimiento de un deber, o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo; (34) la legítima defensa; (35) el estado de necesidad limitado (36) y, discutiblemente, la obediencia jerárquica. Sobre el consentimiento no

(31) Una reciente y muy importante contribución en este controvertir asunto es el trabajo de J. BUSROS: *Voluntaria significa culpabilidad en sentido restringido*, en «Revista de Ciencias Penales», tomo XXIII, núm. 3, 1964; páginas 243 y sigs.

(32) Por ejemplo, artículo 234.

(33) En algunos artículos es posible reconocer una subyacente referencia al nexo causal; así, artículos 485, 324, 232, 326, 329, etc. Por otra parte, habría que admitir la existencia de algunos delitos *calificados por el resultado*. Vid. *infra*, nota 45.

(34) Artículo 10, núm. 10.º.

(35) Artículo 10, núms. 4.º, 5.º y 6.º.

(36) Artículo 10, núm. 7.º.

hay norma general expresa y en torno a este problema se han publicado trabajos de gran interés (37).

La *imputabilidad* también debe deducirse, a contrario sensu, de las reglas sobre los inimputables, que son: el loco o demente y los menores de dieciséis años; (38) el mayor de dieciséis años y menor de dieciocho puede serlo si obtiene una declaración previa de no discernimiento y, en todo caso, recibe un tratamiento especial (art. 72). La imputabilidad disminuida se admite en el caso de los trastornos psíquicos, por aplicación de la atenuante del número 1 del artículo 11 (eximentes incompletas). La embriaguez no es considerada por la ley y siguiendo una antigua tradición nacional, los Tribunales chilenos invariablemente han rechazado todo efecto exigente a la ebriedad, salvo que se trate de una intoxicación etílica plena que sea posible asimilar a un caso de inconsciencia absoluta. Debe añadirse como causa de inimputabilidad (aunque es tema polémico) el miedo insuperable (art. 10, núm 9).

En cuanto a la *culpabilidad*, tradicionalmente se ha visto el dolo en la expresión «voluntaria» (39) utilizada en la definición legal del delito. En todo caso emplea el término «dolo» y lo equipara a «malicia» el artículo 2.º. Con claro sentido propio (en forma adverbial) la ley usa estas expresiones en algunos artículos (40). Las *formas de dolo* quedan libradas exclusivamente a la labor del intérprete y, según la opinión dominante, el dolo debe presumirse (inc. 2.º del art. 1.º), cuestión muy criticada y debatida pero que quizás no tenga todo el grave alcance que a primera vista se le podría atribuir. (41) La *culpa* no está definida en la P.G, pero en la P.E (cuasi-

(37) En Chile, la monografía de Novoa sobre el *Consentimiento del ofendido* (Santiago, 1938), en parte rectificada en su *Curso* cit., págs. 409 y sigs. La situación en España presenta perfiles dogmáticos diferentes, sobre todo atendido el problema en las lesiones. Vid. sobre este último particular los interesantes trabajos de M. COBO, *El artículo 426 del Código Penal y el problema del consentimiento en las lesiones* en «Anuario», XV, mayo-agosto 1962, págs. 303 y siguientes, y *Revisión del problema del consentimiento en las lesiones en el Código Penal*, en el mismo «Anuario», XVII, mayo-agosto 1964, págs. 243 y sigs.

(38) Artículo 10, números 1.º y 2.º; la fórmula de la inimputabilidad queda adscrita a la fórmula biológica o psiquiátrica pura.

(39) Controvertido, como en España, por un sector minoritario de la Doctrina. Vid. *supra* en el texto y nota 29.

(40) En tales casos se ha querido ver, tradicionalmente, un «dolo específico»; así, artículos 204, 221, 224, 256, 342, 395 y 396.

(41) Según la doctrina dominante, no es realmente un problema de inversión del peso de la prueba, porque en el proceso penal chileno en caso alguno se coloca al imputado en una situación de inferioridad respecto del *onus probandi* ya que el Juez debe investigar de oficio y con igual celo tanto los elementos de cargo como de descargo (art. 109 del Código procesal penal). El inciso 2.º del artículo 1.º vendría, más bien, a disminuir el rigor de las exigencias normales para la prueba de cargo en vista de las dificultades que ofrece acreditar un elemento netamente subjetivo y de que esa presunción simplemente legal corresponde a una circunstancia normal de la vida cotidiana (SOLER). Cfr. NOVOA, *Op. cit.*, I, págs. 525-26; ECHEBERRY, *Op. cit.*, I, pág. 290; LABATUT, *Op. cit.*, I, págs. 148-9. Aunque el asunto sigue mereciendo reservas, que nos inclinamos a compartir (Vid., por ejemplo, DEL ROSAL, *Derecho Penal*, cit., pág. 415), es

delitos contra las personas) se distingue la imprudencia temeraria; la mera imprudencia y la negligencia que, en algunos tipos, debe ser inexcusable. (42) Los delitos *calificados por el resultado*, tema que ha sido certeramente revisado por nuestra literatura, están presentes en nuestro Código, pero en mucha menor medida de lo que pudiera creerse. (43) La figura de la *preterintencionalidad* no tiene autonomía ni siquiera al estilo de la atenuante del artículo 9.º del Código español, pero en algunos delitos es posible encontrar tipos preterintencionales especiales (44).

Respecto de las *causas de inculpabilidad*, el Código silencia toda referencia al error exculpante, por lo que este materia queda entregada a la labor del intérprete a partir de la exigencia legal del dolo y salvando el obstáculo del artículo 8.º del Código civil que dispone, de un modo general, que la ley se presume conocida. (45) En cambio, se dice expresamente que el error en la persona no tiene ninguna influencia en la responsabilidad (art. 1.º, inc. 3.º). El límite de la culpabilidad se encuentra en el *caso fortuito*, definido por el artículo 10 en su número 8.

Fiel a sus principios, el Código chileno opta por un largo catálogo de «circunstancias» que modifican la responsabilidad e intervienen en los rígidos mecanismos para la determinación de las penas. Distingue circunstancias *atenuantes* (art. 11), *agravantes* (art. 12) y una c. ambivalente que puede operar como atenuante o agravante según los casos (art. 13). La exacta posición de estas circunstancias en la teoría del delito, es uno de los tantos problemas que debe afrontar la dogmática chilena.

En cuanto a las *formas de aparición* del delito, la *proposición* y la *conspiración* se castigan a título excepcional (art. 8.º). En la ejecución imperfecta del delito se sigue el sistema de distinguir entre la *tentativa* («cuando el culpable da principio a la ejecución

del caso hacer constar que, afortunadamente, los tribunales no han hecho excesivo abuso de esta presunción, y más que nada es por ello que optamos por admitir que el asunto no tiene tanta gravedad *práctica*.

(42) Artículos 490, 491 y 492.

(43) En efecto, se ha demostrado que en las hipótesis tenidas tradicionalmente como de casos de delitos calificados por el resultado, en realidad, el dolo respecto del resultado más grave va envuelto implícitamente en el tipo de conducta particularmente grave y de consecuencias riesgosas, sea en forma directa o eventual (previsibilidad mínima). Cfr. A. URIBE, *Delitos calificados por el resultado*, Santiago, 1956, y NOVOA, *Op. cit.*, I, págs. 558 y sigs. No obstante, algunas figuras parecen ser irreductibles a esta argumentación (artículos 140, 142, 150 y 474, por ejemplo). Por otra parte, está el caso de la «responsabilidad objetiva» como en el sistema de responsabilidades subsidiarias que señala el DL 425 sobre abusos de publicidad (similar a la responsabilidad «en cascada» que establece la legislación española) y, en cierto sentido, el artículo 483 sobre delito de incendio y sus inaceptables «presunciones».

(44) Así, el aborto preterintencional, artículo 343 y el artículo 474.

(45) La inmensa mayoría de la Doctrina ya está llana a admitir el poder exculpante no sólo del error de hecho, sino también de derecho (a parte de quienes están con la más exacta terminología de error de tipo y de prohibición). La jurisprudencia, sin embargo, todavía está muy reticente con respecto al error de derecho.

del crimen... por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento»; art. 7.º, inc. 3.º) y la *frustración* («cuando el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consume y esto no se verifica por causas independientes de su voluntad; art. 7.º, inc. 2.º»), lo que da origen a las dificultades interpretativas que son fáciles de advertir. Los *actos preparatorios* suelen castigarse en algunas figuras especiales (vg., arts. 307 y 481), así como también las asociaciones de delinquentes (arts. 392-3). El desestimiento sólo está previsto expresamente en la proposición y conspiración, pero se sostiene, sobre la base de la definición legal del delito frustrado, que el desestimiento también cabe en la tentativa y en la frustración (46). El *delito imposible* es otro tópico que queda enteramente librado a la tarea del intérprete.

Los *concurso de delitos* están tratados, a los efectos de su penalidad, en los artículos 74 y 75. Este último define el concurso ideal en los siguientes términos: «...caso de que un sólo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea el medio necesario para cometer el otro». La regla de acumulación material establecida por el Código penal en el artículo 74, se encuentra modificada por el artículo 509 del Código de PP que establece el sistema de la llamada acumulación jurídica. Sobre el *delito continuado* no existe norma alguna y no faltan autores que, con buenos argumentos, nieguen esta discutible figura (47).

En las categorías de *participación*, el Código chileno distingue a los *autores*, *cómplices* y *encubridores*. Entre los autores quedan comprendidos el autor propiamente dicho (art. 15, núm. 1); el instigador o inductor (art. 15, núm. 2) y el auxiliador no necesario (art. 15, núm. 3). El cómplice está definido como el que presta ayuda anterior o simultánea, sin estar comprendido en la categoría de autor (art. 16). Por fin el encubrimiento bajo sus diversas formas (favorecimiento, recepción, etc.) está considerado como una forma de participación. El concepto de peligrosidad no tiene realmente cabida en nuestro Código y la *reincidencia* (genérica y específica) está prevista como agravante (art. 12, núms. 15 y 16).

El *sistema de penas* del Código vigente responde claramente a la orientación retribucionista que señaláramos. Son penas, de acuerdo con el artículo 21, las siguientes: Muerte; Presidio o Reclusión (perpetuo, mayor o menor); Relegación; Confinamiento; Extrañamiento; Destierro; Inhabilitaciones, absolutas y especiales, perpetuas y temporales; Suspensiones; Prisión (faltas); Multa; Comiso y penas accesorias como cadena o grillete, celda solitaria e incomunicación con personas extrañas al establecimiento penal.

Para la aplicación de las penas, elegidas para cada delito buscando un pretendido equilibrio entre el «mal» del hecho y el «mal» del

(46) Conforme, en general, toda la Doctrina. Vid. ETCHEBERRY, *Op. cit.*, II, página 69.

(47) Vid. el reciente artículo de NOVOA, *El delito continuado en Chile: un fetiche jurídico*, en «R. C. F.», XXIII, núm. 2, 1964; págs. 139 y sigs.

castigo, se legisla un complicado régimen de determinación que deja relegado al arbitrio judicial a un modesto papel (48). Este régimen está basado en las escalas graduales y en la combinación resultante de los siguientes factores: grado de participación; grado de desarrollo del delito; concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes y concurso o acumulación de delitos (arts. 50 a 78).

La *remisión condicional* de la pena y la *condena condicional*, han sido establecidas por leyes especiales posteriores (49).

La *extinción* de la responsabilidad penal se produce por las siguientes causas de acuerdo con el artículo 93: por la muerte del reo; por el cumplimiento de la condena; por la amnistía o el indulto; por el perdón del ofendido en los delitos de acción privada; por la prescripción de la acción penal y por la prescripción de la pena.

La *responsabilidad civil* no está expresamente reglamentada en el Código penal que se limita en su artículo 24 a declarar que la sentencia lleva envuelta la obligación de pagar las costas, daños y perjuicios quedando, pues, el resto de la materia entregada a las normas procesales y del Derecho común.

Nos sería materialmente imposible hacer siquiera una reseña de la *Parte Especial*. Bástenos señalar que todavía se mantiene muy semejante a la de su modelo, con los inevitables distanciamientos producidos por las respectivas reformas sufridas a lo largo de sus prolongadas vigencias (50).

(48) Para individualizar la pena el juez debe moverse, en primer término, dentro del mecanismo que le fijan los artículos 65 a 68, 72 y 73, lo que le permite, una vez determinado el grado de desarrollo del delito y el de participación, según las «circunstancias» que pueden concurrir (y para cuya apreciación, así como para su posible «compensación», goza de cierta discrecionalidad), y según la naturaleza y composición de la pena asignada al delito, imponer una que, en algunos casos podrá o no podrá ser uno de los grados (o grado) estipulados en cada artículo y, en otros, un grado superior o hasta tres grados inferior al señalado por la ley al delito. En segundo término, el artículo 69 permite que el Tribunal determine la cuantía de la pena, según esas mismas circunstancias y la mayor o menor extensión del mal producido por el delito. En realidad, sin discutir por un momento la innecesaria complicación de todo el sistema «aritmético», hay que convenir que salvo ciertos casos extremos (pena o grado único, por ejemplo), los tribunales disponen de un margen de movimiento que no es muy estrecho y que, incluso, no utilizan en toda la gama de sus posibilidades; el artículo 69 no es en modo alguno utilizado como debiera serlo.

(49) Vid. *infra*, II, 6. En ese mismo lugar véase también referencia a la ley 11,625, que establece un amplio sistema de medidas de seguridad, pero que no está aún en vigencia. En el Código penal las medidas de seguridad son muy limitadas y tangenciales.

(50) QUINTANO RIPOLLÉS señala las siguientes diferencias: la desaparición de los delitos contra la religión, sustituidos por los crímenes y delitos relativos al ejercicio de los cultos permitidos en la República; la sistemática de la criminalidad política, reformada y completada por leyes especiales; la no consignación del delito de desobediencia; la inclusión de delitos relativos a las epizootias; los tipos de abandono de personas desvalidas, junto al abandono de niños; la agrupación de los delitos contra la honestidad dentro del título VII (contra

Siguiendo a JIMÉEZ DE ASÚA (51) podemos decir que hay delitos «viejos» que perduran (incesto, homosexualismo, sodomía, bestialidad) y que, en cambio, algunos delitos «nuevos» originados por las complejidades de la vida contemporánea, todavía no reciben acogida en su articulado (homicidio por emoción violenta y por piedad, contagio venéreo, proxenetismo, rufianismo, «delitos económicos», sabotaje, etc).

Sin embargo, en este último aspecto, no hay que olvidar la profusa cantidad de leyes especiales que contienen en nuestro ordenamiento jurídico tipos penales, algunos hasta excesivamente «novedosos» (52).

5. El Código penal de 1874 ha experimentado hasta la fecha algunas modificaciones y complementaciones de importancia.

La Ley 4.447 de 1928, sobre protección de menores, modificó los artículos 10, 11 y 72 (límite absoluto de la inimputabilidad por edad y atenuante calificada dentro del margen de los dieciséis a los dieciocho años, cuando ha sido declarado el discernimiento); las leyes 4.205 (1928) y 6.827 (1941) modificaron el artículo 492 (cuasidelitos y accidentes de tránsito); la ley 7.632 de 1943, legisló sobre el delito de incendio, modificando el artículo 483 y agregando a continuación dos nuevos artículos; esta ley estableció un sistema de presunciones muy poco compatible con la naturaleza del Derecho penal basado en el principio de culpabilidad y, mal entendidas por los Tribunales, dan lugar a graves injusticias; la ley 8.716, de 1947, amplió el tipo de usura (art. 472), haciendo más eficaz su represión; la ley 9.762, de 1950, modificó los artículos 142 y 358 sobre delitos del plagio y rapto, cuyas penas han sido aumentadas recientemente (1965).

La ley 11.183, de 1953, trajo numerosas reformas al Código penal: redujo a dieciocho años la edad sobre la cual existe la plena responsabilidad y disminuyó los efectos atenuatorios del artículo 72; eliminó la eximente en favor del marido que mata a su mujer sorprendida en flagrante adulterio (art. 10, núm. 2); redujo considerablemente los plazos de prescripción; modificó el artículo 449 sobre delito de abigeato y alteró las cuantías pecuniarias en aquellos delitos cuya penalidad se regula conforme a dichas cuantías.

La ley 11.625, de 1954, comprende dos partes diferenciadas. La primera constituye una serie de modificaciones al Código penal caracterizadas por una excesiva severidad (aumento de penas, presunciones, extensión del *iter crimines...*) con que el legislador pretendió, con demasiado optimismo, aumentar la eficacia de la represión de los delitos de robo y hurto, acentuando, de paso, el in-

«el orden de las familias y la moralidad pública»); considerar la violación como consumada desde que hay principio de ejecución y la casuística exigencia de las cuarenta y ocho horas de edad en el infanticidio. (*La influencia*, cit., página 109).

(51) *Estudio de Legislación comparada*, en «Códigos Penales Iberoamericanos», Caracas, 1946, Tomo I, pág. 400.

(52) Vid. *infra*, II, 6.

aceptable desequilibrio que existe en nuestro Código entre la valoración penal de los delitos contra la vida y contra la propiedad (53). La segunda, establece un sistema preventivo bastante completo de estados antisociales (pre, para y post-delictuales) y medidas de seguridad. No está en vigencia por falta de los establecimientos adecuados a cuyo funcionamiento la propia ley condiciona su entrada en vigor (54).

La ley 13.211, de 1959, introdujo una interpretación extensiva del concepto de empleado público (art. 260); la ley 13.303, del mismo año, reajustó nuevamente las cuantías pecuniarias que dan la pauta para medir la gravedad de muchos delitos (malversaciones, hurtos, estafas...) y estableció una agravación especial de la pena cuando el monto del perjuicio pecuniario es muy cuantioso; la ley 15.078, de 1962, volvió a modificar el artículo 260 y la ley 15.123, de 1963, establece nuevas penas y disposiciones en relación con los delitos de tránsito (circulación).

Por fin, sucesivas leyes han alzado el monto de las penas pecuniarias con el objeto de ir poniéndolas a tono con los nuevos valores reales de nuestro signo monetario.

6. Entre las leyes que han complementado el Código penal chileno, suelen citarse el Decreto Ley 321, de 1925, sobre libertad condicional; la ley 4.447, de 1928, sobre protección de menores; las leyes 5.378 y 5.507 que configuran nuevos tipos delictivos (prestación de servicios militares a Gobiernos extranjeros, hurto de expedientes, etc.); ley 7.821, de 1944, sobre remisión condicional de la pena (privativas de libertad inferiores a un año); el Título I de la ley 11.626, y algunas otras de menor importancia.

Además, deben considerarse numerosas leyes especiales que contienen disposiciones de carácter penal. Aparte del Código de Justicia militar (1944), que en importante medida tiene una finalidad

(53) Este título I (39 artículos) de la ley 11.625, inspirada en parte y muy semejante a la ley española de «vagos y maleantes» (1933), recibe la aprobación de JIMÉNEZ DE ASÚA (*Tratado*, I, pág. 1097). Por nuestra parte, con todo el respeto que nos merece el maestro español y los autores del proyecto chileno (ilustres miembros del ICP), estimamos que esta ley, en su conjunto, o sea, tanto en la parte de las reformas penales como en la «preventiva», es desafortunada. Aunque parcial, ha sido una feliz circunstancia el que no entre todavía en vigor el título I; confiamos en que una reelaboración o un nuevo Código penal con sistema binario corregirá sus defectos y excesos.

(54) Los principales artículos reformados son: 433 (robo con homicidio, con violación o con lesiones muy graves, castigado con pena de prisión mayor a muerte); 436 (se suprime el valor de los objetos sustraídos como medida de pena); 440 (se elimina la cuadrilla como elemento calificativo); 441 que se suprime; 443 (al que se le da un nuevo contenido; robos de cosas que se encuentran en bienes nacionales de uso público); 450 (reglas generales para robos y hurtos y, entre ellas, que estos delitos se castigan como consumados desde que se encuentran en grado de tentativa (!); 454 (modificado en varios de sus incisos, entre los cuales, el que castiga como autor, en todo caso, a los mayores de dieciocho años que participan en delitos cometidos por menores de esa edad (!) y se da incorrectamente la calidad de cómplice al receptor, que debiera ser encubridor) y el artículo 456 en que se agrupan una serie de agravantes específicas para los robos y hurtos.

específicamente punitiva, existen innumerables leyes con muy diversas finalidades y naturaleza que al asegurar mediante la tutea penal algunos de sus objetivos o normas, han creado gran cantidad de delitos especiales (55).

Pueden citarse, entre otras y sin riguroso orden cronológico, las siguientes: leyes de prenda agrícola e industrial; leyes de propiedad industrial y de propiedad intelectual; de compraventa de cosas muebles a plazos; sobre aeronavegación; de Registro Civil; ley general de ferrocarriles; ley de quiebras; Ordenanza de aduanas; ley de alcoholes; ley de cheques; ley de abusos de publicidad; ley de seguridad interior del Estado, etc. (56).

7. Un Código penal que, mejor o peor, se encuentra fundado en un eclecticismo predominantemente retributivo y está construido con una técnica suministrada por la ciencia de las primeras décadas del siglo XIX, es un Código «clásico» que debía concitar forzosamente los afanes de reforma en épocas en que las inquietudes alimentadas por las «nuevas escuelas» y los auténticos afinamientos de la técnica jurídica traían consigo insistentes aires renovadores. Pero quizá la verdadera e inexorable razón para pensar en un nuevo Código, que resume todas las demás, es la que se expresa en el escueto preámbulo del Decreto Supremo que designa la comisión que debería redactar el proyecto de 1946: «Teniendo presente que el *tiempo transcurrido* desde la dictación del Código penal aconseja estudiar su reforma» (57). Es indudable que después de casi un siglo fuera legítimo pensar en un nuevo ordenamiento penal (58).

Los proyectos de reforma, de mayor o menor envergadura y extensión, son varios. Ya en la primera presidencia de ALESANDRI —época de profundas y renovadoras inquietudes sociales (59)— se designó, por Decreto de 23 de julio de 1921 una Comisión de Senadores y Diputados encargada de estudiar la reforma del Código penal, lo que no hizo. Tiempo después, el 21 de junio de 1928 (Presidencia de IBÁÑEZ) se designó otra numerosa Comisión con igual propósito, pero que tampoco realizó labor alguna. Sin embargo, algunos miembros de esta última Comisión serían los autores de los dos primeros proyectos que lograron completarse, ambos del año 1929.

El primer proyecto de ese año es el debido a los magistrados R. FONTECILLA y E. ERAZO; el segundo, al también magistrado

(55) Esta discutible, pero inevitable técnica legislativa, ha proliferado de tal manera en Chile que resulta casi imposible saber a ciencia cierta cuantas «leyes extravagantes» con algún contenido penal hay en actual vigencia. El Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Chile está realizando con este objeto una importante labor de clasificación.

(56) Para mayor detalle, vid. NOVOA, *op. cit.*, págs. 108-9.

(57) D. S. 2729 de 15 junio de 1945 por el que se designa «una comisión para que estudie y proponga al Gobierno las reformas urgentes que necesita el Código Penal»; se inserta en la impresión del Proyecto, Santiago, 1946, pág. 3.

(58) Con todo, para nuestro criterio sobre la reforma, vid. *infra*, V.

(59) De ese tiempo data el Código del Trabajo y las primeras grandes leyes de previsión social.

y profesor P. ORTIZ, que contó con la colaboración de un jurista alemán nacido en Chile, L. von BOHLEN. Posteriormente, en la segunda presidencia de ALESANDRI, se encomendó un nuevo proyecto al magistrado P. SILVA y al profesor G. LABATUT, quienes cumplieron su cometido en 1938. Finalmente, en 1945 fue designada una amplia comisión que alcanzó a completar un proyecto de reforma sobre la Parte General del Código vigente, a principios de 1946 (60).

Todos los proyectos mencionados se encuentran publicados y de ellos daremos algunas noticias *infra* (IV, 11, 12 y 13).

III. LA PROGRESIÓN DE LA CIENCIA PENAL EN CHILE

8. De la época anterior al Código penal no existen rasgos dignos de mención de lo que pudiera constituir algún germen de labor científica respecto de una disciplina que mereció muy escasa atención por parte de los jurisconsultos de las primeras décadas de nuestra independencia y cuyo ejercicio no atraía a los más selectos ni merecía los honores de una especial dedicación.

Casi inmediatamente después de la promulgación del Código, Alejandro FUENSALIDA publicó (Santiago, 1876) unos *Estudios sobre el Libro I del Código penal*, incompletos, que sería la base de sus «Comentarios» al Código, editados algunos años más tarde en tres volúmenes (1882). Estos comentarios, al estilo de PACHECO y dentro de unos límites indiscutiblemente exegéticos son, sin embargo, de gran calidad y algunas de sus agudas reflexiones mantienen su interés y vigencia.

Siempre en el terreno exegético y formal de unos «comentarios», pero a mucha distancia de los anteriores, se publican los trabajos de P. J. FERNÁNDEZ (2.ª ed., Santiago, 1900) y de R. VERA (Santiago, 1883). Con distinta proyección, cabe mencionar el *Código penal, orígenes, concordancias y jurisprudencia* de Santiago LAZO (Santiago, 1915); se trata de un volumen de la serie «Los Códigos chilenos anotados» que han prestado útiles servicios en el Foro durante muchos años.

Las obras mencionadas, junto a algunas otras de menor importancia, «apuntes» de clases y tesis de licenciados, cierran este período, realmente pobre, de la ciencia penal chilena.

9. A un período *exegético* debería haber seguido una etapa *sistemática*, conforme al conocido esquema evolutivo de GRISPIGNI (61). Sin embargo, la progresión de la ciencia penal chilena ha sido discontinua, pues careció, en el momento oportuno, de esa

(60) Este Proyecto, junto con el que después fue ley 11.625 (estados antisociales), los sitúa, con razón, JIMÉNEZ DE ASÚA en la tendencia a las modificaciones parciales que formó opinión en Chile, dirección que no le parece censurable «como contrapartida loable a la inestabilidad legislativa de Iberoamérica» (*Tratado cit.*, I, núm. 361).

(61) Según el que fuera profesor de Roma, la ciencia del Derecho pasa, sucesivamente, por estas tres etapas: *exegética* (simple conocimiento y descripción de la ley); *sistemática* (análisis de las instituciones en todos sus elementos

fase sistemática que sólo apunta en algunos trabajos aislados. De este modo, el notable incremento que desde hace muy pocos lustros adquirió el estudio propiamente científico del Derecho penal, por ser necesariamente tributario de sistemas extranjeros, significó un «salto hacia la dogmática ejecutado en el vacío de una sistemática inacabada», cuyos inconvenientes y peligros ha hecho notar E. CURY en reciente artículo (62).

Por otro lado, al paso que el estudio de la PG, bajo el impulso de las mismas corrientes foráneas —más fácilmente adaptables en ese sector— y de las inclinaciones del momento marcadamente dominadas por los temas relativos a «los principios generales», avanzaba en alguna medida, la PE era notoriamente descuidada hasta el punto que hoy se puede estimar que no está completo ni siquiera el estudio exegético de todos los delitos en particular (63).

Este fenómeno, quizá extraño en un país que se ha distinguido por su vocación jurídica, se debió a factores perfectamente conocidos: dicha vocación, hasta hace poco, se concentraba casi exclusivamente en las especialidades privatistas o en el Derecho político y la enseñanza del Derecho penal en las Universidades estaba confinada a un modesto segundo plano; pero, sobre todo, porque los cultivadores mejor dotados de la disciplina, entregados a la estéril lucha de las escuelas y particularmente al positivismo que tantos estragos hiciera en América, dedicaron sus esfuerzos a otros objetos que los propios de una estricta labor jurídica.

El profesor R. del Río es la figura más relevante de este lapso, en general, poco fecundo. Sus obras *Derecho penal* (Santiago, 1935) y *Elementos de Derecho penal* (Santiago, 1939) se resienten de un exagerado positivismo que desdibuja las instituciones jurídicas. Con todo, representan un estimable esfuerzo sistemático de conjunto, muy superior a unos simples comentarios y con valores permanentes dentro de la bibliografía nacional.

El predominio de las tendencias positivistas llega, aproximadamente, hasta la década del 40, pero es desde entonces cuando empiezan a aparecer algunas obras y a formarse el ambiente que haría propicio el considerable desarrollo alcanzado posteriormente por la ciencia penal chilena. Pedro ORTIZ, muy al corriente de la doctrina alemana, la difunde en el país por medio de su Proyecto (1929), en sentencias judiciales que como magistrado le tocó pronunciar y en diversos libros y otros escritos, pero su labor, junto con el indiscutible mérito de contribuir a la apertura de nuevos horizontes, acusa el grave inconveniente que todavía sigue gravitando sobre nosotros:

y consecuencias) y *dogmática* (síntesis de las instituciones integradas en un sistema total). Cfr. F. GRISPIGNI, *Derecho Penal Italiano*, vol. 1.º, Buenos Aires, 1948; págs. 26 y sigs., principalmente.

(62) E. CURY, *Reflexiones sobre la evolución del Derecho Penal chileno*, en «RCP», XXIII, núm. 2, 1964; págs. 154 y sigs.

(63) Ciertamente que este desequilibrio entre ambas partes es una deficiencia de la que todos se resienten, en mayor o menor medida. Cfr. el propio GRISPIGNI, *loc. cit.*

la recepción, más o menos indiscriminada, de una dogmática ex tranjera. Su obra principal, *Nociones generales de Derecho penal* (Santiago, 1933-37) es una adaptación al español, casi literal, del *Tratado* de von LISZT (64).

Si ORTIZ sólo se puede considerar un precursor, el paso decisivo para la elevación científica de nuestro Derecho penal lo da, en cambio, un reducido núcleo de juristas, profesores y magistrados que despliegan una importante actividad por esos mismos años 40 (65). A su lado no debe olvidarse la figura de JIMÉNEZ DE ASÚA que ejerció sobre esta generación un poderoso influjo promocional (66). La mayoría se encuentra hoy en plena labor creadora, por lo cual deben ser incluidos en el nutrido grupo de penalistas contemporáneos, que ellos mismos encabezan, dedicados a forjar una auténtica dogmática penal chilena.

10. La acción decisiva de juristas como M. SCHWEITZER, L. COUSIÑO, G. LABATUT, E. NOVOA, A. BUNSTER, ha traído consigo un notable desarrollo del Derecho penal en Chile. Apartándose de todo bizantinismo de Escuelas, conforme a las más destacadas corrientes del pensamiento jurídico penal que conocen y saben manejar, emprenden la tarea de elaborar científicamente, con estricto rigor dogmático, nuestra ley punitiva vigente. Pero, sobre todo, han tenido la inestimable virtud de saber formar nuevas generaciones de estudiosos, seleccionados entre los más capaces de cada promoción. Con su esfuerzo y preparación y con la gran ventaja de una claridad en métodos y objetivos recibida como orientación

(64) Y, sin embargo, ORTIZ maneja con soltura y agudeza el derecho positivo, como lo prueban sus sentencias, algunas realmente notables; su interpretación de los artículos 1.º y 2.º del Código penal en la construcción del concepto legal de delito, etc.

(65) Si no en número de publicaciones, importante en calidad y trascendencia, M. SCHWEITZER dicta su cátedra con rigor dogmático y G. LABATUT se inclina progresivamente en esa dirección. A. DRAPKIN —hoy orientado por rumbos muy diversos— publica su excelente monografía sobre *la relación de causalidad* en 1943; E. NOVOA el *consentimiento de la víctima* en 1939 y los *elementos del delito* en 1952; L. COUSIÑO su riguroso estudio sobre *la falsificación de instrumentos privados* en 1944; A. BUNSTER, *la malversación de caudales públicos* en 1948 y *la voluntad en el acto delictivo* en 1951. Rafael FONTECILLA, por su edad y por la fecha de sus primeros trabajos (*el concepto jurídico del delito...*, es de 1936, y sus artículos sobre los *concurso*s se publican por primera vez en 1945 y 1946), de significación dogmática, podría considerarse como precursor, pero la continuidad de su labor no interrumpida hasta hoy, permite incluirlo en este grupo. También deben mencionarse los dos gruesos volúmenes del II Congreso Latinoamericano de Criminología (1941), en que se trataron interesantes problemas penales y en el cual Chile, sede del Congreso, participó activamente con ponencias e intervenciones de gran calidad. Alma de la organización de este Congreso fueron el ICP y su presidente, L. COUSIÑO.

(66) Desde sus primeras obras, pero sobre todo desde la difusión de su *Teoría jurídica del delito*, JIMÉNEZ DE ASÚA ha tenido gran influencia en los penalistas de Hispanoamérica como punto de apoyo de la reacción en contra del positivismo italiano imperante. Esta influencia se acentúa a partir de 1940 en virtud de un contacto más directo y estrecho y por sus muchas obras, siempre portadoras de un potente espíritu renovador.

fundamental por parte de aquéllos, este nutrido grupo de jóvenes juristas presta su eficaz colaboración en la tarea señalada.

Importantes metas ya han sido alcanzadas: la investigación científica se realiza con absoluta pureza instrumental, dentro de un campo perfectamente delimitado y sin que la interferencia de problemas criminológicos o de otra índole, que tantos perjuicios nos causara, perturbe el quehacer jurídico y sin que, tampoco, se desconozca la fundamental interrelación de todas las disciplinas cuyo objeto común es el delito y el delincuente; en suma, el rigor metodológico impera absolutamente en nuestros estudiosos; además, la amplia recepción de la ciencia extranjera, generalmente a través de sus fuentes originales, ha acrecentado nuestra experiencia y ha favorecido una más acabada visión de toda la problemática; por fin, existe una plena conciencia de todas las cuestiones en su dimensión *nacional*, así como una gran inquietud y suficiente formación para intentar afrontar sus soluciones.

Esto no puede significar que se encuentre lograda una plena madurez dogmática en la elaboración del Derecho penal chileno. Es cierto que serios obstáculos se opusieron desde un principio, obstáculos que, en parte, aún subsisten: la falta de una labor sistemática previa de proporciones apreciables o significativas, dificultan enormemente los objetivos dogmáticos dirigidos a la construcción de sistemas generales o parciales sobre la exclusiva base del Derecho positivo vigente, escasamente trabajado; en cambio, obliga a recurrir en demasía a la ciencia extranjera o hace caer en la tentación de admitir, falsamente, soluciones foráneas sin validez en la esfera de la ley nacional; este mismo estado de cosas mantiene un enorme desequilibrio entre la PG y la PE, todavía más descuidada, lo que fatalmente acentúa las dificultades para una armónica integración del sistema, con graves repercusiones prácticas incluso en la jurisprudencia actual (67).

(67) Recargando las tintas negras, CURY (*Reflexiones...* cit.), señala que la inevitable acomodación de nuestro Derecho a la estructura «orgánica y evolucionada» presentada por los tratadistas alemanes, significó tropezar con los siguientes inconvenientes: a) instituciones de nuestro ordenamiento que no reconocen paralelos en sistemas extranjeros y que se quedaban sin adecuada solución sistemática (por ejemplo, las circunstancias modificativas de la responsabilidad); b) el caso inverso y en el que algunos autores en vez de limitarse a ignorar la institución extranjera, le dedicaban largas disquisiciones al tema; y c) instituciones que por su peculiar reglamentación en el derecho extranjero dan origen a serios problemas que son trasladados a nuestro medio sin justificación alguna, puesto que la regulación de la ley nacional no presenta las mismas dificultades (por ejemplo, el concepto de acción en sentido lato; el estado de necesidad, etc.).

Básicamente, CURY está en lo cierto pero, por una parte, incurre en el extremismo de considerar únicamente la situación con referencia a la dogmática alemana, como si no existiese la recepción de *otros* sistemas extranjeros que nos son mucho más afines. Por otra y sobre todo, parece no querer advertir que nuestros juristas ya han tomado plena conciencia de este problema desde hace varios años y que estamos en franco tren de superarlos. Así, a estos «grandes males» ya se están poniendo «grandes remedios».

Lo anterior, sin embargo, no nos puede llevar a postular el radical punto de partida propuesto por CURY, que sería injusto para con todos nuestros juristas incluido él mismo: «reiniciar la tarea con humildad» (68). En realidad, la tarea *ha sido iniciada* hace por lo menos quince años, sobre las bases que señala el propio CURY y que compartimos plenamente: a) El campo en que trabajamos no se encuentra todavía suficientemente preparado para la estructuración de sistemas dogmáticos tan completos y cerrados como la de los grandes juristas alemanes, italianos o españoles; primero tenemos que conocer y agotar nuestra ley positiva que, al fin de cuentas, es bastante menos imperfecta que, por ejemplo, la alemana y que puede dar mucho de sí; b) es menester intentar el reanálisis de muchas de nuestras instituciones, particularmente de la parte especial; ello debe ser preocupación fundamental de todos los jusepenalistas, y c) si bien sería absurdo desaprovechar todas las aportaciones de la ciencia penal extranjera en lo que tienen de utilizable (y en esto la española nos es particularmente interesante) no deben admitirse a bulto, renunciando a su análisis minucioso y a una continua confrontación con el Derecho positivo para verificar hasta donde es posible admitirlas.

Esta tarea dogmática en creciente expansión radica, en primer término, en la Universidad, en sus Cátedras y en los Seminarios. Sin excepción, todos los catedráticos ordinarios, extraordinarios y profesores adjuntos hacen dogmática en un alto nivel con intensa dedicación personal a su labor docente y a su misión de orientadores (69). El Seminario del Derecho penal de la Universidad de Chile, dirigido por A. BUNSTER, complementa eficazmente esas tareas y está entregado a un vasto programa de investigación.

Ha sido una característica negativa de los penalistas chilenos su reticencia por escribir; la escasez de la bibliografía penal chilena ha ocultado su verdadera potencialidad y ha inducido juicios errados, causando gravísimos perjuicios al avance de la ciencia patria. Sin embargo, esta deficiencia está en vías de corregirse y, aunque falta mucho camino que recorrer, un número cada vez más denso de monografías de primera calidad va llenando el vacío de un trabajo previo de cimentación, indispensable para la construcción de los grandes sistemas generales (70).

(68) *Loc. cit.*

(69) El profesor de dedicación completa es una novedad que ahora recientemente se está introduciendo en nuestra Universidad y solamente en forma parcial (sólo una de las varias cátedras paralelas); por lo general, el profesor es un profesional de intenso ejercicio o un magistrado, por lo que la docencia es un signo de verdadera vocación y esfuerzo.

(70) Para citar algunas: ETCHEBERRY, *Concurso aparente de leyes penales*; AMUNATEGUI, «Maliciosamente» y «A sabiendas» en el Código Penal; BASCUNÁN, *El delito de abusos deshonestos*; Marcela BUNSTER, *El versari in re ilícita*; GARRIDO, *Delitos contra el honor*; POLITOFF, *El delito de apropiación indebida*; y *Los elementos subjetivos del tipo legal*; URIBE, *Delitos calificados por el resultado*; CURY, *El delito continuado*; BUSTOS, *El concurso ideal de delitos*; VI-

Afortunadamente, esa carencia no ha sido obstáculo insuperable para que se haya emprendido, con gran dignidad científica, el camino de los tratados y obras generales de conjunto. Sin duda que al no suplir con su solo esfuerzo la inacabada elaboración de muchas instituciones, sus autores han tenido que apoyarse, en mayor o menor medida, en trabajos, en ideas y en sistemáticas extranjeras; era, en efecto, «una situación fáctica que les era dada y a la cual, por tanto, no podían sustraerse» (71). Empero, este andamiaje externo va siendo cada vez menos necesario y en un futuro próximo confiamos en que sólo quedaran aquellas vigas maestras, propias de la naturaleza ecuménica de las grandes ideas, que solamente un exacerbado provincialismo al estilo de la literatura alemana podría pretender ignorar. Por breve que sea este escolio, debemos dedicar un momento a las obras generales de nuestra bibliografía actual, que son tres.

Gustavo LABATUT, a partir de un modesto Manual publicado en 1948, consigue una importante obra didáctica en dos volúmenes, *Derecho penal* (la ed. de 1954; 4.^a y última de 1963-64) que ha merecido justos elogios incluso en el extranjero (72). Conservando viejas estructuras, «porque el deseo de no dificultar el estudio del... Libro I del Código penal me decidió a no innovar en la distribución de las materias..., sin que esto significara desconocer que ella no se ajusta a la técnica penal más reciente», ha conseguido plenamente su propósito de proporcionar una información general acerca del Derecho penal chileno que sirva de punto de partida para más acabados estudios. Todos los grandes temas de la PG y los delitos en particular, están tratados con sencillez, equilibrio conceptual, moderna información e impecable estilo, lo que hace de este libro si no un *tratado*, al menos un *compendio* de «indudable utilidad para la enseñanza y que como tal debe ser calificado de muy estimable» (73).

De mayor relieve dogmático es el *Derecho penal*, de Alfredo ETCHERRY (Santiago, 1964), que desarrolla en cuatro volúmenes

VANCO, *Robo con homicidio*; ROMÁN, *Comunicabilidad en el parricidio*; MIRANDA, *Falsedades documentales*; SCHWEITZER, W., *El error*, etc., etc.

(71) CURY, *Op. cit.*, pág. 156. Por cierto que en la repulsa de las corrientes foráneas no debe caerse en el extremo opuesto. Bien dice BUNSTER que «incurriría en grave dislate quien pretendiera desconocer la legitimidad de valerse de la investigación ajena cuando está bien hecha o cuando se carece de los materiales necesarios para efectuarla cumplidamente por cuenta propia». (Recensión al *Curso de Derecho Penal* de NOVOA en «RCP», XXI, núm. 2, 1962; pág. 259.) Esto es especialmente aplicable a la Doctrina española, siempre bien recibida en Chile y que nos presta el mejor de los servicios. Con todo, hay que tener sumo cuidado en su manejo porque una «casi» semejanza es más engañosa que el contraste total y, a veces, pequeños cambios o diferencias entre ambas legislaciones — que no siempre se advierten — excluyen de raíz la validez de toda una argumentación.

(72) Vid. la importante recensión de F. BUENO ARAUS en la «Revista de Derecho Español y Americano», núm. 11, 1966; págs. 289 y sigs. También «Anuario de Derecho Penal y Criminología», Tomo I, Buenos Aires, pág. 207. En Chile, «RCP», XX, núm. 1, 1961; pág. 179.

(73) Recensión de BUENO ARAUS, *cit.*, pág. 292.

el programa completo de la materia, bajo el signo de una fundamental unidad sistemática. No es una mera exposición de doctrinas seguidas o ilustradas con los preceptos legales correspondientes, sino un *sistema* donde la ley y la teoría, armónicamente imbricados, se desenvuelven siguiendo el hilo conductor que le va trazando el pensamiento del autor. Según él mismo lo admite, la obra, por su carácter dogmático, reduce al mínimo indispensable las referencias criminológicas y sociológicas y los problemas pertenecientes a la filosofía del Derecho sólo se abordan en la medida de lo estrictamente necesario para la adecuada comprensión de las materias propiamente jurídico-penales. Junto a las inevitables citas de autores extranjeros, se maneja en forma exhaustiva y acertada la literatura nacional.

Es plausible que muchos de sus enfoques hayan concitado la crítica y la disconformidad, ese es precisamente el signo inequívoco de que se trata de una creación genuina y no de un simple repertorio de opiniones ajenas. No podríamos descender al detalle de la estructura de la obra, pero admitimos, en lo que al conjunto se refiere, que le falta uniformidad de desarrollo (74) y que, en ciertas ocasiones, se resiente su rigor sistemático y no se alcanza la suficiente madurez. Sin embargo, si consideramos la relativa juventud de su autor y las dimensiones de su obra, también deberemos convenir que son inconvenientes que irán solucionándose progresivamente. En cambio, debemos agradecer a ETCHEBERRY que desestimando pruritos de perfeccionismo y conveniencias profesionales —causantes en gran medida de ese pernicioso raquitismo bibliográfico que lamentábamos— haya compuesto una obra que, en todo caso, ha superado largamente la modesta finalidad de servir de texto auxiliar a los alumnos de su cátedra.

El *Curso de Derecho penal chileno* (tomo I, Santiago, 1960; tomo II, Santiago, 1966), de Eduardo NOVOA MONREAL, señala un hito en la literatura penal del país: «La aparición de la obra es un hecho de capital importancia en la vida jurídica chilena y marca una época en el estudio científico de nuestra disciplina» (75).

También en este caso su propósito inmediato fue el de servir de texto de estudio, pero dentro de una concepción más amplia, pues junto a lo que se estima como «la información mínima necesaria para el estudiante» se añade, sin romper la secuencia del discurso, importantes complementos (con tipografía menor) en los que el autor pone a contribución todo el acervo de su dilatada experiencia de profesor y abogado, su erudicción y su penetrante talento jurídico. El resultado es una obra sistemática con todas las características de un verdadero tratado, aunque lamentablemente limitado a la Parte General.

NOVOA es el primero en afrontar (el libro de ETCHEBERRY es

(74) Ciertamente que el autor nos advierte esta circunstancia, pero en una obra de su envergadura debería, en lo posible, evitarse.

(75) A. BUNSTER en la recensión del libro, ya citada (nota 71).

unos cinco años posterior), encarando con decisión los obstáculos que señaláramos, la tarea genuinamente dogmática de «disponer sistemáticamente la doctrina envuelta en la ley», como dice A. BUNSTER en feliz expresión. No hay duda, pues, que este curso se expone y desarrolla conforme a un sistema contraído al Derecho vigente y es por ello dogmáticamente una realidad lograda. Por cierto que, como tal sistema, puede y debe recibir una confrontación crítica; se estará en mayor o menor desacuerdo con sus elaboraciones hechas, en general, con gran acatamiento a la ley y procurando rehuir al máximo cuestiones criminológicas o filosóficas marginales, así como teorías foráneas ajenas a nuestro Derecho y sin olvidar, por último, la unidad fundamental de todo el ordenamiento jurídico. Sin embargo, estos son aspectos propios de otros enfoques. Lo que aquí nos interesa subrayar es su particular trascendencia no sólo por su precisión y claridad expositiva, por su decidido enfrentamiento con todos los problemas o por tantos otros méritos intrínsecos, sino porque al reconstruir la ley penal en *sus* principios, en *sus* fuentes, en *su* doctrina y en *su* práctica, sin perder de vista las tendencias de la ciencia penal contemporánea (76), ha inscrito a Chile en la nómina de los países que cuentan en su literatura jurídico-penal con tratados *propriamente* nacionales.

BUNSTER culmina su resección (77) expresando que esta obra «...surge a nuestra incipiente literatura jurídica como exponente admirable del afán de unos cuantos estudiosos por enaltecer la investigación jurídica chilena y como un poderoso incentivo para que otros, siguiendo el ejemplo trazado por el profesor NOVOA, vayan constituyendo esa serie armoniosa de obras sistemáticas que caracteriza a los países de gran cultura jurídica». Una respuesta casi inmediata a este llamado, la constituye la obra de ETCHEBERRY. Confiamos —y alguna información que poseemos nos permite ser optimistas— en que dentro de poco se habrán sumado otras más.

No podríamos concluir el presente bosquejo sin reservar algunas líneas para el Instituto de Ciencias Penales. Fundado hace exactamente treinta años (mayo de 1937) por R. DEL RÍO, es una institución privada entrañablemente unida al progreso de las disciplinas penales en nuestro país. Presidido sucesivamente por los profesores L. COUSIÑO, D. SCHWEITZER y E. NOVOA, su actual Presidente, agrupa en su seno a los más destacados juristas, criminólogos, medicolegistas, penitenciarios, etc., del país y lucha incansablemente, al máximo rendimiento de sus recursos humanos y materiales, por la efectiva consecución de sus objetivos fundacionales: el estudio, difusión y desarrollo de las ciencias penales (78). Publi-

(76) Ejemplos destacados en este sentido pueden ser el tratamiento de algunas justificantes y, sobre todo, su original elaboración de la culpabilidad *latu sensu* (reprochabilidad).

(77) *Loc. cit.*, pág. 260.

(78) Para una rápida información sobre el Instituto, pueden consultarse las intervenciones con ocasión de celebrarse los veinticinco años de vida del Instituto, publicadas en la «RCP», XX, núm. 2, págs. 324 y sigs. En su discurso,

ca la «Revista de Ciencias Penales», de bien ganado prestigio internacional. Esta revista, al divulgar y estimular la producción científica patria, presta un apoyo eficaz en el movimiento hacia una verdadera dogmática en que actualmente se encuentra empeñada con decisión la ciencia penal chilena.

IV. LOS TRABAJOS DE REFORMA EN PARTICULAR

II. Como ya tuvimos ocasión de ver (79), las inquietudes reformadoras comenzaron a canalizarse en Chile a partir de 1921, pero sus primeros frutos concretos son dos proyectos de Código penal presentados al Gobierno en el año 1929.

Uno de ellos es el compuesto por los magistrados Eduardo ERAZO y Rafael FONTECILLA, llamado comúnmente *Proyecto Erazo-Fontecilla*. Abarca tanto la parte general como la especial y se inscribe en las tendencias, de muy fuerte impacto en la época, de la política criminal, eclecticismo que los positivistas censuraran con cierta dureza (80).

Censura por demás injusta porque los autores no ocultan sus simpatías por aquella Escuela penal, cuando dicen en el «Mensaje»: «Sin dejar de reconocer que lo más eficaz habría sido la aceptación amplia de la fórmula del estado peligroso, como fundamento *único* de la medida y límite de la responsabilidad, el proyecto no ha acogido este criterio por estimar que no tiene todavía entre nosotros el ambiente necesario. Por eso ha debido aceptar la imputabilidad y responsabilidad delictiva tratándose del cometimiento de un hecho ilícito, y la fórmula del estado peligroso en casos de peligro no constitutivo de delito» (81).

El eclecticismo político-criminal no lo han elegido, pues, por verdadera vocación doctrinaria (82), sino por necesidades circunstanciales y se manifiesta en los siguientes rasgos del Proyecto: a) en la elección de las medidas empleadas para sustituir las penas cortas de prisión (condena condicional, perdón judicial y la multa en la triple vertiente de su individualización, modo de facilitar su pago y medidas de apremio o sustitución); b) en mantener con-

el profesor Coussino dijo estas certeras palabras: «Hasta el año 1937 nada unía a los cultores de las ciencias penales... Este recio nexo de unión que significó la creación del Instituto de Ciencias Penales, abrió las más insospechadas puertas de adquisición de conocimientos, de trabajo en equipo, de investigación científica y de vinculaciones de todo orden».

Véase también las memorias anuales del Directorio del Instituto que se publican en el último fascículo de cada año de la Revista.

(79) Vid. *supra*, II, 4.

(80) Por ejemplo, E. GÓMEZ le reprocha que su eclecticismo carece de «autoridad científica» (cit. por JIMÉNEZ, *Tratado*, I, pág. 915).

(81) Mensaje o exposición de motivos que figura en la edición oficial del Proyecto, Santiago, 1929; págs. IV-V. La «añoranza maximilista», como la denomina JIMÉNEZ DE ASÚA, se sigue advirtiendo en otros pasajes del mismo Mensaje.

(82) Mensaje cit., que, como se dijo *supra*, nos da la verdadera clave de las ideas doctrinarias que en esa época seguían los autores del Proyecto.

juntamente la imputabilidad y el estado peligroso, y c) en el sistema binario de penas y medidas de seguridad.

Conforme a su criterio dual, el Proyecto dedica todo el título IX a la «prevención». En efecto, el propósito de los autores de limitar la fórmula del estado peligroso al campo *preventivo* no puede ser más claro, según repiten en varios pasajes de la exposición de motivos y al explicar este título al que denominan «verdadero Código preventivo», pues «la justicia está obligada a tomar medidas contra ciertos individuos que, si bien no han cometido ningún hecho delictuoso, por su manera de vivir, sus hábitos, sus deficiencias mentales, etc., puede esperarse de ellos una conducta contraria al orden jurídico. Esta es la innovación más atrevida del proyecto, y a la vez la más certera en la lucha contra la criminalidad» (83).

Las *medidas de seguridad* propuestas por el proyecto son: internamiento en manicomios u hospicios, establecimientos de reeducación, casas de salud, casas de trabajo, expulsión de extranjeros; caución de buena conducta; sujeción a la vigilancia de la autoridad (art. 56).

Sin embargo, que estas medidas sólo tengan aplicación en los casos de peligrosidad no delictiva (o predelictiva) no es tan claro como lo es el propósito de los redactores. Encontramos razón a JIMÉNEZ DE ASÚA cuando frente al artículo 55 —que establece los casos en que se reúnen las condiciones de peligrosidad social— manifiesta sus serias dudas sobre el particular (84). Al lado de los absueltos por inimputabilidad figuran también los casos de «imputabilidad disminuida» y además de los «malvivientes» (prostitutas, rufianes, ebrios, toxicómanos, etc.) están los «delincuentes crónicos» y, realmente, no es posible encuadrar a estos últimos, así como tampoco los afectos a responsabilidad disminuida en la categoría de «estados predelictuales».

En la parte propiamente penal del Proyecto, destacan las siguientes novedades técnicas: a) se suprime, por innecesaria, toda *definición de delito*; b) se establecen, en cambio, unas *bases de punibilidad* que en el fondo vienen a ser una descripción conceptual de los elementos del delito (arts. 1.º, 7.º, 9.º y 12); c) se definen legalmente los conceptos de *dolo* (directo y eventual) y de *culpa*; d) se acoge el efecto excusante del *error de derecho*, bajo ciertas condiciones (art. 11); e) se elimina el catálogo de *Circunstancias atenuantes y agravantes* y se le reemplaza por fórmulas bastante amplias; f) el *encubrimiento*, conforme a una mejor técnica penal, pasa a ser un delito autónomo dentro de las infracciones contra la Administración de justicia (art. 292); g) no se define al *autor* por considerarse superfluo, pero se define el *inductor* y el *cómplice* (arts. 21 y 22); h) en el *iter criminis*, solamente se consideran el hecho *consumado* y la *tentativa* que comprende el antiguo delito frustrado; i) no se regula el ejercicio de la *acción civil*, pero se

(83) Mensaje cit., pág. V.

(84) *Tratado*, I, pág. 916.

crea un patronato especial que se cuida de asegurar la indemnización a la víctima del delito, y j) se establecen algunas modificaciones en las *causas de extinción* de la responsabilidad penal.

Respecto de las *penas*, se suprime la de muerte y las perpetuas se sustituyen por presidio de duración indeterminada con un mínimo de quince años; además, se contemplan las siguientes: presidio, reclusión, prisión, relegación, arresto, inhabilitaciones, multa, comiso y publicación de la sentencia. En su régimen de aplicación, suprime la *aritmética* penal y se da amplia cabida al arbitrio judicial.

En la Parte Especial, además de modificar el orden de los delitos (se empieza por los delitos contra las personas) se añaden nuevas figuras: contagio venéreo y nutricio; sustracción de expedientes, etcétera, y se suprimen otros, como el delito de adulterio.

Sin perjuicio de todas las reservas que nos puedan merecer sus soluciones técnicas y particularmente su fórmula del estado peligroso predelictual, no cabe duda que se trata de un proyecto con estimables cualidades que merece ser tenido en consideración en todo futuro intento de reforma.

El segundo proyecto de 1929 es el presentado por P. ORTIZ y L. VON BOHLEN (*Proyecto Ortiz-von Bohlen*). Sólo abarca la Parte General y como era presumible, atendida la filiación de sus autores, está absolutamente dominado por la legislación y la doctrina alemana.

De inspiración más acentuadamente «jurídica» que el anterior (85) —aunque también se sigue el sistema binario y se regulan algunas medidas de seguridad— la imputabilidad se construye sobre el concepto de *capacidad penal* y es el fundamento *sine qua non* de la punibilidad. Las *incapacidades* provienen de perturbaciones mentales, debilidad mental, sordomudez y minoría de edad (arts. 12-14). Se define el *dolo* (incluyendo el eventual, art. 17) y la *negligencia*, pues la voz «culpa», por influjo alemán, corresponde a la culpabilidad. Las *justificantes* se agrupan bajo el rubro de «causas de exclusión de la ilicitud» y en ellas quedan comprendidas la *defensa «necesaria»* y el *estado de necesidad* (arts. 22-24). No hay catálogo de *agravantes* y *atenuantes*.

Las *penas* en el Proyecto son: presidio, prisión, reclusión y multa (arts. 32-3) y son accesorias las inhabilitaciones, la publicación de la condena y el comiso (arts. 45 y ss.). Las *medidas de seguridad* son las usuales (arts. 55 y ss.).

De estos dos proyectos, el único enviado al Congreso por el Gobierno fue el *Erazo-Fontecilla*, pero no hay noticias de que se alcanzara a examinar en las Comisiones Parlamentarias. En sus archivos duerme junto a tantos otros proyectos legislativos.

12. En 1937 el ministerio de Justicia encargó al magistrado Pedro SILVA y al profesor Gustavo LABATUT la confección de un nuevo proyecto de Código penal. En 1938 se encontraba listo el *Proyecto Silva-Labatut* que es, en verdad, una revisión, bastante

(85) Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, I, pág. 917.

intensa en algunos sentidos, del Código vigente, pero sin romper en ningún caso la estructura de éste (86).

Sus autores, en una concisa explicación que precede al Proyecto, exponen el criterio ecléctico de la reforma: «La Comisión Redactora, aún a riesgo de suscitar críticas de los prosélitos de distintas escuelas penales, ha aplicado un criterio mixto o ecléctico, y ha elaborado un texto que está en consonancia con los principios generalmente admitidos por la doctrina y la legislación penal modernas, hasta los extremos que han parecido compatibles con la *idiosincrasia nacional, con las posibilidades de nuestro país en el orden financiero y administrativo, con los deficientes medios de investigación de que disponen nuestros jueces, con la escasa especialización de éstos en materia penal, etc.* La Comisión considera que por las características y los factores que se han enunciado no es adaptable a nuestro país un Código penal en el que se hubieran vaciado las teorías o las tendencias más avanzadas del Derecho penal moderno, sin las excepciones o restricciones impuestas por las modalidades señaladas anteriormente. Por otra parte, no es aventurado predecir que un Proyecto de esa índole estaría de antemano condenado al fracaso, por cuanto no encontraría ambiente favorable en los Cuerpos legislativos; y que al mismo resultado se llegaría si el Proyecto se hubiera limitado a introducir reformas secundarias o modificaciones parciales al Código de 1874» (87).

Estos párrafos son importantes porque señalan con acierto un estado de cosas que aún se mantiene en plena vigencia y al cual es preciso atender.

De la Parte General, merecen destacarse las siguientes principales innovaciones: se sustituye la división tripartita de las infracciones por la bipartita de «delitos y faltas»; se consagra la responsabilidad criminal de las personas jurídicas (art. 93) (88); consigna conceptos sobre el *dolo* (art. 10) y sobre los *cuasidelitos*, conservando esta arcaica denominación (art. 11); se distingue el delito consumado y la *tentativa* (arts. 5.º y ss.); el *encubrimiento* es un delito especial (art. 302); se mantiene el criterio tradicional de enumerar en un baremo las «causales» *eximentes* (art. 20), *atenuantes* (art. 21) y *agravantes* (art. 22); se regla el delito *continuado* (artículo 70) y la responsabilidad civil (arts. 15 y ss.).

Las «sanciones» (título V) comprenden las *penas* y las *medidas de seguridad*. Las penas son: muerte, presidio, reclusión, destierro, relegación e inhabilitaciones (para los delitos); la prisión (para

(86) JIMÉNEZ DE ASÚA (*op. cit.*, págs. 918-19) al referirse a la tendencia de modificaciones parciales del Código vigente, aparte del proyecto sobre estados antisociales (ley 12.625), se limita a señalar el Proyecto de 1945 cuando, en realidad, también debería quedar comprendido este Proyecto, cuya característica de reforma parcial él mismo la advierte.

(87) Proyecto de Código penal publicado por el Ministerio de Justicia, Santiago, 1938; págs. 3-4.

(88) Esta discutible forma de responsabilidad es considerada por NOVOA como una de las «novedades más importantes» del Proyecto (*op. cit.*, pág. 110).

las faltas) y en calidad de penas comunes, la multa, el comiso y la publicación de la sentencia. Para su aplicación se conserva el sistema de reglas y escalas graduales del Código vigente.

Las medidas de seguridad, aplicables tanto en el campo predictual como delictual (arts. 59 y ss.), son las siguientes: internación en diversos establecimientos; caución de buena conducta; vigilancia de la autoridad; expulsión de extranjeros peligrosos (art. 24).

El Libro II trata de los delitos en particular, agrupados de distinta manera que en el Código de 1874. Se comienza por los delitos contra las personas y bajo títulos propios se sistematizan los delitos de peligro común y contra la Administración de justicia.

Este proyecto no llegó a ser enviado al Congreso Nacional.

13. Es de suponer que aún manteniéndose viva la inquietud por la reforma penal, ninguno de los anteriores trabajos satisficiera al Gobierno, pues en 1945, por DS núm. 2729, de 15 de junio de ese año, se designa una amplia Comisión «para que estudie y proponga al Gobierno las reformas urgentes que necesita el Código penal, sin romper la estructura y armonía de sus actuales disposiciones» (89).

De este modo, quedaba desde un principio claramente delimitado el alcance de la reforma y así entendieron los comisionados que «deben alterarse solamente los preceptos que den origen a dificultades y escollos graves que no han podido ser clasificados por la jurisprudencia y los que, por ser anticuados, requieren modificación». (90) Esto explica también la circunstancia de que este proyecto de *reforma* no contenga, en verdad, ninguna innovación espectacular y se mantenga dentro de un criterio clásico exclusivamente retribucionista (91).

La Comisión de Reforma trabajó por el sistema de sesiones plenarios (veinte en total) y de una sub-comisión, segregada de la misma, (92) encargada de «traer las sugerencias concretas... que deben estudiarse». En total, se trabajó desde el 28 de junio de 1945 hasta el 16 de enero de 1946, fecha de la sesión de clausura en que se aprobaron las actas de las dos anteriores sesiones, en las cuales se había concluido el trabajo relativo a la reforma del Libro I (PG) del Código de 1874. Tanto de las reuniones plenarios como de las de la sub-comisión, se levantaron unas actas resumidas,

(89) La comisión estaba integrada de la siguiente manera: Enrique ARRIAGA GADA (Ministro de Justicia); Gregorio SCHEPELER; Franklin QUEZADA; Luis AGÜERO; Ernesto BIANCHI; Gustavo MONTERO; Luis COUSIÑO Mc IVER; Miguel SCHWEITZER; Julio OLAVARRÍA; Eduardo NOVOA MONREAL y Abraham DRAPKIN.

(90) Actas de las sesiones de la Comisión, publicadas conjuntamente con el Proyecto, Santiago, 1946, págs. 39 y sigs.

(91) No se olvide que el Proyecto sobre estados antisociales y medidas de seguridad es de 1941, por lo que se explica que los comisionados desatendieran completamente el aspecto preventivista.

(92) Integraron la subcomisión: ARRIAGADA, AGÜERO, SCHWEITZER, DRAPKIN y NOVOA.

antecedentes de gran valor para el estudio de este Proyecto y de los cuales, lamentablemente, carecen los anteriores proyectos.

El proyecto conserva la *definición de delito*, pero la discutida expresión «voluntaria» es sustituida por «dolosa» con lo cual se quiere terminar, por la vía de la interpretación auténtica, con los debates provocados por el artículo 1.º del Código vigente; (93) tras intenso debate (94) se mantiene la *presunción de dolo* del artículo 2.º; también se mantiene el término de *cuasidelito* para los delitos «cometidos con culpa» y la división tripartita de crímenes, simples delitos y faltas (art. 2.º).

Como en los otros proyectos, se suprime el grado de frustración, quedando reducido el *iter criminis* al *delito consumado* y a la *tentativa* (art. 8.º); se agregan nuevas fórmulas para resolver los problemas del desistimiento y del delito imposible. (95) Se sigue con el sistema de baremo para las circunstancias «que *eximen, atenuan* o *agravan* la responsabilidad criminal». (96) Las *eximentes* se reordenan y se comienza por la fuerza irresistible; se suprime la declaración de discernimiento para los menores de veinte años; se redacta una nueva fórmula para la *inimputabilidad* por anomalías o alteraciones psíquicas (97); se extiende el campo de aplicación del *estado de necesidad* y se fija la *coacción moral*. En la *participación*, se define el *autor mediato* (art. 16, núm. 3) y el encubrimiento deja de ser una forma de codelinuencia. Se define el *delito continuado*, (art. 61).

En materia de *penas*, se suprime la reclusión y el confinamiento, pero se mantiene la pena de muerte, no sin oposición de algunos miembros de la comisión (98). Se incorpora al articulado del Código los preceptos sobre *libertad condicional* y *remisión de la pena*, pero permanece intacto todo el viejo régimen de *escalas graduales* y de la *aritmética* penal; sólo en cuanto a la multa, se establece un sistema de pago por parcialidades y de conversión en caso de no pagarse, (art. 73). Por último, cabe destacar que se introduce un título completo (IV) «destinado a asegurar la reparación del daño al ofendido por el delito, mediante medidas de eficacia práctica» (99).

Una vez terminado el proyecto del Libro I, el Gobierno lo mandó al Senado para iniciar su discusión legislativa; sin embargo, hasta la fecha, la comisión respectiva de esa Cámara no ha emitido su

(93) Vid. *actas* cit., págs. 41 y sigs.

(94) *Loc. cit.*

(95) Artículo 7.º, incisos 3.º y 4.º.

(96) Artículos 11 a 14.

(97) Artículo 11, núm. 3; fórmula de tipo biológico —psicológico— jurídico, con «viejo sabor a psicología facultativa» (JIMÉNEZ).

(98) Mantuvieron una opinión «absolutamente contraria» a la pena de muerte DRAPKIN y COUSIÑO, a cuyos votos negativos se sumó el de BIANCHI. Las razones para no suprimir del todo dicha pena manifestadas en esa oportunidad por NOVOA son dignas de consideración; no así los fundamentos esgrimidos por otros comisionados. Vid. *actas* cit., págs. 51-52.

(99) NOVOA, *op. cit.*, I, pág. 110.

informe ni existe el menor indicio que permita suponer que éste se despachará algún día. La Comisión de Reforma, no obstante, emprendió el estudio del Libro II, avanzando en algunos delitos, pero «el desánimo provocado por la indiferencia del legislativo para sus anteriores esfuerzos, la dispersó a mediados de 1949» (100).

Dentro de sus objetivos limitados, los más indicados para un criterio de solución inmediata de la reforma penal chilena, este Proyecto logra su propósito en un muy buen nivel técnico, como podía esperarse atendida la calidad de los miembros que integran la Comisión de Reforma.

14. El Instituto de Ciencias Penales que, como se ha dicho, representa uno de los centros de mayor actividad jurídico penal en el país, ha intervenido de un modo directo y muchas veces preponderante en todos los movimientos de reforma y de creación legislativa producidos en este campo, durante los últimos treinta años.

Casi todos los autores de los proyectos que hemos reseñado eran miembros activos del Instituto y los componentes de la Comisión de 1945, designados a instancias de este organismo, también lo eran en su inmensa mayoría. Gran cantidad de leyes especiales o de reformas parciales han tenido su origen o han sido dictaminadas por el Instituto de Ciencias Penales. Sólo para mencionar algunas de las más destacadas citamos: Ley 7.821 sobre remisión condicional de la pena; Ley 7.836 que reforma numerosas disposiciones del Código de PP; Ley 9.762 que reforma algunos delitos del Código penal; Ley 11.625 sobre estados antisociales, varias veces citada; proyecto sobre represión de los abusos de publicidad, etcétera, etc. Además, los proyectos *Silva-Labatut* y el de 1945, fueron objeto de intensos estudios en el seno del Instituto.

Bajo su patrocinio se han celebrado periódicamente Jornadas nacionales de Ciencias Penales en que los temas debatidos lo han sido también desde el punto de vista legislativo. Particularmente importantes en este último aspecto son las V Jornadas, celebradas en 1962, dedicadas al estudio del *delito económico* como nueva categoría delictiva que debe incorporarse al derecho punitivo nacional (101).

Después que la Comisión de Reforma de 1945 dejara de funcionar, el Instituto prosiguió en sus esfuerzos orientados hacia una modificación sustancial del ordenamiento penal vigente, realizando con este objeto una serie de trabajos preparatorios de investigación y de acopio de antecedentes de derecho comparado, tanto en materia penal sustantiva como procesal. Sin embargo, en lo que al derecho penal sustantivo se refiere, al cristalizar en 1963 la ambiciosa idea de preparar un proyecto de Código penal único para Iberoamérica, todo el esfuerzo y capacidad del Instituto se concentró en

(100) Cfr. Novoa, *loc. cit.*

(101) Véase el tomo XXI de la «RCP» (1962) que se dedica exclusivamente a publicar toda la documentación referente a esas V Jornadas.

esa dirección, fundamentalmente coincidente con los propósitos y trabajos destinados a una reforma nacional.

15. El Código penal tipo para Latinoamérica es una iniciativa del Instituto de Ciencias Penales que se encuentra en plena vía de realización (102). En sus líneas más fundamentales, consiste en una tarea común de los más destacados penalistas del Continente destinado a redactar un proyecto de código penal único o modelo que sirva de base para la unificación legislativa Iberoamericana mediante su adopción por los diversos países del Continente; por tanto, es también una labor con proyección de reforma interna. El método de trabajo consiste en la preparación de proyectos de textos concretos, debidamente fundamentados, sobre puntos determinados del ordenamiento penal a cargo de comisiones nacionales o regionales. Estos anteproyectos o ponencias se discuten y aprueban en Reuniones Plenarias periódicas celebradas en distintas capitales latinoamericanas. Coordina y dirige la tarea un Secretario Ejecutivo, con sede en Chile, a cuya cabeza está el Secretario Ejecutivo que es, por derecho propio, el Presidente del Instituto de Ciencias Penales.

Hasta la fecha se han celebrado Reuniones Plenarias en Santiago (1963); en México (1965) y en Lima (1967). La próxima será en Caracas en julio de 1968. Se han elaborado y aprobado textos que cubren, aproximadamente, los dos tercios de la Parte General y que se refieren a la *ley penal*; el *hecho punible*; las *causas de justificación*; la *imputabilidad*; la *culpabilidad*; *autores y partícipes*; *tentativa*; *reincidencia*, *habitualidad* y *profesionalidad*; y *penas y medidas de seguridad* (103).

(102) Sobre esta materia y para una completa información, véase Revista «Criminalia», año XXXI, núm. 5, 1965; «RCP», XXII, núm. 2, 1963 y XXIV, número 1, 1965, además de otras publicaciones menores que se citan en las fuentes indicadas.

(103) Estos textos y demás material disponible lo distribuye el Secretariado Ejecutivo (Huérfanos, 1.147, of. 546, Santiago de Chile), a quienes justifiquen su interés por obtenerlos.

Por su gran importancia, reproducimos aquí la declaración de principios fundamentales «que deberán inspirar y orientar la elaboración de las leyes penales en América Latina y su ulterior aplicación»: I. Nadie puede ser condenado en razón de un hecho que no haya sido previamente declarado punible por ley; II. Nadie puede ser condenado a penas que no hayan sido expresamente conminadas por ley anterior al hecho cometido; III. Nadie puede ser condenado por disposiciones que no tengan el carácter formal de leyes penales previas; IV. Las leyes penales deben describir hechos punibles de manera precisa e inequívoca, sin dejar dudas sobre su prohibición. En ningún caso se podrán configurar hechos punibles o imponer penas por aplicación analógica de la ley penal; V. Las leyes penales se aplican por igual a todas las personas, sin discriminación alguna; VI. No hay delito sin culpabilidad. Las leyes penales deberán proscribir toda forma de responsabilidad objetiva; VII. La responsabilidad penal es estrictamente personal. Las medidas de seguridad sólo pueden ser aplicadas a quienes reúnan las condiciones previstas por la ley penal; VIII. Nadie puede ser condenado sino en virtud del debido proceso legal previo, seguido ante tribunal competente y constituido de modo regular. La defensa libre es condición indispensable para

La Comisión de Trabajo chilena, integrada por conspicuos miembros del Instituto (casi todos profesores del ramo), ha tenido una participación muy activa y destacada en las Reuniones Plenarias y le ha sido encomendada la preparación de importantes textos (ley penal, clasificación sistemática, culpabilidad) que ya están aprobados y otros que deberán ser abordados en las futuras reuniones.

Por todos los motivos expuestos, dichas labores deben inscribirse legítimamente entre aquellas propias del esfuerzo desplegado por la ciencia penal chilena en pos de una reforma adecuada de la legislación punitiva.

V. NECESIDAD, ÁMBITO Y PRIORIDADES DE LA REFORMA PENAL

16. La *necesidad* de una reforma penal en Chile no podría discutirse seriamente. Responde a una coyuntura nacional de indudable actualidad y está, por lo demás, a tono con una inquietud que se extiende en gran número de naciones.

Dice Juan del ROSAL: «La ocasión presente es óptima. Se tiene tras sí una rica experiencia legislativa, y la realidad concreta que se pretende combatir, o sea la criminalidad, ofrece hoy aperturas de conocimiento hasta ahora completamente inéditas. Todavía más, es hacedero montar, técnica y criminológicamente, un dispositivo eficaz, puesto que se *sabe* la criminalidad que se reprime, humanamente. De otro lado, la técnica y la dogmática brindan al estudioso, en general, un plantel de «soluciones», cuyas conquistas son accesibles y pueden hallar su sede en las disposiciones penales sin necesidad de mostrarse partidario de tal o cual dirección o escuela. La prueba más elocuente al respecto nos la ofrece el panorama internacional, en que por doquier se prestan a remozar o innovar a fondo los textos penales» (104).

Entendamos, pues, cuales son las causas *reales* que justifican la

el debido proceso. En ningún caso se admitirá el juzgamiento por tribunales de excepción; IX. La persona juzgada regular y definitivamente no podrá serlo de nuevo por el mismo hecho; X. La persona sometida a proceso penal se presume inocente mientras no sea condenado.

(104) J. DEL ROSAL, *Esquema de un Ante Proyecto de Código Penal Español* (Discurso leído el 28 de enero de 1964 en la recepción pública del profesor DEL ROSAL como Académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1964), pág. 12.

En este trabajo de incorporación, el profesor DEL ROSAL traza un completo esquema de los postulados que «sostendrán la bóveda» del Anteproyecto punitivo español, obra a la que se encuentra vinculado en forma preeminente. Su denso contenido, riquísimo en ideas, puede resultar cantera casi inagotable de sugerencias para los proyectistas de otros países. Es muy interesante destacar cómo la dirección político-criminal, bien entendida como misión de eficacia y utilidad en la prevención y represión de la delincuencia, que deberá tomar el Anteproyecto español, es la misma que han adoptado, por unanimidad, los redactores del C. P. T. para L. porque, en efecto, «existen una serie de problemas penales legislativos en los que reina absoluto acuerdo, al menos en su proyección político-criminal, que vale tanto como decir en su eficacia práctica» (*Esquema* cit., pág. 15). Este «utilitarismo» no excluye, por cierto, que ambos proyectos se

reforma dimanantes, en esencia, de un hecho natural, según ya tuvimos ocasión de advertir parafraseando el único fundamento que expone el Decreto por el cual se designó la Comisión de 1945: «el transcurso del tiempo» (105). La indefectible erosión del tiempo ha debilitado las viejas estructuras jurídicas hasta el punto que no es posible seguir pensando indefinidamente en la política de «remiendos» como solución más o menos permanente. Hay que dar amplia entrada en la esfera del Derecho punitivo a las nuevas valoraciones y a las nuevas técnicas jurídico-dogmáticas y de prevención del delito.

Ciertamente, la posición hoy dominante está muy distante de aquellos optimismos alborotadores recogidos de las «jóvenes» escuelas penales que cifran todo el porvenir del Derecho penal en un monismo de signo contrario expresado en frases, dichas con más candor que mala intención, tales como: «El tratamiento ha sido completamente ineficaz, porque, con el sistema de las penas tasadas *a priori*, considerando más el acto que el actor, no ha sido posible dar a cada delincuente el tratamiento adecuado, para su corrección y rehabilitación sociales. «No hay delito sino delincuentes», dicen los positivistas, y este lema es un verdadero dogma del Derecho penal moderno» (106).

En la actualidad, nuestros juristas, alineados sin excepción en las mismas corrientes dogmáticas imperantes en Europa Continental, conciben la reforma, por encima de toda divergencia de escuela, como aplicación de las mejores soluciones técnicas posibles para la adecuada tutela de los bienes jurídicos, en efectiva contribución a la lucha práctica en contra de la criminalidad, basándose en un mejor conocimiento fáctico de ésta y en el respeto por los valores fundamentales del hombre. Este esquema medular de ideas (no se trata de una definición de la reforma) es lo que importa y no, llegado el momento de concretizar los textos, si la idea misma es antigua o moderna. «No existe ni lo viejo ni lo nuevo, sino lo que disciplina las urgencias prácticas, fundamentadas en razones de moralidad y justicia. De esta suerte, lo que impropiamente se denomina «viejo» siempre está actualizado y lo «nuevo» sólo será criterio

cimenten en una postulación básica de valores fundamentales inalineables y de estructuras técnicas maestras. Compárese, a este efecto, el Capítulo III del *Esquema* (Los «principios») en su triple visión de «valores fundamentales», «de carácter técnico» y de «carácter dogmático», con la «Declaración de Principios», naturalmente mucho más condensados, que se acaban de transcribir en la anterior nota.

(105) Vid. *supra*, II, 7.

(106) Cfr. «Mensaje» que precede al Proyecto *Erazo-Fontecilla*, pág. III. Los positivistas criollos también se afanaban en vituperar una legislación «clásica» que, cuando menos, merecía un mejor trato. Pero al llegar el momento de sustituirla se contentaban —como en Europa— con proponer tímidas innovaciones. Por cierto que en Chile, igual que en todas partes, la difusión del positivismo produjo indudables beneficios y adelantos en otros campos distintos al propiamente jurídico penal; incluso, jamás tuvimos que padecer sus peligrosas desviaciones en este terreno, como, por ejemplo, el «derecho penal de autor».

rector si aporta o esclarece una mejor solución dentro de la órbita de la justicia y equidad. Sirva de ejemplo cómo hoy, más que ayer, se mantiene la tesis de la imputabilidad moral del hombre, en su concepción de ente libre; las generaciones actuales han revalorizado este «viejo» principio que forma parte de la civilidad occidental. Las modernas corrientes iluministas, de donde dimana el pensamiento penal moderno, dieron nacimiento a la idea de la prevención especial. Pues bien, hoy se retorna, en contra de la especulación de CARRARA y otros clásicos, a un ideario preventivista...» (107).

En definitiva, la reforma penal en cuanto a su *necesidad* y a su *orientación* fundamental se nos aparece hoy como algo perfectamente claro y casi sin sustancia polémica. Sin embargo, a nuestro juicio, es aquí también donde la problemática, lejos de agotarse, recién comienza. Porque, en efecto, ¿qué se debe entender por «reforma penal»? ¿es sólo la reforma escueta del Derecho penal, del Código penal vigente, o es algo más denso y más complejo y, por ende, de mayor significación *práctica*?

17. Cuando se discutía el Código español de 1848, al debatirse en el Congreso los preceptos relativos a la ejecución de las penas carcelarias, un diputado objetó el inconveniente de que «mientras no estén planteados los establecimientos presidiales, todo el trabajo... queda ilusorio» (108). En la nota que acompaña al Proyecto *Silva-Labatut* de 1938, entre otras cosas, se dice: «La Comisión Redactora... ha elaborado un texto que está en consonancia con los principios generalmente admitidos... hasta los extremos que han parecido compatibles con la idiosincrasia nacional, con las posibilidades de nuestro país en el orden financiero y administrativo, con los deficientes medios de investigación de que disponen nuestros jueces, con la escasa especialización de éstos..., etc. (109). Pocos años después, el profesor COUSIÑO, miembro de la Comisión Redactora de 1945, en la primera sesión plenaria que celebra la Comisión, manifiesta: «las dificultades económicas que obstan a la reforma penitenciaria y la falta de preparación de los jueces del crimen, aconsejan limitar la reforma a aquellas modificaciones indispensables para acomodar el Código penal al momento actual y para subsanar las dudas que ofrece y ha presentado su texto», «y a juicio de DRAPKIN «deben alterarse solamente los preceptos que den origen a dificultades y escollos graves que no han podido ser clasificados por la jurisprudencia y los que, por ser anticuados, requieren urgente modificación» (110).

Estos tres ejemplos, entresacados un poco al azar, nos demuestran, desde luego, la íntima imbricación que existe entre el Derecho penal sustantivo propiamente tal y otra serie de elementos o factores de los cuales el legislador penal no puede desentenderse.

(107) DEL ROSAL, *Esquema* cit., págs. 14-15.

(108) Diputado CORZO, cit. por ANTÓN, *El Código Penal de 1848* cit., página 487.

(109) Proyecto *Silva-Labatut* cit., pág. 3.

(110) *Actas de las sesiones* cit., pág. 39.

Ahora, si bien lo dicho no importa ninguna novedad, nos sugiere la reflexión de que acaso, y al menos dentro del ámbito nacional, la reforma en sus términos generales se haya venido planteando en forma equivocada. Pensamos que posiblemente se ha puesto un poco obsesivamente los ojos en una nueva ley penal como solución principal del problema de la criminalidad, deplorando que ésta no pueda ir más allá de unos modestos límites, pero sin hacer nada por remover primero y siquiera en parte el «muro de lamentaciones» constituido por obstáculos que, a nuestro juicio, pueden y deben ser acometidos de inmediato de modo tal que, por ahora, un nuevo ordenamiento punitivo no se nos aparezca como el único remedio posible, sino como la culminación de una trayectoria reformadora. Lo cual no significa, en modo alguno, que ese nuevo ordenamiento no se deba ir preparando desde ahora mismo ni que mientras tanto y todavía nuestra vieja legislación pueda seguir resistiendo discretas enmiendas. De lo que se trata, por consiguiente, es de fijar una línea de acción y un orden de prioridades.

En otro lugar, aunque muy marginalmente, tuvimos ocasión de referirnos al complejo que llamamos —por darle alguna denominación— «justicia en lo criminal» (111). La definimos como una realidad dinámica y compleja que para cumplir con uno de los fines fundamentales del Estado *actúa* en el campo *esencialmente práctico* de hacer efectivas en sujetos concretos las sanciones penales, pues, sea cual sea el fin que se le reconozca a la función punitiva del Estado, la posibilidad de la ejecución efectiva de la pena será siempre consustancial a todo sistema represivo.

Sabido es que junto al Derecho penal sustantivo, integran aquel complejo las bases de conocimiento de la criminalidad (criminología en sentido cognoscitivo) y los instrumentos (normativos y no normativos) de ejecución: Derecho procesal penal; sistema de ejecución de sentencias y su normativa; ciencia y praxis penitenciaria, etcétera; además, se encuentran íntimamente vinculadas múltiples actividades como la especialización de los jueces, la policía judicial, la clasificación y estadística criminal y muchas otras.

Pues bien, la composición es la siguiente: aunque el Derecho penal indudablemente es el elemento normativo o rector de la actividad punitiva del Estado, de la justicia en materia criminal, en un sentido *contingente* puede llegar a tener una importancia práctica menor que todo el conjunto de medios instrumentales destinados a hacer de ese Derecho potencial una realidad actuante *eficaz*. Porque —según hay consenso— el mejor de los Códigos penales que la ciencia sea capaz de producir quedará como letra muerta —sino perjudicial— al no contarse con los medios adecuados para su aplicación. En cambio —y esto debe hacernos reflexionar— un Código medianamente aceptable puede dar mucho de sí en el caso de que,

(111) *Comentario a una Sentencia*, publicado en la «RCP», Tomo XXIII, número 3, 1964, nota 11; págs. 283-284.

progresivamente, se vayan perfeccionando sus indispensables auxiliares.

Inspirados en esta última idea, en la citada oportunidad escribimos: «La legislación penal patria y particularmente el Código penal no son, ciertamente, un modelo de legislación represiva en la medida en que la ciencia jurídico-penal contemporánea es capaz de componer un texto de ley. Pero tampoco es inaplicable y, en el hecho, puede lograrse con él una verdadera y eficaz justicia criminal sin modificarle una coma o, a lo sumo, con muy ligeros retoques, si se cuenta con los instrumentos adecuados para una buena ejecución práctica. En cambio, si esos medios adjetivos son malos —y cada día se están poniendo peores— nada se logrará con sustituir nuestro viejo Código de 1874 por el más perfecto de los textos que logre producir un cónclave de sabios juristas; con Código imperfecto o perfectísimo, la actividad punitiva del Estado no cumplirá debidamente sus objetivos ni podrá ser garantía para nadie. Luego, mucho más urgente y necesaria nos parece la reforma «instrumental» que la sustantiva, sin que pretendamos desconocer la utilidad de esta última también» (112).

18. En efecto, las premisas que acabamos de desarrollar nos llevan, en forma muy natural a nuestro juicio, a establecer un *tabla de prioridades*, que es el aspecto conclusivo del presente trabajo que nos importa poner de relieve.

a) Por lo pronto y como meta última, a largo plazo, de todo el proceso reformador, debe continuarse con la preparación de un Código penal absolutamente nuevo. En realidad, esta tarea la está realizando Chile a través de su activa participación en la elaboración del Código penal tipo para Latinoamérica, por lo que en dicho aspecto nos remitimos a todo cuanto llevamos escrito sobre este importante proyecto (113). Tan sólo cabe advertir, para cuando llegue el momento de adaptar el Código modelo a nuestra realidad nacional, en aquellas zonas «libres» especialmente previstas para tales efectos, que es necesario ir preparando con la seriedad y técnicas adecuadas el mejor conocimiento posible de nuestra realidad criminológica (114).

(112) *Loc. cit.*, pág. 284.

(113) Vid. *supra*, nota 102. Es difícil prever con exactitud el tiempo que se empleará en completar el Proyecto. Se han calculado unos diez años a contar de su iniciación (1963). Aunque fueran más (lo que es muy probable) y se tardaran otros tantos en lograr su sanción legislativa, ello no tendría mayor importancia si en el intertanto se ha avanzado por los otros caminos de la reforma penal; todavía más: estos avances preliminares serían decisivos para asegurar el éxito de un nuevo Código.

(114) Con mucho acierto escribe DEL ROSAL: «Sin aprehender la realidad con la que se trafica, no es hacedero combatirla de un modo humano y ejemplar. Todo el sistema de tipologías penales y de amenazas, simbolizadas en las penas y medidas de seguridad y prevención, apareja un justo entendimiento de la fenomenología delictiva de un cierto país. La investigación criminológica nos proporciona el único sendero que nos conducirá al *quid* de aquélla». *Esquema...* cit., página 27.

b) Mientras llega el momento oportuno y se presenta la coyuntura política para implantar en Chile un Código que venga a relevar al de 1874, es deseable hacer, con urgencia, ciertas reformas parciales que son efectivamente necesarias. Un camino muy viable para este propósito sería utilizar el Proyecto de 1946 que, como sabemos, es un simple y aceptable «remozamiento» de la Parte General del actualmente vigente. Con una segunda lectura de ese proyecto, más algunas modificaciones de la Parte Especial tales como: incorporación de delitos de nuevo cuño (los «económicos», tráfico de influencias, otros que «vagan» por leyes especiales, etc.); la temperación de algunos excesos producidos por la reforma de la ley 11.625; la revisión general de las penalidades con el objeto de restablecer el equilibrio entre todos los delitos actualmente notoriamente desarticulado; la supresión de la pena de muerte, al menos como pena única y algunas otras más, se podría lograr en un breve término (115) una solución de emergencia que permitiría esperar, con la debida tranquilidad, la renovación total.

c) Pero mucho más importante y apremiante que esta reforma parcial del Derecho sustantivo y como un paso insoslayable para preparar y posibilitar un Código nuevo, fundado en las premisas codificadoras que hemos visto (116), se nos presenta la reforma «instrumental». Por las razones ya expuestas creemos que se debe abordar de *inmediato* su estudio y preparación.

d) La primera prioridad la tiene, a nuestro juicio, el Derecho procesal penal. Es oportuno volver a citar un célebre párrafo de E. BELING que tan elocuentemente pone de relieve la función esencialísima del procedimiento con respecto al Derecho penal: «El Derecho procesal penal está frente al Derecho penal material en la posición de servidor: él existe para el Derecho penal. *El Derecho penal no le toca al delincuente ni un pelo.* Establece, es verdad, que el asesino merece la pena de muerte y el ladrón la de prisión, y que el Estado tiene tal o cual pretensión punitiva contra el delincuente. Pero el mundo de los criminales puede burlarse de los parágrafos que sólo viven en el papel hasta tanto el Derecho penal no actúe

(115) Un año a lo sumo. La tarea de revisar el Proyecto de 1946 y de preparar las reformas más indispensables de la PE sería asunto de pocos meses; en cuanto a la sanción legislativa, bien es sabido que si hay el propósito de conseguirla, existen cauces políticos normales y mecanismos constitucionales capaces de obtener el rápido despacho de una ley promulgatoria de tales reformas. Además de solución de emergencia, esta reforma parcial podría tener la virtud de representar una fase de transición que prepararía el advenimiento de una legislación radicalmente diferente. Por otro lado, es preciso reconocer el posible peligro de que provocara una natural resistencia a la reforma total que vendría a plantearse después de un término relativamente corto. Ya se sabe que los jueces no son los más entusiastas partidarios de cambios frecuentes en lo que, al fin y al cabo, algo llevan de razón.

(116) Premisas que comparten íntegramente los redactores del C. P. T. y que este Proyecto está realizando. Vid. *supra*, IV, 15.

realmente. *La realización del Derecho penal es la tarea del Derecho procesal penal*» (117).

Naturalmente que tan siquiera esbozar el programa de una reforma del procedimiento, que se debate en la más absoluta y peligrosa crisis, consumiría más cuartillas que las empleadas en todo este escolio. Sobre el tema hemos tenido oportunidad de exponer las principales líneas de nuestro pensamiento con ocasión de otros trabajos (118).

e) Junto con encarar la novación del Derecho penal, hay que emprender la ineludible tarea de renovar y perfeccionar todas las estructuras que intervienen en la acción preventiva y en la ejecución penal (119). Respecto de lo primero, tenemos en vigencia potencial la ley 11.625 que previas algunas modificaciones que nos parecen necesarias, bien se podría intentar poner en vigor efectivo mediante la progresiva creación de los establecimientos previstos por la misma ley y como un ensayo previo al sistema binario o dual que, suponemos, habrá de implantar el nuevo Código.

En cuanto a lo segundo, urge empezar a formar jueces especializados (Escuela Judicial con programas diferenciados); estimular el ingreso a la carrera de los mejores dotados entre las nuevas promociones universitarias; crear una verdadera y auténtica policía judicial; crear y dotar los establecimientos carcelarios conforme a los nuevos principios y técnicas de la ciencia penitenciaria; preparar al personal especializado según lo requiere esas mismas técnicas;

(117) E. BELIG, *Derecho Procesal Penal*, Córdoba, 1943, pág. 1. Se ha afirmado, con pretensión de generalidad, que el derecho sustantivo vive y *actúa* sólo por obra del procedimiento. Esto que para el resto de las ramas del ordenamiento jurídico únicamente puede aceptarse como una verdad a medias, tratándose del Derecho penal es rigurosamente cierto.

(118) Así, en nuestros comentarios al largo trabajo de V. BAROSIO, sobre *El proceso alemán después de la reforma de 1964* («Rev. Italiana de D. P. y de P. P.», VIII, 1965), de próxima publicación.

Algunos procesalistas, llevando hasta el máximo extremo la doctrina de la autonomía del Derecho procesal penal, han afirmado que éste debe estar formulado de modo tal que se pueda aplicar indistintamente, cualquiera que sea el sistema punitivo vigente. Sin llegar tan lejos, no cabe duda que la reforma procesal se puede plantear y realizar con independencia y antelación a la reforma del derecho material, cuyas líneas directrices, por lo demás, ya se conocen y sin perjuicio de los ajustes posteriores que puedan resultar necesarios. La mejor prueba de esta *relativa* autonomía es que las reformas penales se llevan a cabo sin necesidad de cambios de procedimientos a los que, a lo sumo, se le han hecho leves retoques. Mención especial merece el problema de la bi o tripartición de las infracciones punibles en su sentido o proyección procesal; pero como, a nuestro juicio, la *tripartición* es una necesidad procesal *dominante*, será Código penal el que deberá amoldarse a esta exigencia, manteniendo la división tripartita de los delitos. Vid. *supra*, nota 28.

(119) La «ejecución penal» en sentido lato, también tiene un significado mucho más relevante que en otras ramas jurídicas porque, en este caso, al Estado le corresponde en forma monopolística y hasta en sus últimos detalles, todos los aspectos materiales de la investigación de los hechos delictivos, así como del cumplimiento de las penas y medidas de seguridad y no solamente los aspectos jurisdiccionales o el suministro de la Fuerza Pública para asegurar la ejecución forzada de las sentencias, por ejemplo.

revisar a fondo toda la normativa relacionada con la ejecución de la sentencia y emprender otras acciones por el estilo, porque «sin un procedimiento (que comprende, desde luego, la infraestructura orgánica) eficaz y adaptado a la realidad nacional, sin una bien entrenada y honesta policía judicial, sin un sistema de ejecución de sentencia que siga al condenado en todas las etapas progresivas que debe seguir en el cumplimiento de su condena (finalidades de prevención especial que hoy —al margen del debate sobre el fundamento y fines de la pena— nadie discute), sin una acción penitenciaria que cuente con medios y técnicas idóneas y, en fin, sin una preparación especializada del juez (altamente capacitado para manejar el Derecho penal, el procedimiento, las ciencias auxiliares y al sujeto que ha de juzgar), *en cuanto al fin esencial de la justicia en lo criminal*, los esfuerzos de los dogmáticos por reconstruir científicamente el Derecho penal chileno no pasarán de ser tan respetables como inútiles, las conclusiones de los Congresos, palabras al viento, y los textos legislativos, letra muerta» (120).

Por cierto que frente a un programa semejante surge de inmediato la objeción —quizá excesivamente fácil y resignada— de los recursos financieros que compromete, los cuales el Estado no estaría en condiciones de suministrar. Pero si se considera, por una parte, que se trata de un programa básico y progresivo cuyos costos proporcionalmente modestos pueden, incluso, autofinanciarse en importante medida (121) y, por la otra, que estamos frente a un conjunto de problemas que afectan en forma esencial la seguridad y el normal desarrollo de la vida colectiva de la nación, el Estado se encuentra ante el inexcusable deber de sufragar, como sea, los gastos en su mínimo indispensable.

En conclusión, el orden de prioridad que proponemos para la *reforma penal en Chile*, vista en su conjunto conforme acabamos de exponerla, es el siguiente: 1.º Estudiar una nueva ordenación, decisiva y profunda, del Procedimiento penal; 2.º Encarar, en forma progresiva y en la medida de los recursos disponibles que habrá que esforzarse en obtener, la renovación de las actuales estructuras preventivas y ejecutivas; 3.º Como medida transitoria de emergencia, estudiar la posibilidad de una reforma parcial del Código penal vigente; de preferencia, sobre la base del Proyecto de Parte General de 1946, más algunas modificaciones de la Parte Especial, y 4.º Cuando sea el momento oportuno, por estar logradas

(120) Cfr. *Nota... cit.*, pág. 284.

(121) No es necesario acudir a ejemplos concretos para recordar que existen fórmulas perfectamente practicables en cuya virtud los establecimientos carcelarios (cerrados o abiertos) e incluso los destinados a custodias preventivas o de curación, pueden organizarse de modo que aprovechando las fuerzas laborales de los reclusos, cumplan importantes objetivos de prevención especial y ser, además, rentables. Las sanciones pecuniarias y las costas judiciales, recaudadas por sistemas de mayor efectividad y elevadas en sus cuantías si es necesario, también pueden y deben ser una fuente *afectada* de ingresos no despreciable.

Francisco Grisolia

las condiciones mínimas que posibiliten su aplicación práctica y eficaz, promover la implantación del nuevo Código penal que, mientras tanto, se habrá preparado con la debida calma, sobre la base del Proyecto de Código penal tipo para Latinoamérica y de las premisas que orientan su formación.