Artículo: Reformas que deben introducirse al Código Penal Chileno
Revista: Nº162, año XLI (Jul-Dic, 1974)
Autor: Alfredo Etcheverry Orthusteguy

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION
ESCUELA DE DERECHO
CHILE

Universidad de Concepción
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
BIBLIOTECA

REVISTA DE DERECHO

AÑO XLI — Nº 162 JULIO - DICIEMBRE DE 1974

Director: HUMBERTO TORRES RAMIREZ
Subdirector: LUIS HERRERA REYES
Secretario: MARCELO FERREIRA BIZAMA

Consejo Consultivo:

JORGE ACUÑA ESTAI
SERGIO GALAZ ULLOA
ARTURO PARADA KREFT
MARIO ROJAS RODRIGUEZ
BERNARDO GESCHE MULLER
HECTOR RONCAGLIOLO DOSQUE
ELIZABETH EMILFORK SOTO

Artículo: Reformas que deben introducirse al Código Penal Chileno
Revista: Nº162, año XLI (Jul-Dic, 1974)
Autor: Alfredo Etcheverry Orthusteguy

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

REFORMAS QUE DEBEN INTRODUCIRSE AL CODIGO PENAL CHILENO

ALFREDO ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY
Departamento de Derecho Penal
Universidad de Chile

Yo no puedo acudir al llamado de la Universidad de Concepción sin empezar por repetir la deuda de gratitud muy grande que tengo para con ella y el afecto profundo que siempre me ligará con esta Casa de Estudios. Aquí, en esta Universidad, en su Escuela de Derecho, en su principal sala, más o menos en la cuarta o quinta fila de asientos asistí a mis primeras clases como estudiante; era un curso considerado entonces muy numeroso y nuestras clases de Introducción al Estudio del Derecho se daban ahí, en esa sala. De manera que ciertamente no me siento visitante y si no necesito presentación, es simplemente porque cuando uno está en su propia casa realmente no necesita ser presentado. La vocación por el Derecho la recibí de mi padre —abogado como yo—; pero que no cultivaba particularmente la ciencia penal. La ciencia penal la descubrí yo en la Escuela, específicamente, a través de las clases de don Alberto Colvin. El me señaló también el tema para mi Memoria, que contribuyó en buena medida a que yo cimentara esta formación y tomara gusto por escribir, a lo cual, como él mismo lo ha dicho, se debe que haya querido contribuir al despertar de otras vocaciones y la formación de otras personas, otros estudiantes en las disciplinas penales.

Por todo, entonces —no necesito abundar más— comienzo por agradecer muy sinceramente y, en particular, a don Alberto, a la Dirección de esta Escuela y a la Universidad de Concepción no sólo la invitación que me han hecho para esta colaboración, sino todo lo mucho que yo les debo.

En esta ocasión, se me ha pedido una contribución tomando como tema general el Centenario del Código Penal, como se

Artículo: Reformas que deben introducirse al Código Penal Chileno
Revista: Nº162, año XLI (Jul-Dic, 1974)
Autor: Alfredo Etcheverry Orthusteguy

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

sabe, se está precisamente conmemorando este año— y, particularmente, aquellos aspectos en que, transcurrido un siglo, el Código Penal debería, a nuestro juicio, ser reformado.

Puede ser una cuestión discutible si el Código Penal tendría que ser enteramente reemplazado por un Código nuevo o pudiera ser reformado en alguna medida para seguir prestando servicios en el futuro. Esto, a nuestro juicio, no es una cuestión decisiva. Baste con recordar que en España, dictado el primer Código Penal que ella tuvo en 1822, fue reemplazado en 1848 por el Código que sirvió de modelo al nuestro. Mientras la Comisión Redactora de nuestro Código estaba en sesiones, el Código español fue reemplazado por otro en 1870 y, sucesivamente, en 1928, en 1932, en 1944 y en una revisión completa en 1963. Los españoles les han dado a estas sucesivas reformas la denominación de "Códigos" y así ellos hablan del Código del 48, del Código —el de 1822— y el segundo el de 1848. Desde ese año que básicamente el Código español sigue siendo el mismo de 1848. Donde hay una diferencia muy profunda es entre el primer Código —el de 1822— y el segundo el de 1848. Desde ese año para adelante, la estructura básica del Código Penal español se ha mantenido igual. De manera, entonces, que no es una cuestión decisiva el discutir si es necesario dictar un Código nuevo o reformar el actual; lo interesante hace al contenido y no a la forma.

Pero, como aconsejaba muy certeramente un escritor inglés hace unos años, antes de derribar una pared conviene averiguar para qué fue construida. De la misma manera, antes de pensar en una reforma o en un reemplazo del Código conviene preguntarse cuáles son los antecedentes históricos que dieron lugar a la adopción de nuestro Código. En seguida, si las circunstancias en que este Código se adoptó mantienen básicamente su vigencia hoy o si la han perdido, esto es, si el Código sigue siendo además adecuado o no en sus principios esenciales.

Como bien se sabe, el movimiento codificador en Europa y en América se inició a fines del siglo XVIII o comienzos del siglo XIX, se prolongó a lo largo de todas estas centurias, lo que no significa que con anterioridad no hubiera Códigos, porque ciertamente los hubo. Hay monumentos legales que todos conocen: el Código de Hamurabi, el Código de Justiniano, Las Siete Partidas; en materia penal, la Constitución Carolina de Carlos V, etc. Pero esos monumentos legislativos fueron en buena parte recopilaciones o sistematizaciones de lo que ya existía; no pretendieron en buena medida crear un Derecho nuevo, sino sistematizar, reunir en un solo cuerpo legal una legislación acumu-

Artículo: Reformas que deben introducirse al Código Penal Chileno
Revista: Nº162, año XLI (Jul-Dic, 1974)
Autor: Alfredo Etcheverry Orthusteguy

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

BIBLIOT 75

lada a veces en siglos y, ciertamente, dispersa y difícil de conocer. Y ellas, en todo caso, reconocían un muy amplio campo de validez a las costumbres inmemoriales, a las interpretaciones de los prácticos, a los precedentes jurisprudenciales.

La tendencia muy marcada a la codificación a partir de la Revolución Francesa resulta de la conjunción de por lo menos tres factores históricos que coincidieron y que apuntaron en la misma dirección. El primero de ellos fue la necesidad de unificación legislativa y judicial en países que recién alcanzaban unificación en materia política, como ocurrió con Italia o Alemania, que sólo la tuvieron en la segunda mitad del siglo pasado, o que habiéndola alcanzado antes —como fue el caso de Francia, aún España— necesitaban afianzarla en el terreno administrativo y en el terreno judicial, de tal modo que la justicia dejara de ser un asunto de interés local para transformarse en un elemento más de la unidad nacional.

A fines del siglo XVIII existía en Europa un sistema tan enmarañado de leyes y de tribunales, que Voltaire afirmaba, no sin, razón, que se cambiaba de legislación al cambiar de diligencia; se hacía un viaje y al cambiar de diligencia se pasaba de un sistema legislativo a otro. En Francia, particularmente, la mitad del país se regía por el Derecho Romano y la otra mitad por el Derecho Consuetudinario. Los jueces, dentro de un régimen centralizado y absolutista, no eran un Poder del Estado frente a la Corona, sino que eran agentes de la Corona. La Corona, por su parte, tenía la última palabra en materia de Administración de Justicia, lo que se llamaba la Justicia Retenida del Príncipe o del Rey, al cual se acudía en último término o en última instancia. Pero la justicia ordinaria, la de todos los días, era fuertemente localista y administrada a través de una verdadera selva de justicias señoriales, de probostados, de senescalatos, de bailías, de Parlamentos, de Consejos, de Audiencias, etc., aparte de las corporaciones o los gremios que tenían también sus propios fueros o su propia justicia, como los comerciantes; ciertas ciudades tenían privilegios especiales para la administración de justicia y, naturalmente, estaban también los fueros y los privilegiados eclesiásticos.

Es muy difícil imaginarnos ahora, aún cuando no leemos como un hecho histórico, cuando todos nosotros nos hemos formado en el estudio del Derecho a través de estos cuerpos que se llaman los códigos y conociendo un sistema único de administración de justicia, lo que era realmente el panorama del Derecho de esa época. Cuando criticamos a veces con cierta ligereza las deficiencias de nuestros códigos en cuanto al fondo, o de nuestros procedimientos, nos olvidamos del inmenso progreso que significó el decidirse a cortar con todo eso, respaldado por costumbres

Artículo: Reformas que deben introducirse al Código Penal Chileno
Revista: Nº162, año XLI (Jul-Dic, 1974)
Autor: Alfredo Etcheverry Orthusteguy

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

inmemoriales, por siglos de tradiciones locales en cuanto a la administración de justicia o en cuanto a las leyes mismas, para reemplazarlo por los sistemas codificados. Eso sólo fue un paso enorme en el progreso jurídico de la humanidad. Ello no quiere decir que sea un paso insuperable o que no pueda ser perfeccionado o aún dejado atrás, pero lo que fue, no cabe ninguna duda.

En España la situación era algo mejor debido a la existencia de un gran cuerpo codificador: Las Siete Partidas, la gran obra del Rey Alfonso El Sabio, que aunque datan del siglo III y sucesivos ordenamientos o leyes que establecían la prelación en la aplicación de las leyes, generalmente dejaban a Las Partidas al último; en el hecho, sin embargo, eran la fuente jurídica de más importancia y de más frecuente aplicación por los tribunales, lo cual se explica porque fueron un Código receptor del Derecho Romano tres siglos antes que todo el resto de Europa y, además, por ser muy completo; cubría prácticamente todo el campo del Derecho: el Civil, el Penal, el Procesal y hasta el Derecho Político y Eclesiástico.

Este fue el primer factor: la necesidad de unificación para reforzar la unidad política y la identidad nacional de los Estados.

Como se comprende, eso se veía todavía reforzado en las naciones americanas, recientemente independizadas de Europa, por el factor político de la independencia; la adopción de una legislación nueva significaba una muestra más de la madurez política de las nuevas naciones, que eran capaces de darse sus propios cuerpos legislativos distintos de aquellos que les habían sido impuestos por la Metrópoli.

El segundo de los factores que se conjugaron fue el triunfo del pensamiento liberal en materia política y humanitarista en el campo jurídico penal. Eso significaba necesariamente el término de los tratamientos penales o procesales crueles, degradantes, inhumanos y el enfoque del delincuente como un hombre libre, castigado, precisamente, por haber hecho un mal uso de su libertad, pero al cual, aún en el castigo, debía respetársele su calidad de persona.

En este aspecto, la supervivencia de las disposiciones de Las Partidas, por ejemplo, resultaban francamente insostenibles, ya que la Partida VII —que es específicamente la que se ocupa del Derecho Penal y del procedimiento penal— reflejaba la rudeza de las costumbres de la época; era un Código que administraba o fijaba los castigos de acuerdo con la práctica del siglo XIII. No puede reprochársele, ciertamente, una inactualidad en el siglo XIX a quienes lo promulgaron tantos siglos atrás, pero realmente la excesiva inhumanidad o dureza de algunas de las penas

Artículo: Reformas que deben introducirse al Código Penal Chileno
Revista: Nº162, año XLI (Jul-Dic, 1974)
Autor: Alfredo Etcheverry Orthusteguy

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

allí establecidas las hacía de hecho inaplicable en el siglo XIX. Fue así como en Chile, en 1837, en una de las llamadas Leyes Marianas, debidas a la inspiración de Egaña, en que se ratifica provisionalmente la vigencia de las leyes españolas mientras se dictan las nuevas leyes nacionales, se crea la institución peculiar de la llamada Cláusula Suspensiva, por la cual los tribunales al sentenciar deberían aplicar la pena prevista en la legislación española, específicamente en Las Partidas, pero estaban autorizados para dejar en suspenso la penalidad impuesta cuando por su excesiva dureza resultara injusta o desproporcionada para la época y pudiera ser sustituida por otra más leve y que se estimara más adecuada o proporcionada a la gravedad de las faltas.

Del mismo modo es interesante consignar que en 1846 el Gobierno designó una Comisión de cuatro jurisconsultos, muy ilustres, muy destacados en la época; probablemente lo mejor que tenía Chile para esa tarea, a fin de que redactaran un Código Penal para Chile, igual que un Código de Procedimiento Penal. Se le señala allí como modelo el Código español de 1822, que era el único que había tenido España hasta entonces; aún no se promulgaba el nuevo, que después fue nuestro modelo. Y allí se les dice a los comisionados que deben prestar especial atención a los delitos que son más frecuentes en Chile, pero sin pretender extirparlos por una desproporcionada severidad en las penas y se les aconseja que, economizando la pena de muerte, dispensen más lenidad a los delitos que nacen de ignorancia o sumisión y que más que un ánimo depravado evidencian en el delincuente inexperiencia y debilidad.

Tenemos, entonces, aparte del factor de unificación e independencia nacional, la difusión del pensamiento liberal en cuanto a la humanización del tratamiento penal.

Y el tercer factor que conduce a la codificación es el predominio en el campo de la filosofía y de la técnica jurídica, de lo que se llama la Escuela de la Exégesis. Los principios que moldean los códigos napoleónicos de 1810, los famosos cinco Códigos de Napoleón —el Civil, el Penal, el Comercial y los dos de Procedimiento— los reconocemos muy fácilmente en nuestros propios Códigos y pueden resumirse básicamente en lemas: primero, la codificación estabiliza el Derecho y le da permanencia y fijeza para el futuro: el principio que pudiéramos llamar de inmovilización. Este es el Derecho, suspendemos la evolución jurídica y aquí queda fijado permanentemente para siempre.

El segundo principio —y éste es, diría, siendo una Escuela conservadora de pensamiento, éste es el más audaz, el más difícil y que sin embargo se dio—. El pasado jurídico deja de tener vigencia, queda cancelado o borrado con la codificación.

Artículo: Reformas que deben introducirse al Código Penal Chileno
Revista: Nº162, año XLI (Jul-Dic, 1974)
Autor: Alfredo Etcheverry Orthusteguy

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Incluso, el pasado jurídico deja de tener valor como fuente interpretativa de la nueva legislación. Este es el principio de discontinuación, de ruptura con el pasado.

El tercer principio es que el pensamiento que inspiró la ley es el único que puede servir para interpretarla en el futuro. No se debe recurrir ni a una tradición anterior, ni a principios posteriores incorporados por la evolución de la ciencia o de las costumbres, etc.: —el principio que se llama del monopolio interpretativo del legislador—.

Y el último principio es que no hay más Derecho que el codificado, con exclusión de la costumbre y del precedente, el principio de exclusividad de la ley. No es difícil reconocer estas cuatro características en nuestros principales códigos, partiendo, naturalmente, del Código Civil, en cuyo Título Preliminar se reflejan con suma claridad todas estas ideas.

Pero para que esto funcionara bien, para que pudiera borrarse todo el pasado jurídico; para que no se necesitara ni para atrás ni para adelante otra cosa que un Código, era necesario que la ley fuera clara, fuera completa y fuera coherente. Las leyes, según el Consejo de Beccaria, deberían ser claras y sencillas, susceptibles de ser entendidas por el ciudadano corriente, sin necesidad del recurso al jurista especializado. La idea era que el Código fuera un libro familiar, que cada ciudadano en su casa tuviera un Código, al lado de la Biblia, como una Escuela de formación cívica y para conocer sus derechos expresados ahí con toda claridad, sin necesidad de consultar a juristas y abogados para que interpretaran o le explicaran al ciudadano cuáles eran sus derechos.

Se desconfía del intérprete y del comentarista; es muy conocida, se cita frecuentemente, la anécdota de Napoleón, que al enterarse de que se había escrito un primer libro de comentarios sobre su Código Civil, dijo: "Mi Código está perdido"; y el Código Penal de Baviera de 1813 —redactado por el gran jurista alemán Feverbach— dio origen muy poco después de promulgarlo a un Decreto Real de Baviera que prohibía expresamente escribir comentarios sobre el Código Penal y dar clases orales sobre el mismo, por el temor de que el comentario, la glosa, la interpretación, desnaturalizaran un Código que debería ser una cosa muy clara, muy sencilla, al alcance de todo el mundo. La desconfianza del intérprete, la desconfianza respecto del profesor y del abogado, se extiende también al juez y es una muestra de ese espíritu el deseo, que se refleja muy particularmente en materia penal, de poner las mayores limitaciones posibles al arbitrio del juez; dando reglas lo más detalladas, claras y definidas posibles para que el juez tuviera solamente un campo muy limitado donde moverse, donde jugar para la imposición de la sen-

Artículo: Reformas que deben introducirse al Código Penal Chileno
Revista: Nº162, año XLI (Jul-Dic, 1974)
Autor: Alfredo Etcheverry Orthusteguy

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

tencia, de modo que esto se hubiera hecho casi exclusivamente por la propia ley. Para eso, claro, la ley debería prever todos los casos. La Ordenanza General de Derecho, de Prusia, de 1794, con esa prolijidad prusiana, tenía 16.000 artículos, en los cuales el legislador pretendía haber comprendido todos los casos posibles que pudieran presentársele a un juez y darle directamente cuál era la solución.

En suma, toda la ley está en el Código; no hay ley fuera del Código, ni mucho menos, por supuesto, contra el Código.

Todos estos factores convergen, entonces, después de alcanzada nuestra independencia, consolidadas básicamnte nuestras instituciones políticas, para hacer ver con gran urgencia la necesidad de codificar nuestras leyes.

Hubo algunas leyes patrias que en el orden de prelación pasaron a ocupar el primer lugar y que fueron dictadas antes de la codificación. Muy importantes sobre todo fueron diversas leyes sobre el régimen de la prensa; la ley de hurtos y robos, de 1849, muchas de cuyas disposiciones pasaron después al Código Penal, y las leyes de 1837 sobre la vigencia de las leyes penales españolas y la tramitación de las causas criminales. Sin embargo, todo esto se consideraba labor provisional mientras llegaban los ansiados Códigos.

Tempranamente en nuestra historia soberana; desde el Proyecto de Constitución de 1811 y el Mensaje de O'Higgins de 1822 a la Convención Constituyente, se formulan votos por la adopción de los famosos cinco Códigos napoleónicos, que ojalá pudieran ser sin más adoptados por Chile o trasladados acá y para que se borren para siempre —dice el Padre de la Patria— "instituciones montadas sobre un plan colonial".

La Corte de Apelaciones de Santiago aconsejó en 1828 al Gobierno la adopción, lo más pronto posible, del Código español de 1822, señalándole la deficiencia que significaba para la Administración de Justicia el no tener una codificación ya promulgada. Esto explica que durante todos estos años se hicieran sucesivos intentos por llegar a la codificación de la ley penal. Es sabido que hubo diversos encargos que no llegaron a feliz término, que se designó en 1846 una Comisión compuesta por Lastarria, Varas, Tocornal y García Reyes, que eran todos juristas de gran categoría, para la redacción de un Código Penal, pero a la cual se le fijó un plazo muy exiguo —de seis meses— lo que determinó en definitiva su fracaso, y que después, dictada la ley de 1852, que autorizó al Ejecutivo para encomendar a juristas destacados la redacción de proyectos de Código, tuvimos los encargos sucesivos a Antonio García Reyes y a Manuel Carvallo para la redacción de sendos Códigos Penales. Ambas personas trabajaron intensamente: han quedado la mayor parte de sus trabajos,

Artículo: Reformas que deben introducirse al Código Penal Chileno
Revista: Nº162, año XLI (Jul-Dic, 1974)
Autor: Alfredo Etcheverry Orthusteguy

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

que llegaron a etapas bastante avanzadas, pero el prematuro fallecimiento de los dos, en sucesión, impidió que dieran cima a su trabajo. Entonces, en el deseo de evitar una posible repetición de estos decesos lamentables que interrumpían el trabajo de años, se decidió, finalmente, el Gobierno a nombrar a una Comisión de varias personas. Fue concebida primeramente como una continuadora del trabajo hecho por Manuel Carvallo, ya que Carvallo, que falleció siendo representante diplomático de Chile en Bélgica, había concedido especial importancia al Código de Bélgica promulgado en 1867 y que tradujo al castellano por encargo del Gobierno; fue publicado dos años después, en 1869, en Santiago, poco después del fallecimiento de Carvallo, y en el Decreto de nombramiento a los comisionados de 1870 se les señala como modelo, en el cual deben inspirarse, ese Código belga de 1867.

Sin embargo, ya en la primera sesión de la Comisión y a pesar del elogio del Código belga que hizo el entonces Ministro de Justicia, la Comisión mostró discrepancia de pareceres, porque Reyes, que la presidió hasta el término de sus trabajos, se mostró partidario más bien del Código Penal español de 1848 como modelo y no del Código belga.

En la siguiente sesión de la Comisión esta idea de Reyes fue formalmente adoptada; se dijo que la legislación española estaba más de acuerdo con las costumbres y con la tradición jurídica de Chile y que se contaba, además, con la gran ventaja de tener a la vista la obra de Joaquín Francisco Pacheco, gran jurista español, que fue miembro de la Comisión Redactora del Código Español de 1848 y autor de su conocida obra, en tres volúmenes sobre Comentarios y Concordancias de ese Código, puesto, además, en relación con los precedentes legislativos españoles y con seis códigos de los más modernos de la época. Así se hizo, y entonces se adoptó el Código Penal español de 1848 con sus modificaciones, que no fueron muchas, de 1850, y teniendo a la vista como ilustración de la obra de Pacheco.

El resultado —digámoslo francamente— fue que nuestro Código resultó, en el hecho, una copia del Código español de 1848. No es idéntico, ciertamente; hay aspectos en que difieren, en parte porque la Comisión se hizo eco de las opiniones críticas de Pacheco expresadas en su obra; en parte, porque se estimaron en algunos puntos mejores las disposiciones de otros códigos; en parte por incorporar —como se hizo en materia de hurtos y robos— las disposiciones vigentes en las leyes patrias, y por fin, otras simplemente por el fruto del intercambio de opiniones en la Comisión.

Artículo: Reformas que deben introducirse al Código Penal Chileno
Revista: Nº162, año XLI (Jul-Dic, 1974)
Autor: Alfredo Etcheverry Orthusteguy

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Para poner las cosas en su lugar diremos que los miembros de la Comisión no eran personas versadas en la doctrina y la técnica penal. En ese sentido los superaban los comisionados anteriores —Carvallo y García Reyes— y los miembros de la Comisión de 1846. Eran personas más bien versadas en la práctica del Derecho, abogados en ejercicio, había jueces también, pero no eran —repito— cultivadores de la doctrina penal. En todas las Actas de la Comisión redactoras del Código no hay constancia ninguna de que los comisionados hayan tenido a la vista otra obra que no sea la de Pacheco. No hay ninguna mención doctrinal; en cambio ellas abundan en los proyectos no terminados de Carvallo o de García Reyes, por ejemplo, que reunieron una bibliografía muy copiosa. No ocurre así con la Comisión Redactora de nuestro Código.

La cátedra estaba representada allí solamente por José Clemente Fabres, que creo personalmente fue uno de los talentos jurídicos más penetrantes o más originales que hemos tenido en Chile, pero que tenía su preocupación principal centrada en el Derecho Privado, particularmente en el Derecho Civil. Y Diego Armstrong, que era profesor de Derecho Penal, que por razones que ignoramos, sólo participó en las diez o doce primeras sesiones de las 175 que celebró la Comisión, y después dejó de asistir.

Esto no significa necesariamente que el resultado del trabajo de los comisionados fuera malo. Al revés, creo que tuvieron el buen tino, no siendo ellos cultivadores del Derecho Penal en materia doctrinal o con alto vuelo, de escoger un modelo que creyeron bueno y en apartarse poco de él. Eso es tal vez uno de los secretos fundamentales de que nuestro Código haya cumplido adecuadamente, durante un tiempo largo, su misión de servicio social y que su aplicación no haya presentado conflictos insalvables o dificultades demasiado grandes a los intentos.

Si se nos pregunta, por ejemplo, si los comisionados estuvieron o no acertados al cambiar de modelo, al desentenderse del Decreto de nombramiento y escoger el Código Penal español en vez del belga, yo diría sin vacilar que —hicieron bien y que el Código Penal de 1848 es mejor que el Código belga de 20 años más tarde, de 1867; es mejor en la distribución de las materias, en el plan general, diríamos en todo lo que hoy modernamente llamamos la teoría del delito, ya se encuentra básicamente mejor reglamentada en el Código Peñal español, que en el Código belga. Para dar un ejemplo de los más notorios, la institución de la legítima defensa, que hoy día, como se sabe, es considerada una causal de justificación, común a todos los delitos, que por lo tanto está en la parte general del Código; el Código Penal español la trataba así, pero el Código Penal belga la reglamentaba nada más que en la parte especial, al referirse a los delitos

Artículo: Reformas que deben introducirse al Código Penal Chileno
Revista: Nº162, año XLI (Jul-Dic, 1974)
Autor: Alfredo Etcheverry Orthusteguy

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de homicidio y de lesiones. Esa es, diríamos, una muestra de que en realidad en el plano científico el Código Penal español de 1848 era superior al Código belga.

Pero la vigencia del Código de 1874 durante cien años entre nosotros, no es, a nuestro juicio, ni una prueba de las excelencias del Código, ni una muestra de la incapacidad de las generaciones posteriores para reemplazarlo. La verdad está probablemente en el medio. Es significativo que la mayor parte de los países latinoamericanos y muchos de los europeos se hayan dado nuevos Códigos Penales después del siglo XIX. Italia tiene el suyo, de 1931; Suiza tiene el suyo de 1937; en España, ya mencionamos las sucesivas reformas que se han introducido en su legislación penal. Entre los países de gran tradición jurídica solamente Alemania y Francia conservan sus viejos Códigos del siglo XIX; y en América hay muchos Códigos: el de Argentina, el de Uruguay, el de Cuba, el de Brasil, que son todos del siglo XX, incluso del año 1920 para adelante.

¿Por qué en Chile ha subsistido el Código de 1874? No debe creerse que no ha habido conciencia de la necesidad de remozar nuestra legislación penal, y así Uds. habrán oído hablar de los Proyectos de Reforma del Código Penal de 1929, que son dos: el Proyecto de Ortiz y Von Bohler y el Proyecto de Erazo y Fontecilla; luego el Proyecto de 1938 de Silva y Labatut y el Proyecto que comenzó a elaborarse en 1945 y 1946 y que alcanzó a dejar terminada la parte general.

Esto indica una cierta conciencia, por lo menos en un momento de nuestra historia, de la necesidad de darnos un nuevo Código Penal. ¿Por qué, sin embargo, no se llegó a concretar esto en la realidad legislativa?

Hay una razón de carácter doctrinario, en primer término. Nuestro Código es tomado del español de 1848, inspirado en la Escuela Clásica, en el pensamiento liberal que, como dijimos hace un momento, razona sobre la base de que el hombre que delinque es un ser libre que ha hecho mal uso de su libertad, y que es castigado, precisamente, por esta razón, con una pena proporcionada o adecuada y, que generalmente, consiste también en privación de la libertad. De ahí que la gran mayoría de las penas establecidas en el Código sean las penas de encierro o de detención.

Esta Escuela de pensamiento sufrió posteriormente los embates doctrinales de la Escuela Positivista, que enfoca el asunto desde el punto de vista contrario; sin entrar al problema del libre albedrío o negando la existencia de esta libertad del delincuen-

Artículo: Reformas que deben introducirse al Código Penal Chileno
Revista: Nº162, año XLI (Jul-Dic, 1974)
Autor: Alfredo Etcheverry Orthusteguy

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

te, pone el énfasis en la necesidad de defensa social, de protección de la sociedad contra los malos, los imprudentes y los peligrosos; da gran énfasis a las medidas de seguridad junto a la pena, etc.

Fruto de esa doctrina son gran parte de los Códigos latinoamericanos que he mencionado, a partir más o menos del año 1920 hacia adelante, y muchos también de los Códigos europeos. El pensamiento positivista dominó en Latinoamérica la cátedra, la doctrina penal, la formación de los juristas durante varias décadas. Pero en Chile nunca llegó a tener el predominio o la influencia que tuvo en otros países latinoamericanos. En Chile tuvimos en paralelo con la llegada del pensamiento positivista, una corriente de comunicación, que es importante, con el pensamiento jurídico doctrinal, en particular de la ciencia alemana. Eso determinó entre nosotros un eclecticismo bastante saludable, que en alguna medida se refleja en los Proyectos de Reforma de 1929, porque mientras el Proyecto de Fontecilla y de Erazo está muy impregnado del pensamiento básico positivista, el de Ortiz y Von Bohlen está, en cambio, inspirado en el pensamiento alemán, particularmente en el de Von Liszt.

Es probable que entre muchos otros factores —que no es posible determinar con entera certeza— esta especie de eclecticismo o de equilibrio entre las Escuelas penales haya provocado que en Chile no se reemplace hasta ahora nuestro Código Penal por otro.

Sin embargo, la falta de modificaciones de fondo de nuestro Código, el hecho mismo de que no haya sido reemplabado por otro y que esté todavía vigente cien años después no debe hacer creer que la legislación penal chilena haya permanecido estática e inmutable durante todo este tiempo. Por el contrario, es una legislación que ha proliferado abundantemente, pero, y éste es el punto que debe hacernos cavilar en especial, lo ha hecho al margen del Código.

A medida que las nuevas condiciones de vida en la sociedad, los nuevos criterios sobre los bienes jurídicos dignos de ser protegidos, las circunstancias mismas de la vida moderna ha ido cambiando, esto ha hecho necesario dictar legislaciones penales, pero se han dictado no en forma de adiciones al Código, sino mediante leyes especiales que se colocan al margen del Código y en paralelo con él. Esto atenta —como Uds. bien comprenden— contra una de las justificaciones básicas de la codificación: que todo el Derecho esté en el Código.

Evidentemente, en 1874, cuando el Código se dictó, prácticamente todo el panorama de la criminalidad quedaba abarcado por el Código Penal; todas las formas de delito que entonces se conocían o todas las conductas que entonces se juzgaban dig-

Artículo: Reformas que deben introducirse al Código Penal Chileno
Revista: Nº162, año XLI (Jul-Dic, 1974)
Autor: Alfredo Etcheverry Orthusteguy

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

nas de pena estaban prácticamente incorporadas al Código. Fueron muy pocos los sectores penales que el Código Penal dejó al margen; podemos citar específicamente los delitos relativos a la imprenta y abusos de publicidad y los delitos relativos a los derechos políticos, en especial los delitos electorales, que el Código Penal prefirió expresamente dejar entregados a la Ley de Imprenta y a la Ley de Elecciones. Pero todo otro delito en principio estaba en el Código. El Código Penal cumplía, entonces, con este requisito que señalamos como inspirador del movimiento de codificación: todo lo relativo a materia penal estaba allí.

Hoy día citemos solamente algunas que son o leyes penales especiales o que contienen por lo menos disposiciones de esta clase:

La Ley de Seguridad del Estado; la Ley de Abusos de Publicidad; la Ley sobre Estados Antisociales y Medidas de Seguridad; la Ley sobre Remisión Condicional de la Pena; la Ley sobre Tráfico de Estupefacientes; la Ley sobre Alcoholes y Bebidas Alcohólicas; la Ley sobre Tráfico de Oro y Monedas Extranjeras; la Ley sobre Control de Armas y Terrorismo; el Código de Justicia Militar; el Código Tributario; la Ordenanza de Aduanas; la Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques; los Decretos Leyes sobre Monopolios y Delitos Económicos, etc.

Diríamos sin temor a equivocarnos que la mayor parte de los delitos, hablando desde un punto estadístico y de la frecuencia de su comisión, que son juzgados hoy día por los tribunales en Chile, son delitos contenidos en leyes especiales y no en el Código Penal.

Esto nos parece que es un primer punto de importancia fundamental en torno de una reforma de nuestro Código o de la adopción de uno nuevo. Yo creo personalmente que la reforma es de tal magnitud que equivaldría, en verdad, a la adopción de un nuevo Código, pero eso —lo repetimos— es de importancia secundaria. Creemos necesario que junto con eliminarse del Código Penal ciertas infracciones ya caídas en desuso o que están mejor reglamentadas en otras partes, como, por ejemplo, muchos delitos funcionarios que hoy día están más adecuadamente tratados en el Estatuto Administrativo, aparte de eso, digo, es necesario devolver al Código su plenitud legal e incorporar a él estas disposiciones penales que rigen las que la sociedad de hoy considera como las conductas dignas de represión.

Hemos tenido en esta materia un buen criterio legislativo —diría yo— que salva en parte los inconvenientes de esta situación, porque casi todas estas leyes especiales, si bien describen y sancionan una serie de delitos, sin embargo en lo que se refiere a la parte general: quienes son responsables, las circuns-

Artículo: Reformas que deben introducirse al Código Penal Chileno
Revista: Nº162, año XLI (Jul-Dic, 1974)
Autor: Alfredo Etcheverry Orthusteguy

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

tancias que eximen de responsabilidad penal, atenuantes, agravantes, etc., hacen aplicables las disposiciones de la parte general del Código. En poca medida se apartan de ella y esto, indudablemente, es una gran ventaja y facilita eventualmente la tarea de incorporar al Código esta nueva legislación.

Hay materias en las cuales resulta verdaderamente indispensable que la Parte General del Código esclarezca aspectos que hasta ahora provocan muchas incertidumbres y son discutidos por la doctrina. Por ejemplo, gran parte de la legislación penal económica hace uso —y no puede menos de ser así— de la técnica de las llamadas leyes penales en blanco, es decir, conductas que describe formalmente como desobediencia a ciertas reglamentaciones que son dadas por organismos del Poder Ejecutivo y Administrativo. Sobre la validez de estas leyes frente al principio de la reserva se ha discutido mucho, se ha estudiado mucho en doctrina, hay pareceres encontrados, y nada costaría —al contrario, sería de desear— que la Parte General del Código Penal se hiciera cargo de que realmente en estas materias es necesario legislar así y entonces se estableciera cuáles son las condiciones para que una ley penal en blanco tenga validez y legitimidad y pueda funcionar para servir a la vez las necesidades de represión de la sociedad y respetar las garantías del ciudadano.

Se dice que muchas de estas legislaciones son cambiantes y no podrían ser incorporadas en Código. Yo me permito disentir de este parecer: lo que es cambiante en muchas de estas materias es tal vez la reglamentación circunstancial, por ejemplo, en materia económica o materia tributaria, pero en lo que se refiere a las formas posibles de infracción punible esas pueden ser perfectamente caracterizaadas o determinadas a través, por ejemplo, de la reglamentación de la ley penal en blanco; o en materia de delitos económicos, poniendo especial énfasis en ciertos modos de comisión de estos delitos. El fraude, la falsificación, la corrupción de funcionarios, son formas características en que pueden cometerse delitos de esta naturaleza independientemente de cual sea en cada caso la obligación particular del contribuyente, del comerciante o, en fin, de la persona que sea considerada eventualmente como autora de estos delitos.

Por cierto, esta nueva legislación puede tener un carácter bastante formalista, pero ésta es una razón más, no un argumento en contra, para incluirla en el Código Penal y darle en la Parte General del mismo una reglamentación particular que evite a los tribunales problemas de interpretación bastante difíciles y la incertidumbre que significa estar entregados simplemente al parecer más o menos adecuado de la doctrina. Creemos que esta última —la doctrina— tiene un grado o un desarrollo de

Artículo: Reformas que deben introducirse al Código Penal Chileno
Revista: Nº162, año XLI (Jul-Dic, 1974)
Autor: Alfredo Etcheverry Orthusteguy

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

evolución en que puede proporcionar, sin grandes dificultades, fórmulas legislativas eficaces para reglamentar estos nuevos campos de actividades.

Creemos también indispensable que nuestro Código Penal incorpore a su Parte General las medidas de seguridad. Como se sabe, hay una Ley dictada hace veinte años en Chile —la Ley 11.625— sobre Estados Antisociales y Medidas de Seguridad, que no está en vigencia porque no se ha dictado el Decreto reglamentario que señale cuáles son los establecimientos especiales en que han de cumplirse estas Medidas, particularmente las que consisten en internación en un establecimiento curativo, educativo, etc.

Hay importantes reservas que personalmente nos merece la Ley 11.625, porque establece la llamada peligrosidad sin delito, esto es, aplicar una medida de seguridad que puede ser de encierro o internación indefinida, no por lo que las personas hacen, sino por lo que las personas son, lo cual a nuestro juicio es un reparo serio. Sin embargo, al margen de eso no hay duda de que nuestro Código tiene que incorporar en alguna forma las Medidas de Seguridad como complementarias o sustitutivas de la pena en aquellos casos en que la pena es inaplicable, por ejemplo, los enajenados mentales, o insuficiente, como en el caso de los reincidentes o delincuentes habituales. En estas situaciones, cuando se produce la comisión de un delito específico y se agregan estas otras circunstancias, la condición o estado de la persona, prácticamente la totalidad de los Códigos modernos reglamentan estas medidas de seguridad, que no tienen el carácter de penas o de sanciones, sino que responden a un criterio de carácter social y defensivo, pero que están incorporadas al Código y en paralelo con el sistema de la pena.

Del mismo modo en materia de penalidad creemos que, si bien fue muy laudable el espíritu del codificador al tratar de poner término a la incertidumbre del ciudadano, a la anarquía legislativa y a las dificultades de los jueces, mediante un texto sencillo y completo en que señalara el catálogo de los delitos y sus respectivas penas, nos parece que se fue demasiado lejos en este terreno. Nuestro Código, con su sistema de las escalas graduales, de los peldaños y de las reglas particulares y minuciosas de subir y de bajar grados, de aumentar y disminuir penas, según reglas también particulares fijadas por la ley, reduce demasiado el arbitrio judicial y no permite a los tribunales adecuar la pena al caso específico cuando las circunstancias no son de aquellas que, en forma taxativa, ha considerado la ley.

Artículo: Reformas que deben introducirse al Código Penal Chileno
Revista: Nº162, año XLI (Jul-Dic, 1974)
Autor: Alfredo Etcheverry Orthusteguy

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Evidentemente, cualquiera que haya tenido alguna práctica en materia penal como abogado o como juez o por cualquiera otra razón, sabe que el efecto que produce una pena no es el mismo sobre el delincuente habitual o reincidente, del que forma parte de la sociedad delictual, que sale y entra de las cárceles con cierta periodicidad, que sobre el delincuente ocasional, que ha llevado una vida honesta o correcta, y por el particular juego de las circunstancias de la vida comete por primera vez un delito. Y que, ciertamente, la personalidad del delincuente que comete delitos, supongamos, de estafa; o un comerciante que cae en quiebra fraudulenta, no es la misma que la personalidad del asesino o del cogotero. ¿Por qué, entonces, el tratamiento penal de uno y otro es el mismo y sólo difiere tal vez en la magnitud de la pena, si es presidio mayor o menor o en su grado mínimo o medio o máximo, pero básicamente es el mismo? Realmente debería existir una mayor latitud en la apreciación de todos los factores del caso por el juez, y reservar las penas de encierro o de presidio, para los delincuentes que ya no lo son por primera vez o porque cometen delitos de especial gravedad; no imponer penas de presidio, por ejemplo, inferiores a tres años de duración.

Y en cuanto a las infracciones ocasionales o de menos gravedad, aumentar el abanico de penas, la posibilidad de elección de los tribunales para imponer penas adecuadas al caso y que presenten mejores posibilidades de readaptación de la persona y mayor utilidad en su ejecución. Por vía de ejemplo hemos citado, en alguna otra oportunidad, la medida de arresto domiciliario para las personas ancianas o enfermas, o que han cometido faltas de poca consideración; del trabajo obligatorio en obras de utilidad social o en servicios de utilidad pública; la prohibición de frecuentar ciertos lugares (esto es particularmente cierto tratándose de las personas inclinadas a cometer delitos en estado de ebriedad), etc.

Creemos que se impone, entonces, por una parte una mayor elasticidad para los jueces y por otra una mayor diversificación en las posibilidades de imposición de penas.

En la parte especial del Código hay muchos delitos que podrían ya suprimirse y otros, en los cuales el Código continúa manteniendo su vigencia, particularmente los delitos contra las personas, los delitos sexuales y algunas formas de delitos contra la propiedad, en que también los criterios más modernos, y los que nos enseñan el progreso de la ciencia criminológica pueden llevarnos a una revisión de la forma en que el Código los regla-

Artículo: Reformas que deben introducirse al Código Penal Chileno
Revista: Nº162, año XLI (Jul-Dic, 1974)
Autor: Alfredo Etcheverry Orthusteguy

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

menta. Pensamos por ejemplo en el delito de aborto, en el delito de infanticidio, en la situación de la eutanasia, en la consideración de algunos delitos de repercusión social, como la vagancia o la mendicidad; en ciertos delitos contra el orden de la familia, como la moralidad pública, el adulterio, la homosexualidad, y algunos delitos contra la propiedad. Ciertas formas de estafas, por ejemplo, que no eran conocidas a la época de la dictación del Código, en que la estafa era considerada como un delito cometido, de persona a persona, individualmente: las formas modernas de la propaganda y de la organización comercial han hecho surgir formas de fraudes colectivos, en que mediante la invitación a participar en determinadas negociaciones o aportar capitales para determinadas empresas, etc., se cometen estafas que muchas veces no son sancionadas porque las víctimas son muy numerosas; a veces es difícil ubicarlas o determinar exactamente el perjuicio sufrido por cada una y el enfoque individualista evidentemente es insuficiente frente a estas formas modernas de la publicidad o de la actividad financiera. Es necesario también, entonces, un remozamiento del Código en estas infracciones que no están en leyes especiales sino que continúan siendo regidas por sus disposiciones.

Nos parece, en fin, que hay algunas disposiciones dentro de la parte general, donde el Código debería ser más explícito o esclarecer algunos aspectos en que se ha quedado deficitario. Es sabido, por jemplo, que nuestro Código Penal prácticamente nada dice sobre la influencia del error y muy poco sobre la influencia de la coacción o de las circunstancias extraordinarias de actuación en la responsabilidad penal, y que a partir de la definición del delito como acción u omisión voluntaria la doctrina y la jurisprudencia han tenido que tomar pie de lo que significa "voluntario" para desarrollar toda una teoría del error, ya que el Art. 10 del Código, donde están las circunstancias eximentes, nada dice en realidad sobre el error, de manera que solamente por la vía interpretativa y negativa se ha llegado a aceptar por nuestros tribunales y por nuestra doctrina, lo que generalmente la legislación extranjera tiene ya preceptuado o reglamentado en su texto. Eso puede parecer un punto más técnico porque realmente yo diría que las posiciones aceptadas en general por la ciencia penal moderna han sido también recogidas por nuestro ambiente científico y por nuestros tribunales, salvo en algunos casos, como el error de Derecho, en que el texto demasiado lapidario de nuestra ley hace imposible aún por la vía interpretativa abrir cauces, pero en general esto representaría un aspecto —diríamos— más técnico. Sería bueno, de todas maneras, que una reforma de la ley penal lo dijera en forma expresa e incorporara esto que ya es patrimonio científico común.

Artículo: Reformas que deben introducirse al Código Penal Chileno
Revista: Nº162, año XLI (Jul-Dic, 1974)
Autor: Alfredo Etcheverry Orthusteguy

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

En resumen, estimamos que las principales razones que deben llevarnos a una reforma de nuestro Código no residen en que nuestro Código haya sido un mal modelo en su época; fue bueno, lo creemos categóricamente; ni tampoco que sus disposiciones resulten anacrónicas o inaceptables para el criterio moderno. Yo diría que en su gran mayoría son aceptables para el criterio moderno. Son más bien defectos, ausencias, vacíos en el Código Penal los que nos deben impulsar a la reforma; completarlo, repito, en algunos aspectos, con modernización de sus conceptos, pero sobre todo integrando el Código, devolviéndole esa plenitud legal, que fue una de las razones que llevó a su dictación.

Para los propios juristas —el abogado, el juez, el profesor— es, sin duda, mucho mejor, y para qué decimos del ciudadano corriente, evitarse las vacilaciones o las incertidumbres de una legislación dispersa, difusa, modificada continuamente, y tener incorporadas las disposiciones fundamentales que rigen todo el ordenamiento penal en un solo cuerpo legal sistemático. Esa es la finalidad, esa es la función, esa es la utilidad que el Código presta; esa es la función que nuestro Código Penal cumplió muy dignamente cuando fue promulgado, pero que en gran medida, sin responsabilidad por cierto, ni del propio Código ni de quienes lo redactaron, en la actualidad ya no cumple y hace que sea una tarea, un desafío para la generación presente, para los cultores del Derecho y de las ciencias penales —particularmente en Chile— una invitación a que pongamos los mejores esfuerzos de nuestra inteligencia y de nuestro sentido social para remozar nuestro Código, renovarlo o, si se quiere, reemplazarlo por otro que venga a llenar la necesidad actual.