



Art. 93. Derechos y garantías del imputado.

“A 150 AÑOS
DEL CÓDIGO PENAL,
SU HISTORIA EN
TIEMPOS DE CAMBIO”



Defensoría
Sin defensa no hay Justicia



EDITORIAL	04
A 150 años del Código Penal, su historia en tiempos de cambio Por Osvaldo Pizarro Quezada.	
DUDA RAZONABLE	06
“El derecho penal es y debe ser una garantía para las personas y un límite al poder estatal” Por Carlos Mora Jano.	
A CONFESIÓN DE PARTE	10
Reflexiones sobre los 150 años del Código Penal chileno y su reforma Por Carlos Künsemüller Loebenfelder.	
EXAMEN Y CONTRAEXAMEN	14
La codificación penal dentro del plan codificador decimonónico Por Felipe Vicencio Eyzaguirre.	
TABLA DE EMPLAZAMIENTO	22
La importancia de la perspectiva histórica en la enseñanza y aprendizaje del derecho Por Antonio Dougnac Rodríguez.	
¿Conviene al Estado autoerigirse en juez global? Por Cristián Irrázaval Zaldívar.	24
EXTRATERRITORIALIDAD	26
Antecedentes e influencias de la codificación penal en Chile Por Bernardino Bravo Lira.	
ALEGATO DE CLAUSURA	30
El efecto expansivo de los derechos humano en el derecho doméstico y la interpretación justa Por Alejandra Castillo Ara.	
BAJO PROMESA	36
Imágenes de un documento histórico Por Claudia Castelletti Font (texto) y Aliosha Márquez Alvear (fotos).	
TALIÓN	40
El desafío de repensar nuestras normas penales Por Luis Cordero Vega.	
GUARDAR SILENCIO	44
Razones para sobrevivir a la usura del tiempo Por José Luis Guzmán Dalbora.	
OBJECCIÓN	48
Los principales ejes del proyecto de ley que reforma el Código Penal vigente Por equipo División Jurídica, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.	



A 150 AÑOS DEL CÓDIGO PENAL, SU HISTORIA EN TIEMPOS DE CAMBIO



► Por **Osvaldo Pizarro Quezada**,
Defensor Nacional (s).

Que una joven república como Chile, con sólo 214 años de historia institucional, conmemore 150 años de vigencia de uno de sus textos jurídicos más relevantes, es un hito en sí mismo. Y por eso la presente edición de “Revista 93” dedica sus páginas a conmemorar ese aniversario del Código Penal, promulgado el 12 de noviembre de 1874, aunque comenzó a regir el 1° de marzo del año siguiente.

Se trata, ni más ni menos, del único texto penal que ha regido en nuestro país desde su creación y, además, del más antiguo en lengua castellana y del tercero de los códigos occidentales más añosos, todos datos que justifican dedicarle completa la edición N° 30 de nuestro medio institucional.

En detalle, la mayoría de los artículos que siguen recogen las ponencias y exposiciones que distintas autoridades, académicos expertos y representantes institucionales hicieron en dos seminarios realizados durante el año, organizados en conjunto por la Defensoría Penal Pública, la

Sociedad Chilena de Historia del Derecho y Derecho Romano y las Universidades de Chile y Andrés Bello.

El objetivo principal de ambos encuentros académicos –realizados en Santiago y Valparaíso, respectivamente– fue, precisamente, relevar la importancia histórica de este código, considerado uno de los tres ejes jurídicos estructurantes de nuestra naciente república, junto a los precedentes Código Civil, redactado por el propio Andrés Bello en 1855, y el Código de Comercio, elaborado por el argentino José Gabriel Ocampo y promulgado diez años después, en 1865.

Así, las siguientes secciones mezclan, por un lado, diversas miradas sobre los procesos decimonónicos de codificación que influyeron en el caso chileno y, por otro, una revisión de los principales problemas que explican hoy la urgente necesidad de actualizar este documento normativo, para dar cuenta de la enorme cantidad de cambios que ha experimentado nuestra sociedad durante este siglo y medio.



Dentro de las primeras, destacan los artículos de José Luis Guzmán Dalbora (**ver Guardar Silencio**), Bernardino Bravo Lira (**ver Extraterritorialidad**) y Felipe Vicencio Eyzaguirre (**ver Examen y Contraexamen**), todos quienes profundizan en el contexto codificador de la época, su evolución en el tiempo, las razones de su vigencia y los desafíos que plantea su actualización, más allá de los más recientes anteproyectos de ley para renovar su estructura y contenidos, elaborados en 2013, 2015 y 2018, respectivamente.

Respecto de lo segundo, resaltan textos del exministro de Justicia y Derechos Humanos, Luis Cordero Vega -actual subsecretario del Interior- (**ver Talión**), del abogado Carlos Künsemüller, ex juez de la Corte Suprema (**ver A Confesión de Parte**), y del exDefensor Nacional, Carlos Mora Jano (**Duda Razonable**).

El primero cuestiona la proliferación de leyes especiales y “extravagantes” que “han trastocado la congruencia y la certeza” de las normas que contiene el código de 1874 y plantea la necesidad de “repensar nuestras normas penales” para recoger adecuadamente los “nuevos desafíos de convivencia, ideales e intereses” de nuestra actual sociedad. Künsemüller, en tanto, revisa distintos proyectos históricos de modificación del Código y cuestiona la proliferación de “leyes parche”, que han terminado por afectar la “coherencia interna” del texto.

Desde una mirada más cercana a la visión de la Defensoría Penal Pública, el tercero cuestiona el uso que la política ha hecho del derecho “como una herramienta de control penal que sirva para bajar la tasa de delitos” y plantea que institucionalmente, la defensa pública sostiene que “el derecho penal es y debe ser una garantía para las personas y un límite al poder estatal”.

Luego, la presente edición contiene también artículos sobre temas relacionados con la evolución del sistema penal y sus desafíos, como los que aportan la académica Alejandra Castillo Ara (**ver Alegato de Clausura**) y el abogado Cristian Irrázaval, del Departamento de Estudios y Proyectos (DEP) de la Defensoría (**ver Tabla de Emplazamiento**).

► “Se trata, ni más ni menos, del único texto penal que ha regido en nuestro país desde su creación y, además, del más antiguo en lengua castellana y del tercero de los códigos occidentales más añosos, todos datos que justifican dedicarle completa la edición N° 30 de nuestro medio institucional”.

En un tema que también toca el actual subsecretario Cordero, desde la División Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos exponen los principales ejes del proyecto de ley que reforma el Código Penal vigente -actualmente en trámite en el Congreso- (**ver Objeción**). En ese contexto, plantean que el Gobierno “asume la reforma como una política de Estado”, por lo cual se resolvió sólo presentar indicaciones a la iniciativa que hoy se discute y que recoge propuestas de todos los proyectos de ley anteriores ya mencionados.

Quizás la idea más relevante contenida en ese artículo es que el proyecto busca “consagrar en un solo cuerpo normativo la tipificación de las conductas que merecen sanción penal, generando una nueva ordenación de los delitos, para, primero tratar aquellos que atentan contra bienes jurídicos individuales y, luego, aquellos que atenten contra intereses colectivos”.

Como fuere, desde la Defensoría creemos que este hito histórico debía ser resaltado, lo mismo que el debate en torno a su esperada modificación por un código nuevo, que no sólo dé cuenta de lo que es hoy la sociedad chilena, sino que respete efectivamente los derechos humanos de todas y todos, restableciendo la racionalidad que, mediante multitud de leyes aprobadas y promulgadas en los últimos años, han terminado por desequilibrar la estructura de este cuerpo normativo, tan fundamental para sostener nuestra democracia y nuestro estado de derecho. 

DUDA RAZONABLE





"EL DERECHO PENAL ES Y DEBE SER UNA GARANTÍA PARA LAS PERSONAS Y UN LÍMITE AL PODER ESTATAL"

► El ex Defensor Nacional Carlos Mora Jano fue el encargado de inaugurar el seminario "A 150 años del Código Penal, su historia en tiempos de cambios". En su discurso, el anterior jefe nacional del servicio recalcó la importancia de revisar históricamente, y de manera científica, el rol de las leyes penales en el control de la criminalidad.

► Por **Carlos Mora Jano**,
ex Defensor Nacional.

La codificación, como todo proceso histórico, político y jurídico, se basó en ciertas ideas que, asumidas por los nacientes Estados nacionales americanos, buscaron implantar en las repúblicas ciertos ideales.

Una de esas ideas, provenientes de la Ilustración, fue la de transformar la sociedad, a través de leyes que la organizaran racionalmente, mediante la razón impuesta por el legislador, contraria al desorden con el que se catalogaba a los errores del pueblo, de manera que pudieran resolverse los problemas morales y materiales que acosaba a los hombres y a la sociedad.

En ese sentido, la historia del nacimiento y vida de nuestro Código Penal es una historia de reformas que buscaron dar mensajes simbólicos sobre los males que, en cada época, se consideraron vitales para el correcto funcionamiento de la sociedad, o para evitar los peligros que ciertos grupos o actos generaban para el orden, la felicidad y el desarrollo de nuestro país.

Decíamos que es una historia de reformas desde su nacimiento, pues a diferencia de los dos primeros códigos, el Civil y el de Comercio, que tuvieron tramitaciones muy breves, donde no se cambió una sola coma al texto propuesto por el Ejecutivo, el Código Penal fue intervenido por el Congreso, especialmente en materias que, a la fecha, eran muy relevantes para la oligarquía gobernante de fines del siglo XIX, como era la disputa entre el Estado y la iglesia, el rol de la mujer dentro de la familia y el matrimonio civil.

Pero también es una historia de reformas durante toda su vida y vigencia. Veamos algunas, sólo para efectos de comparación: la primera modificación al Código Civil de 1855 ocurrió recién en 1884, con la Ley de Matrimonio Civil, esto es casi 30 años contados desde su aprobación en el Congreso.

El Código Penal, promulgado en noviembre de 1874, fue modificado por primera vez en agosto de 1876, es decir un año nueve meses después, buscando reducir los delitos de robo que, conforme al Congreso, “agobiaban al país”, para lo cual se aumentaron las penas de este delito con 25 azotes por cada 6 meses de presidio e imponiendo la pena de muerte si, además, el reo cometiere violación, homicidio u otra injuria grave de obra contra las personas.

► “A diferencia de los dos primeros códigos, el Civil y el de Comercio, que tuvieron tramitaciones muy breves, donde no se cambió una sola coma al texto propuesto por el Ejecutivo, el Código Penal fue intervenido por el Congreso, especialmente en materias que, a la fecha, eran muy relevantes para la oligarquía gobernante de fines del siglo XIX, como era la disputa entre el Estado y la iglesia, el rol de la mujer dentro de la familia y el matrimonio civil”.

Esta reforma no generó consenso entre los juristas de la época y fueron muchas las voces disidentes. Quizá la voz más fuerte fue la de José Victorino Lastarria, quien -en un artículo publicado en la Revista Forense Chilena-, escribió lo siguiente:

“Mucho dudamos de que la severidad y arbitrariedad introducidas por el Código Penal hayan contribuido a reprimir el robo... Comprendemos que es muy cómodo, por lo fácil, entronizar la arbitrariedad judicial y apelar a penas draconianas, en lugar de tomarse el trabajo... y hacer esfuerzos y gastos para proveer a la seguridad individual de los ciudadanos, en poblados y en los campos, en los caminos y en las calles; pero no se negará que semejante modo de gobernar y de legislar, aunque cómodo, es contrario a la ciencia del buen gobierno, a los principios de jurisprudencia, a la Constitución Política, a la justicia y a la moral; fuera de que no es propio y excusable en un Estado de régimen regular, y de hombres capaces que tienen el deber de ejercer correctamente y con sabiduría sus funciones”.

LEY PENAL Y CONTROL DE LA CRIMINALIDAD

Como vemos, la discusión actual no es muy distinta. De ahí la importancia de revisar históricamente y de manera científica el rol de las leyes penales en el control de la criminalidad. El



derecho penal ha sido, desde siempre, un área del derecho que la política ha intentado utilizar como una herramienta de control penal que sirva para bajar las tasas de delitos. Apelar al solo rol simbólico de la ley penal o de un código no generará cambios sustantivos en la conducta delictual.

En la Defensoría creemos que el derecho penal es y debe ser una garantía para las personas y un límite al poder estatal. Pero en el sistema penal no podemos seguir dándole a la palabra ‘garantía’ un cariz negativo, sin que exista razón alguna para ello, porque los derechos fundamentales son para todas y todos, no sólo para algunos. Si todos gozamos de derechos, seremos una sociedad más libre e igualitaria.

Han pasado 150 años, la sociedad chilena es otra y nos merecemos un Código Penal que interprete el enorme avance científico de la criminología y la dogmática penal, pero que también nos represente como un nuevo Chile. Por eso estamos complacidos en saber que el proyecto para un nuevo Código Penal sea considerado un tema de Estado, alejado de los pensamientos individuales de cada coalición política.

Nuestra esperanza en un nuevo Código Penal construido con criterios de Estado y respetuoso de los derechos humanos nos obliga también, como Estado, a ser más racionales y creativos con las penas y apostar realmente en otros aspectos.

Todas y todos deseamos que en nuestro país se cometan menos delitos y creemos firmemente en que no ganamos mucho aumentando las penas y limitando los derechos de las personas imputadas.

De hecho, la experiencia internacional nos enseña que hay medidas mucho más eficaces para bajar las tasas de criminalidad: primero, prevención y reinserción; segundo, establecer una política de persecución penal basada en castigar los delitos importantes y las grandes bandas a través de la asfixia económica; y tercero, establecer criterios de importancia y especialidad en la investigación penal, para bajar las tasas de delitos importantes y no perseguidos, contruidos con la ciudadanía y siendo transparentes con las víctimas, pues no podemos perseguir todo acto criminal.

En la Defensoría conocemos muchos casos en que empresarios u organizaciones le dieron la mano a una persona considerada como “delincuente”, contratándola y entregándole no sólo un salario, sino la fuerza y la integridad para seguir un camino alejado del delito.

Nos emociona cada vez que Carolina nos va a visitar a la Defensoría Nacional y nos cuenta sus logros. Un curso de capacitación en la Universidad Católica cambió su vida y varió el rumbo de ella y de sus hijos.

Similares son los casos de Marvin, en Iquique, y de ‘El Puma’ en Punta Arenas. No hay ninguna medida más eficiente y eficaz para controlar la delincuencia que darle una nueva vida a quien quiere salir de un entorno violento y solitario asociada al delito.

Sólo una adecuada política pública y el respeto a los derechos humanos nos hará vivir en un mejor país. 





Ponencia de **Carlos Künsemüller** en seminario sobre el tema

REFLEXIONES SOBRE LOS 150 AÑOS DEL CÓDIGO PENAL CHILENO Y SU REFORMA

► El siguiente artículo es un extracto de la intervención del abogado penalista y académico Carlos Künsemüller Loebenfelder, ex ministro de la Corte Suprema, durante el acto inaugural del Seminario “A 150 años del Código Penal, su historia en tiempos de cambio”, realizado el 3 de junio de 2024.

► Por **Carlos Künsemüller Loebenfelder**,
abogado y académico,
ex ministro de la Corte Suprema de Justicia.

La conmemoración de los 150 años del Código Penal chileno nos invita a reflexionar sobre su historia, evolución y los desafíos que enfrenta nuestra legislación penal. Este artículo registra los principales hitos en su desarrollo, los intentos de reforma a lo largo de las décadas y las tensiones doctrinales y prácticas que han surgido en el camino hacia un nuevo texto normativo.

CÓDIGO PENAL DE 1874: ORIGEN Y CONSOLIDACIÓN

El Código Penal chileno, promulgado en 1874, durante el gobierno de Federico Errázuriz Zañartu, es el único texto penal

que ha regido en nuestro país desde su creación. Redactado por una comisión designada por el Ejecutivo, adoptó un enfoque clásico y liberal, inspirado en los valores de la Ilustración.

A poco de entrar en vigor surgieron críticas hacia ciertos aspectos técnicos y de fondo del Código. En 1929, los proyectos de reforma de Ortiz von Bohlen y Erazo Fontecilla, influenciados por el positivismo penal, buscaron simplificar las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, reemplazándolas por criterios más amplios y generales. Sin embargo, estas propuestas no prosperaron.

► “El Código Penal chileno, promulgado en 1874, durante el gobierno de Federico Errázuriz Zañartu, es el único texto penal que ha regido en nuestro país desde su creación”.

En 1938, el proyecto de Silva Lavado marcó un giro hacia postulados más clásicos, incluyendo la responsabilidad penal de las personas jurídicas, un tema innovador para la época. Este proyecto fue defendido con entusiasmo por Pedro Silva, magistrado de la Corte Suprema, en el ‘Primer congreso latinoamericano de criminología’, celebrado ese mismo año en Buenos Aires (Argentina).

EL LENTO CAMINO DE LA REFORMA

Desde mediados del siglo XX, los intentos de reforma se intensificaron. En 1945, una comisión liderada por Luis Cousiño Mac-Iver revisó la parte general del Código Penal, presentando una propuesta en 1946. Décadas más tarde, en 1963, el Instituto de Ciencias Penales impulsó el ambicioso proyecto del Código Penal tipo para América Latina, liderado por Eduardo Novoa Monreal. Este proyecto buscaba una codificación común para la región, pero los trabajos se suspendieron en 1979.

En 1975, al cumplirse el centenario del Código, se celebraron jornadas internacionales en la Universidad de Valparaíso. En esa ocasión, juristas destacados como Alfredo Etcheberry y Manuel de Rivacoba reflexionaron sobre la vigencia del Código Penal y plantearon la necesidad de reformas significativas. Rivacoba señaló que, aunque el Código mostraba deficiencias técnicas, los principios que lo sustentaban seguían siendo válidos, mientras que Etcheberry abogó por ajustes modernos en temas como el aborto, la eutanasia y la pornografía.

IMPACTO DE LAS LEYES ‘PARCHE’

Uno de los problemas más críticos del Código Penal actual es la proliferación de leyes modificatorias, conocidas como ‘leyes parche’. Estas intervenciones han fragmentado el texto original, afectando su coherencia interna y generando dificultades

en su interpretación y aplicación. Ejemplo de ello es la Ley N° 21.595, que incorporó cerca de 300 nuevos delitos al marco normativo.

El mensaje del actual proyecto de reforma reconoce este fenómeno como una de las principales razones para la necesidad de un nuevo Código Penal. Se denuncia un proceso de “deconstrucción” del Código original, que ha incrementado las dificultades en la aplicación de las normas y ha debilitado la coherencia del sistema penal.

DEBATES CONTEMPORÁNEOS: RESPONSABILIDAD PENAL Y CRISIS DEL DERECHO PENAL

Uno de los debates más relevantes en la discusión de un nuevo Código Penal es la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La Ley N° 20.393, que regula esta materia, ha sido objeto de intensas críticas doctrinales. Mientras algunos defienden el principio clásico de que «las sociedades no pueden delinquir», el proyecto en discusión parlamentaria adopta una postura contraria, reconociendo su responsabilidad en determinados casos.

Además, el derecho penal contemporáneo enfrenta una crisis que pone en tensión los principios clásicos del liberalismo penal. Desde la década de 1960, conceptos como la culpabilidad y la intervención mínima han sido cuestionados, dando paso a un derecho penal más flexible y orientado a la eficacia. Este fenómeno, asociado al populismo penal, amenaza con socavar los pilares garantistas que han caracterizado al derecho penal tradicional.

HACIA UN NUEVO CÓDIGO PENAL: DESAFÍOS Y OPORTUNIDADES

El proyecto de Código Penal en actual tramitación representa la propuesta más avanzada en este largo proceso reformador. Inspirado en los avances doctrinales y técnicos de las últimas décadas, busca superar las deficiencias del texto de 1874 y adaptarse a las necesidades de la sociedad contemporánea.

Sin embargo, esta tarea requiere un delicado equilibrio entre tradición e innovación. Como señaló Alfredo Etcheberry, «un nuevo Código Penal debe recoger los progresos de la ciencia, hacerse eco de los nuevos criterios éticos y responder a las necesidades prácticas de la vida moderna, sin renegar del noble ideario liberal que inspiró al texto original».

El desafío radica en construir un sistema penal que respete los principios de fragmentariedad, proporcionalidad y subsidiariedad, garantizando al mismo tiempo la seguridad y la justicia. En palabras del maestro Carrara, debemos distinguir entre los “códigos penales de las libertades” y los “códigos penales de las tiranías”.

CONCLUSIÓN

A 150 años de su promulgación, el Código Penal chileno sigue siendo un testimonio del valor de los principios jurídicos clásicos. Sin embargo, el contexto actual exige un nuevo texto normativo, que combine los ideales del pasado con las exigencias del presente.

La aprobación de un nuevo Código Penal será un hito en el proceso de modernización del sistema penal chileno, representando no sólo una mejora técnica, sino también un compromiso con los valores fundamentales de la justicia y la libertad. 93

► “Uno de los problemas más críticos del Código Penal actual es la proliferación de leyes modificatorias, conocidas como ‘leyes parche’. Estas intervenciones han fragmentado el texto original, afectando su coherencia interna y generando dificultades en su interpretación y aplicación”.





LA CODIFICACIÓN PENAL DENTRO DEL PLAN CODIFICADOR DECIMONÓNICO

▸ Por **Felipe Vicencio Eyzaguirre**,
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso,
Sociedad Chilena de Historia del Derecho y Derecho Romano.

▸ Para relevar la importancia del contexto histórico, social y cultural en que se crean y operan las leyes -en este caso el momento en que se redactó y promulgó el Código Penal de 1874-, el autor revisa la “conjunción de voluntades” en torno a ciertas ideas liberales que permeaban a todos los sectores y otros factores que, finalmente, no sólo permitieron sancionar este histórico código, sino previamente el Civil, en 1855, y el de Comercio, en 1865.



A MODO DE PREÁMBULO

Al conmemorar el sesquicentenario del Código Penal de la república, se me permite adelantar algunos pocos aspectos sobre algunas investigaciones propias que vengo desarrollando desde hace un tiempo y, junto con ello, realizar una síntesis del trabajo de otras personas sobre lo mismo, y que confluyó en las mías. Intentaré dar algunas palabras sobre la codificación penal inserta en el proceso codificador decimonónico y algunas reflexiones historiográficas de síntesis en torno a ello. Cualquier desarrollo específico de esta materia quedará para uno o dos trabajos específicos. Esto es un adelanto.

Previo a entrar en materia, estimo pertinente referirme a un punto importante. En esta ocasión académica se nota un interés por darle un espacio a la perspectiva histórica, lo que es muy valioso, si nos estamos a cómo ha devenido la enseñanza del derecho en las distintas universidades en las últimas décadas.

Se ha puesto un énfasis acaso desmedido en las llamadas *competencias* que prepararían al futuro profesional para desenvolverse en la práctica jurídica del foro, relegando la auténtica formación científica que los ramos históricos ofrecen. Y cuando me refiero a estos últimos, no apunto sólo a la historia del derecho, sino al derecho romano.

Si lo que se busca es una educación científica, esta debe estar centrada no sólo en la letra de los códigos¹ o en algunos aspectos relacionados con la administración de justicia, o sobre hermenéutica jurídica y principios generales del derecho -de darse-, porque, aunque resultan relevantes, la ley es un constructo social y, por consiguiente, es dable entender el proceso por medio del cual la ley llegó a ser tal.

El derecho es un ente cultural, como lo es la lengua y, por consiguiente, refleja lo que una sociedad es en un momento

determinado y cómo esa sociedad ha buscado organizarse para enostrar respuestas a los conflictos que se suscitan en su seno. Si no se entiende el contexto social y cultural en el cual el derecho ha surgido, malamente se puede comprender, entonces, lo que la ley en sí es.

Además de lo anterior, cabe añadir que si lo que a la larga se anhela es que los futuros profesionales posean un pensamiento crítico, este debe formarse a partir de disciplinas como la historia, la filosofía e, incluso, la literatura. Ellas importan para entender que no siempre la ley ha sido lo orientador en la conformación del orden jurídico, sino que en largos lapsos la costumbre -y, por esa vía, el comportamiento social- ha importado incluso más que la norma positiva.

Sin la filosofía, los conceptos carecen de profundidad y menos se les puede entender. Y faltando ello, las ideas que empujan al derecho quedan sin un andamiaje lo suficientemente sólido para evitar la mera repetición de consignas que contaminan cualquier argumentación.

Sin embargo, las cátedras históricas han sido sistemática y permanentemente cercenadas. Historia del derecho que hace dos décadas gozaba de dos años lectivos en la mayoría de las universidades, ahora tiene uno en el mejor de los casos, si es que no un semestre. Y este fenómeno no es sólo local, sino que se aprecia en otros países del continente.

Un caso de estudio se presenta en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile -la 'Casa de Bello', en que el derecho romano ya no es obligatorio, sino que constituye un ramo optativo, que el alumno puede o no cursar. Esto último tampoco se entiende, porque no hay mejor vía para formar

¹ Manuel Salvat Monguillot, "Necesidad de la perspectiva histórica en los Estudios de Derecho", en: *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 4^a época, Vol. VII, N° 7, pp. 1-28. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1967. [Hay separata con paginación propia, 1968]; Ítalo MERELLO, "Justificación del estudio de la Historia del Derecho", en su: *Historia del Derecho*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2008, pp. 20-21.



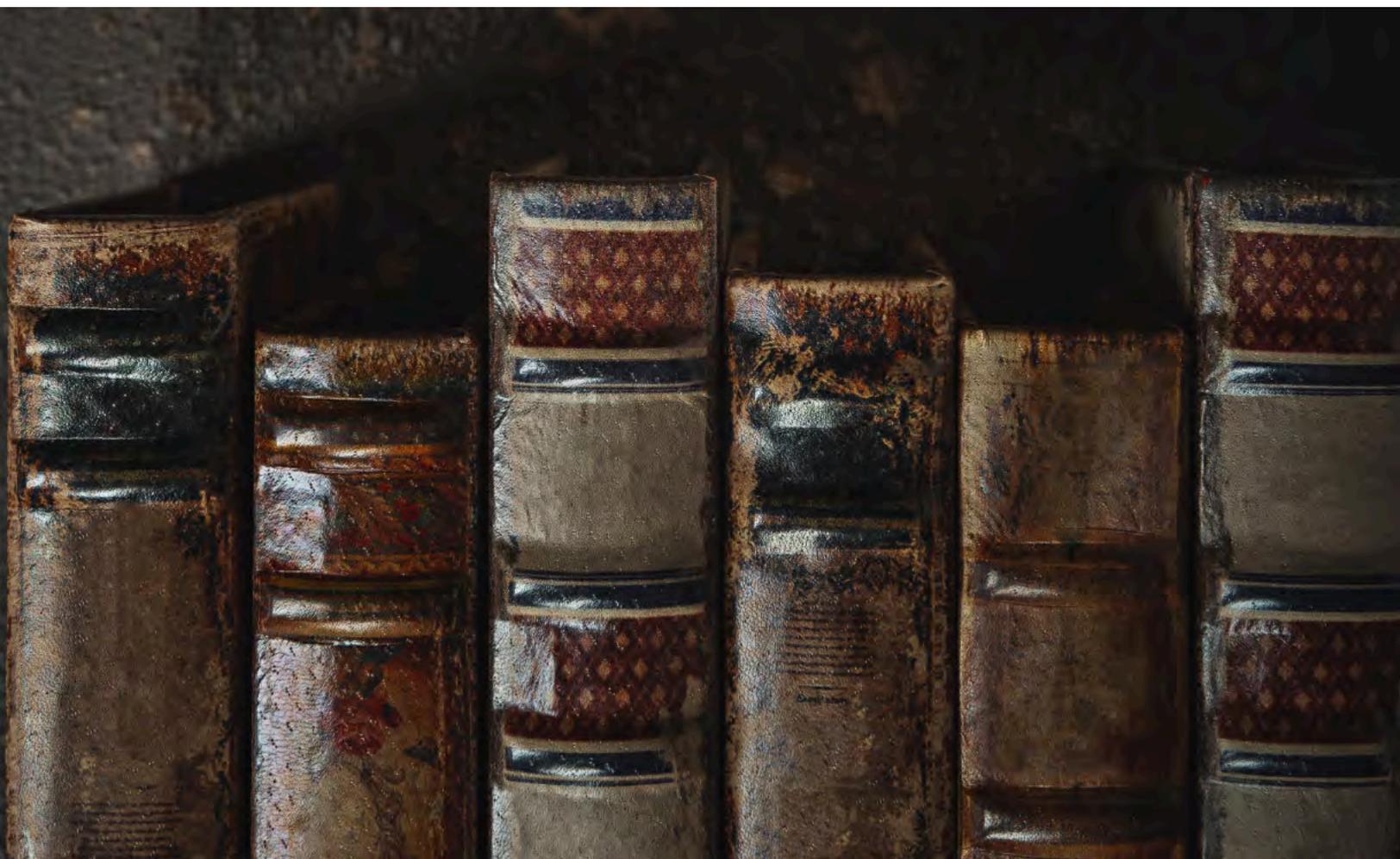
una mente que razone jurídicamente, en sus primeros pasos, que el antiguo derecho de Roma².

A ello debe añadirse el hecho indesmentible de que muchas de las instituciones jurídicas privadas, cristalizadas en nuestro Código Civil, son de origen romano. Mal se las puede enseñar, y mal se las puede comprender en toda su innegable amplitud, si no se las estudia con la perspectiva adecuada, esto es la que enseña la historia, en general, y el derecho romano, en lo específico.

Entonces, que en un contexto como el presente -un congreso académico-, se ofrezca la oportunidad de ver un aspecto histórico-jurídico junto a lo dogmático disciplinar es muy valorable. Ayuda a la contextualización del evento en sí y de las ponencias que se expondrán. Estamos -repito- conmemorando

► “El derecho es un ente cultural, como lo es la lengua y, por consiguiente, refleja lo que una sociedad es en un momento determinado y cómo esa sociedad ha buscado organizarse para buscar respuestas a los conflictos que se suscitan en su seno. Si no se entiende el contexto social y cultural en el cual el derecho ha surgido, malamente se puede comprender, entonces, lo que la ley en sí es”.

² Baste recordar las palabras de Andrés Bello, a quien su sapiencia jurídica nadie acusará de improvisada. En el discurso de instalación de la Universidad de Chile -el 17 de septiembre de 1843-, bajo su nuevo estatuto y refiriéndose al derecho romano en específico, expresó: “La universidad, me atrevo a decirlo, no acogerá la preocupación que condena como inútil o pernicioso el estudio de las leyes romanas; creo por el contrario que le dará un nuevo estímulo y lo asentará sobre bases más amplias. *La Universidad verá probablemente en su estudio el mejor aprendizaje de la lógica jurídica y forense*”, Vd. Andrés BELLO, [“Discurso de instalación”], en: *Universidad de Chile*, 1ª ed., Santiago, Imp. del Estado, 1843, p. 28. El destacado es mío.





► “Cualquiera de esos códigos, no importando sus reformas para lo que se afirma, han alcanzado un tiempo de vigencia mayor que cualesquiera de nuestras tres últimas cartas políticas, que en su conjunto nos han regido por 191 de nuestros 214 años de vida independiente”.

los 150 años de la promulgación del Código Penal, el tercero de los tres grandes códigos decimonónicos. La magnífica tría de nuestros códigos como república y los que constituyen lo sustantivo, el pilar fundamental de nuestra organización jurídica, dejando a la Constitución de lado.

Esto no es menor. Reconozcamos lo siguiente: el Código Civil de Bello, promulgado en 1855, hoy tiene más de 150 años (el próximo año, de hecho, cumplirá 170); el Código de Comercio, de 1865, contará con 160 en breve, y ahora conmemoramos el Código Penal de 1874. Cualquiera de esos códigos, no importando sus reformas para lo que se afirma, han alcanzado un tiempo de vigencia mayor que cualesquiera de nuestras tres últimas cartas políticas, que en su conjunto nos han regido por 191 de nuestros 214 años de vida independiente: la Constitución de 1833 alcanzó 92 años, la Constitución de 1925 casi llegó el medio siglo, con 48 años, y la Constitución actual -tan vilipendiada, pero también con los últimos plebiscitos, tan reforzada popularmente-, ya suma 44 años.

SÍNTESIS DEL PROCESO CODIFICADOR DECIMONÓNICO

Si los tres códigos sustantivos de nuestra república se mantienen en vigor luego de tanto tiempo se debe, en gran medida, al valor jurídico y técnico propios, como el resultado de un largo estudio por los juristas más capaces del momento, y a un consenso político general, que se expresó en las decisio-

nes gubernamentales de la época, así como en los congresos que concurrieron después a su aprobación. Hubo madurez política de los actores para coincidir responsablemente en las decisiones del momento.

Por otro lado, hay voces que siempre se escuchan respecto de que estos cuerpos legales están plagados de reformas y que sería momento de elaborar nuevos. Teniendo presente que los distintos tiempos ciertamente exigen nuevas obras, también no lo es menos destacar que las reformas permiten mantener los núcleos sustanciales de cada obra intocados -la piedra sillar de su organización-, promoviendo su actualización regularmente, sin grandes prisas.

Una de las cuestiones fundamentales en el proceso codificador del siglo XIX es su sentido público, que hemos perdido a lo largo de los últimos años. ¿Cuál era ese? La república estaba naciendo, nos acabábamos de independizar en 1818, después de un largo proceso iniciado ocho años antes: había que construir algo nuevo donde no existía, bajo los cánones de una democracia y una república.

En el ámbito constitucional, la conjunción de voluntades tardó mucho, toda vez que las facciones políticas en disputa no encontraron sino tardíamente un camino propio, y esto des-



pués de ensayos, discusiones, e incluso violencia³. Establecidos los fundamentos del edificio republicano que organizaba el nuevo Estado, y fundado el orden de la república, esto con la Constitución de 1833, decantó naturalmente la necesidad de la organización de los tribunales e inmediatamente también la codificación de las leyes. Pero aquí también hay un aspecto que entonces se discutió, en que se tomaron decisiones políticas en ese momento y que, de alguna manera, lo podemos ver en el día de hoy.

Esto se encuentra muy bien retratado en el proceso codificador civil. Andrés Bello lo llevó adelante casi en solitario, a pesar de las comisiones que se dieron para su estudio y de la relación que mantuvo con varios otros juristas connotados, como entre ellos sobresalió el argentino José Gabriel Ocampo. Fue él quien resumió, en el proceso codificador civil, una de las vertientes dogmáticas que se discutían en Chile.

Producida la independencia se generó naturalmente un sentimiento anti-español, que caricaturizó el sistema del antiguo régimen -el indiano propiamente tal- como opresor, oscuro e inservible: era la traducción en lo jurídico y político de la llamada “larga siesta colonial”, según el decir de Benjamín Vicuña Mackenna. Con eso en mente, en un comienzo se pensó, como O’Higgins lo sugirió en 1822, en traducir los códigos franceses, los ‘napoleónicos’⁴, lo que no prosperó. Luego la idea codificadora transitó por distintas tendencias que, en lo medular, recogían la idea de fijación del derecho fundada en el derecho patrio y sus antecedentes, antes que en algo foráneo⁵.

Como es sabido, Bello se inclinó por aceptar lo aprovechable de la legislación indiana, que básicamente consistía en el

código de las ‘Siete Partidas’, incorporando actualizaciones y reformas, bebiendo de diversas otras fuentes, ponderándolas. Supo aquilatar bien los pros y contras de un sistema y, si el Código Civil tuvo efectividad desde el primer momento, se debió a que el codificador fue capaz de equilibrar las necesidades modernizadoras del momento con lo que tradicionalmente se aplicaba en el ámbito jurídico y no hacer un nuevo código sin respetar lo existente.

Cuando se llevó adelante la codificación comercial, se le entregó a otro gran jurista, José Gabriel Ocampo -la mejor mente jurídica del país después de Bello, según Enrique Maclver-, quien procedió básicamente con la misma idea que Bello. Supo rescatar, entre otras, las ordenanzas de Bilbao y la legislación comercial de la época -mucho de la cual, evidentemente, era indiana-, ajustándola a las necesidades librecambistas, liberales y de la nueva estructura del comercio internacional⁶.

Reconociendo los trabajos escritos acerca del tema -que no son pocos, pero tampoco tantos como sería de desear-, y la edición de algunos de los borradores del Código de Comercio⁷, se echa en falta un proyecto más consolidado, que comprenda una investigación más ambiciosa en sus alcances y estudio de diversas influencias en ello, así como una mejor sistematización de la multitud de manuscritos de Ocampo que aún quedan pendientes por estudiar.

PARA ENTENDER EL PROCESO CODIFICADOR PENAL NACIONAL

El interés por el proceso codificador penal comenzó tan tempranamente como el civil, con la intervención de julio de 1822 de Bernardo O’Higgins, que también comprendía, evidentemente, un Código Penal.

³ Héctor López Bofill, *Law, Violence and Constituent Power: The Law, Politics and History of Constitution Making*, London, Routledge, 2021, p. 216.

⁴ Bernardo O’Higgins, director supremo, [“Acta a la Convención Preparatoria”], Santiago, 23 de julio de 1822, publicada originalmente en *El Mercurio de Chile*, N° 7, p. 130, Santiago, Imp. Nacional, [julio de 1822], y luego recogido en: Valentín Letelier (compilador), *Sesiones de los cuerpos legislativos de la República de Chile...*, Santiago, Imp. Cervantes, 1889, t. VI, p. 28

⁵ Alejandro Guzmán Brito, *La codificación civil en Iberoamérica, siglos XIX y XX*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2000, pp. 350-359.

⁶ Muy bien tratado todo lo relacionado con la codificación comercial en: Javier Barrientos Grandon, *Historia del Código de Comercio de la República de Chile: Sobre la cultura a través de un libro*, Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho, 2015, 193 + tres p., ilustr.

⁷ Enrique Brahm García (editor), *José Gabriel Ocampo y la codificación comercial chilena: Los primeros borradores del proyecto de Código de Comercio*, Santiago, Universidad de los Andes, 2000-2009, 2 vols. — (Colección Jurídica; 5).

► “No sólo había una idea general de hacia dónde debía ir el proyecto, sino que también y -a pesar de las diferencias políticas entre los distintos partidos representados en el Congreso- compartieron el ideario codificador. Se trató de una idea y política de Estado, apoyada en una cierta cohesión social y cultural que se traducía -en lo jurídico- en puntos de vista más o menos coherentes”.

Sin prosperar esa concepción, hubo una serie de intentos en la década de 1820 y algunos en los proyectos constitucionales del momento por enfatizar la necesidad de regular la materia. Por ejemplo, en las leyes federales ya se establecía que se tenía que crear una comisión en el Legislativo, precisamente para llevar adelante la codificación civil, la codificación comercial y la criminal, lo que no prosperó.

Sin embargo, el punto específico hubo de esperar, lo que no fue óbice para que en el intertanto se legislara en la materia. Antes del Código Penal se promulgaron diversas leyes que inciden en el campo. Muy tempranamente, el país se dio normas acerca de la libertad de imprenta, o disposiciones sobre la pena de azotes, también sobre delitos contra la propiedad, etc. Esto ocurría mientras también se discutía acerca de la introducción del sistema de jurados en el proceso jurisdiccional, tenido como más acorde al régimen republicano, lo que alcanzó a contemplarse en la legislación de imprenta desde muy temprano (1813, 1828 y 1846)⁸.

Como la legislación indiana y castellana se mantuvo subsidiariamente, casos hubo en que los tribunales,

aplicándola, hubieron de solicitar expresamente a la autoridad su intervención, pues la pena contemplada no podía imponerse en un país republicano, considerándola impropia de lo avanzado del siglo. Tal cosa ocurrió con dos casos de adulterio a comienzos de la década de 1850, y poco antes de la promulgación del Código Civil. En ambas oportunidades la Corte Suprema remitió los expedientes al Presidente de la república para que modificara la pena, lo que ocurrió -previa consulta al Consejo de Estado-, cambiándola por ‘estrañamiento’. Era el resurgimiento de una antigua institución, la del referimiento al legislador.

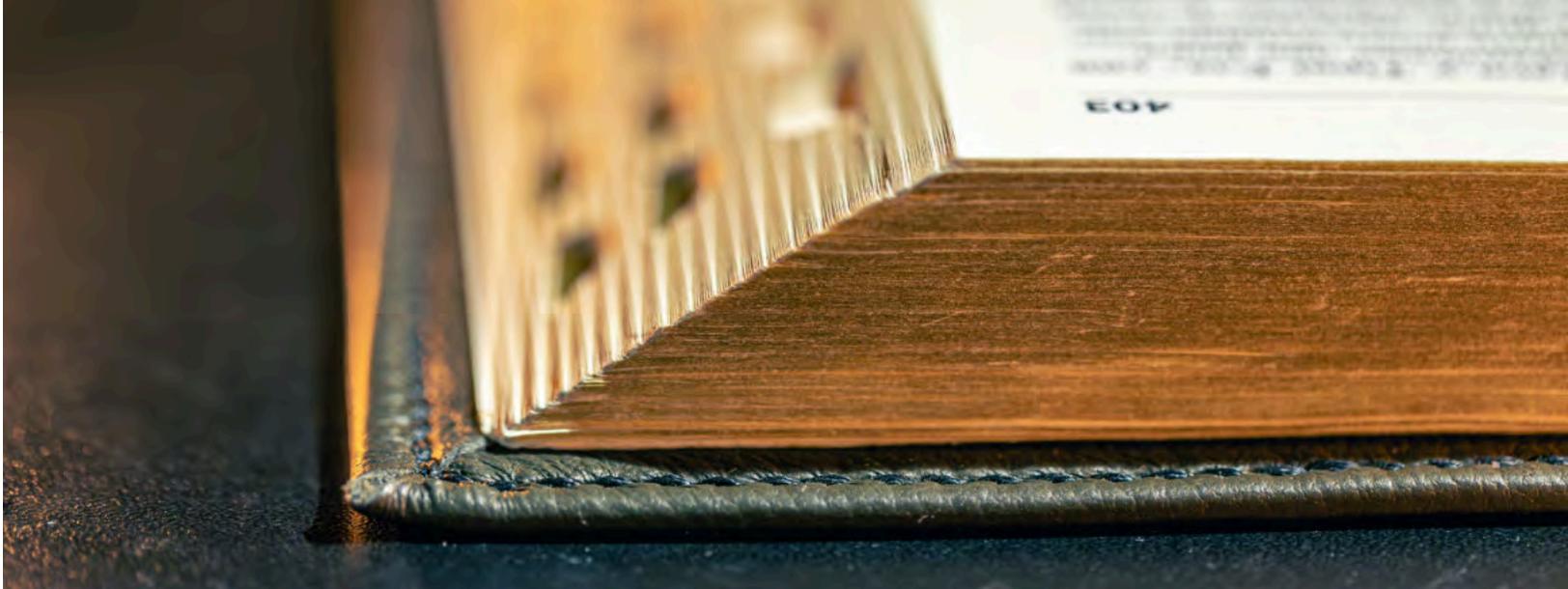
El primer intento de codificación penal propiamente tal se debe a Manuel Bulnes (diciembre de 1846), que no prosperó a pesar de los buenos auspicios que existían en torno a la idea. En 1852 se designó a Antonio García Reyes, quien no desempeñó su cometido, y luego a Manuel Carvallo (1856), quien sí concretó lo que se le encomendaba hacia 1859.

Hubo de esperarse hasta 1870 para que el Presidente del momento, Joaquín Pérez, nombrara una comisión que enfrentara el desafío, lo que se logró el 17 de enero de ese año. Quienes integraban la comisión fueron Alejandro Reyes, Eulogio Altamirano, José Clemente Fabres, José Antonio Gandarillas, José Vicente Ábalos, Diego Armstrong y Manuel Rengifo, a quienes tiempo después se sumaría Adolfo Ibáñez. Sus sesiones se prolongaron entre 1870 y 1873.

No es momento de entrar a ver cómo se dejó la idea de basar el trabajo en el Código Penal belga, para quedarse con el Código Penal español de 1848, pero esto marcó en definitiva todo el proyecto, que se remitió al Congreso Nacional, en donde -a diferencia de lo ocurrido con los códigos presentes-, pasó por una tramitación más compleja, no obstante la cual se aprobó en 1874.

La codificación fue una decisión política, que se había decantado en forma contraria a la primera idea, de que fuera un proceso llevado adelante por el Congreso mismo, pues se temió que -de procederse de esa forma- cualquier texto se enredaría en los vericuetos de las cámaras. Ello explica por qué el Ejecutivo encargó la redacción de un anteproyecto a

⁸ Felipe Vicencio Eyzaguirre, “La institución del jurado en Chile”, en: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, xviii, pp. 409-417, Valparaíso, 1996. Hay separata.



contaminación con los enconos y las rencillas políticas cotidianas, que todo lo ensucian. Una vez redactado, debía someterse al trámite de aprobación como una ley cualquiera en el Congreso Nacional.

Fue también esa una decisión pública. Si tuvieron éxito, además, fue por la cohesión que existía. No sólo había una idea general de hacia dónde debía ir el proyecto, sino que también y -a pesar de las diferencias políticas entre los distintos partidos representados en el Congreso- compartieron el ideario codificador. Se trató de una idea y política de Estado, apoyada en una cierta cohesión social y cultural que se traducía -en lo jurídico- en puntos de vista más o menos coherentes.

Eso permitió que estas codificaciones -la civil, la comercial y la penal- se dieran en un periodo relativamente corto: 1855, 1865 y 1874. No hay aquí, como alguien lo ha querido ver, cambios de tinte político, al haber pasado del gobierno conservador de Manuel Montt a uno de predominio liberal porque, a la larga, en el siglo XIX hubo grandes consensos liberales, a pesar de las denominaciones partidistas.

Por otro lado, las ideas liberales del derecho penal circulaban en esta república. De hecho, Bello dedicó tiempo a las ideas penales, si bien no con la amplitud de las civiles. En un curso de “Teoría de la legislación universal, basado en Jeremías Bentham”, que él dictó, primero privadamente en 1830, que luego pasó a las aulas del Instituto Nacional entre 1831 y 1874, incorporó una serie de elementos de pensamientos penales en la enseñanza del derecho de la época, todos derivados del jurista radical inglés⁹. Esto no es menor, porque a través de Bentham en Chile se difundieron las ideas de Cesare Beccaria.

No hay que olvidar, además, que en las actas aparece que Alejandro Reyes, cuando inició el trabajo codificador penal,

expresamente sostuvo que debía tenerse en consideración el Código Penal de España de 1822, que casi no tuvo vigencia. Lo que ocurre es que el Código español de 1822 es benthamiano, por lo que Bello, por consiguiente, influyó indirectamente en la codificación penal a través de sus discípulos, cuestión que no ha sido especialmente investigada.

La realización y éxito del proceso codificador chileno en el siglo XIX se entiende, primero, por una comunidad de intereses política y cultural de quienes gobernaban la república, pero además por un compromiso político que fue más allá de un gobierno o de otro, pues se trató de un amplio acuerdo político en el sentido de cómo llevar adelante el proceso codificador, a quienes encargárselo -importantes juristas- y cuál era el proceso posterior necesario para promulgar el código.

Hubo también un consenso en el aspecto técnico. Todos estos códigos tuvieron una idea de lo que debía hacerse técnicamente, es decir jurídicamente. La política, de alguna manera, quedó en segundo lugar.

Finalmente, se dio también un consenso básico: qué es lo que resultaba mejor para la época. En todos los procesos posteriores de reformas a la codificación penal -de 1929, 1938, 1946, 2005-, si bien hay un consenso general, también existen ciertas ideas políticas que se quieren traducir en una codificación, enfrentándose.

La necesidad de un nuevo código es innegable, pero quizás los mecanismos para someterlo al Parlamento han atentado en contra de su éxito, puesto que la labor en las comisiones confunde muchas veces y ralentiza todo el proceso. En este caso, se presenta el fenómeno ocurrido con la discusión de 1874, pero ampliándolo en sus efectos. 

⁹ Andrés Bello, *Teoría de la Legislación Universal, según Jeremías Bentham*. Edición al cuidado de Felipe Vicencio Eyzaguirre, Valparaíso, Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2021, 325 + cinco p., ilustr., facsms.



LA IMPORTANCIA DE LA PERSPECTIVA HISTÓRICA EN LA ENSEÑANZA Y APRENDIZAJE DEL DERECHO

► Por **Antonio Dougnac Rodríguez**,
presidente Sociedad Chilena de Historia
del Derecho y Derecho Romano.

Las siguientes palabras, expuestas a través de una carta por el presidente de la Sociedad Chilena de Historia del Derecho y Derecho Romano, dieron inicio al seminario que conmemoró los 150 años del Código Penal.

Este año (2024) nos convoca un evento muy relevante para el sistema jurídico chileno, ocurrido bajo la presidencia de don Federico Errázuriz Zañartu el 12 de noviembre de 1874, pues marcó el nacimiento de un texto que entraría a regir el 1° de marzo del año siguiente y que, aunque sometido a múltiples modificaciones, se encuentra en vigencia hasta nuestros días.

Tan importante efeméride no puede pasar inadvertida para nuestro país y de ahí que la Sociedad Chilena de Historia del Derecho y Derecho Romano se embarcó en una serie de actividades que desarrollamos en conjunto con la Defensoría Penal Pública.

La Sociedad es una entidad fundada en Valparaíso en 1975, por lo que se encuentra próxima a cumplir medio siglo de existencia. Constituida principalmente por académicos de diversas casas de estudio, su objetivo primordial ha sido la incentivación de la investigación en las ramas jurídicas a que se dedicaba, así como la divulgación de los resultados de sus encuentros.

Han sido quince los congresos que ha realizado y en el presente año celebrará el décimo sexto, convocado por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Las actas de sus encuentros han sido publicadas principalmente en las páginas de la Revista Chilena de Historia del Derecho y la Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, vinculadas, respectivamente, a la Universidad de Chile y a la ya reseñada universidad porteña.

CODIFICACIÓN DEL DERECHO

La temática de codificación de nuestro derecho ha sido uno de los que ha prevalecido en el quehacer de nuestra Sociedad. Baste recordar que durante años la presidió el jurista Alejandro Guzmán Brito (q.e.p.d.), quien descolló en 2005 por el brillante congreso internacional celebrado en Santiago con ocasión del sesquicentenario de nuestro Código Civil.

No es este el momento para que me refiera a las vicisitudes que sufrió la elaboración de nuestro Código Penal. Diversos artículos se encuentran en las páginas de esta Revista 93,



pero otros en sus formatos completos se reunirán en una publicación posterior, en donde doctos especialistas traerán a colación en esta conmemoración sus fuentes -principalmente los Códigos español de 1848 en su versión de 1850, más los comentarios de Joaquín Francisco Pacheco, y el belga de 1867, que había sido traducido por Manuel Carvallo-, así como el brillante equipo de juristas que hincó el diente a esta laboriosa tarea bajo la presidencia de Alejandro Reyes Cotapos, en que cabe destacar la redacción de Manuel Rengifo Vial.

Muestra de la aceptación general que recibió el nuevo Código es el hecho de que fuera acogido como legislación propia por Costa Rica y Honduras en 1880.

En este año 2024 organizamos distintas actividades, una ceremonia de apertura y un congreso, que es una de las actividades más relevantes en la vida académica, pues congrega en reuniones periódicas a quienes investigan, con el fin de intercambiar pareceres y conversar acerca de lo que los apasiona -de sus progresos y descubrimientos- en un continuo quehacer que jamás concluye.

En estos congresos o seminarios se hace carne el sentido de comunidad científica, que es la razón primordial de toda universidad -la creación de conocimiento- y se fragua así una cadena, eslabón a eslabón, entre las generaciones pasadas y las presentes, proyectándose al porvenir.

En esta conmemoración nos reunimos no sólo para exponer y discutir sobre los problemas y soluciones relacionados con nuestro derecho penal y el Código que lo sustenta, sino que, yendo más allá todavía, tenemos la posibilidad de volver al pasado e históricamente acercarnos a sus orígenes, cuando la república continuaba la senda codificadora abierta por Bello.

Era un trabajo de lenta modernización de nuestro ordenamiento jurídico, que varias generaciones tomaron como propio y que no concluiría sino tiempo después, con la promulgación del Código de Procedimiento Penal en 1906.

VOLVER A PASAR POR EL CORAZÓN

Así también recordamos lo que entonces se hizo, lo que se discutió, el derecho que nos precedió y el que, desde las páginas de un libro -el Código- nos abrió las puertas a la moder-

nidad jurídica que se ansiaba. Recordar viene del latín *re* (de nuevo) y *cordis* (corazón). Esto es, entonces, ‘volver a pasar por el corazón’ y, por consiguiente, en estos días volveremos a pasar por el corazón lo que fuimos y de dónde venimos, para no olvidar.

Los estudios de derecho son eso: no sólo atender a lo vigente, a la dogmática, sino que, para tener una cabal comprensión científica del fenómeno jurídico, regresar al pasado e históricamente analizarlo.

► “En esta conmemoración nos reunimos no sólo para exponer y discutir sobre los problemas y soluciones relacionados con nuestro derecho penal y el Código que lo sustenta, sino que, yendo más allá todavía, tenemos la posibilidad de volver al pasado e históricamente acercarnos a sus orígenes”.

Porque si aceptamos que el derecho es una construcción cultural, una respuesta de la sociedad de un momento a los problemas de ese momento, no se le puede entender aislado del acontecer de ese entonces, de las ideas imperantes y de las coyunturas culturales, económicas y políticas. Sólo se enseña y aprende derecho realmente si también se incluye la perspectiva histórica del mismo.

Dicho todo aquello y viendo el contenido de lo que realizamos este año, el resultado no puede ser sino muy halagüeño. Las universidades organizadoras directas de este acto -la Universidad de Chile, tres veces secular, y la Universidad Andrés Bello-, junto a la Defensoría Penal Pública, otras casas de estudios superiores que sería largo enumerar y la Sociedad que me honro en presidir, han estado a la altura de lo que el momento les demandaba y ofrecen, hoy y mañana, un acto académico y conmemorativo muy digno, culminación de una serie de eventos ya ejecutados por la comisión a cargo. Mis más sinceros agradecimientos a todos por sus desvelos y esfuerzos. 



Expansión del derecho penal extraterritorial:

¿CONVIENE AL ESTADO AUTOERIGIRSE EN JUEZ GLOBAL?

► Por **Cristián Irrázaval Zaldívar**,
abogado Departamento de Estudios y Proyectos,
Defensoría Nacional.

Hace muchas décadas que el derecho penal está en un proceso de expansión, no sólo en lo que a la criminalización de nuevas conductas se refiere, sino que también en cuanto a la anticipación de la punibilidad y el incremento de la aplicación de penas privativas de libertad cada vez más prolongadas.

Actualmente, esta tendencia expansiva del *ius puniendi* se está manifestando con particular fuerza en otro aspecto: la expansión del derecho penal en el espacio. En efecto, son varios los Estados que han ampliado su jurisdicción sobre hechos extraterritoriales de manera exponencial en las últimas décadas.

Ejemplos concretos de ello son la *Maritime Drug Law Enforcement Act* estadounidense, sobre la base de la cual dicho país reclama jurisdicción sobre todo tráfico de drogas por vía marítima, aun cuando no haya ninguna conexión con Estados Unidos; o el § 6 del *StGB* alemán, que le permite a Alemania castigar delitos tales como la pornografía animal bajo el principio de universalidad.

Esta ampliación exorbitante -contra la cual el derecho internacional público no prevé freno alguno- trae consigo varios problemas, desde conflictos de jurisdicción a problemas para legitimar la norma penal frente a su destinatario.

LA SITUACIÓN EN CHILE

¿Cuál es la situación en nuestro país? Curiosamente -marcando un contraste notorio con otros ámbitos del derecho penal, así como con otros Estados-, el ámbito de la jurisdicción extraterritorial que reclama Chile se ha mantenido relativamente inalterado.

En efecto, desde la entrada en vigencia del Código Orgánico de Tribunales (COT) en 1943, sólo se han añadido tres nuevas hipótesis de jurisdicción penal extraterritorial, a saber: los delitos contra la seguridad interior (art. 6 N° 9 COT), los delitos sexuales (art. 6 N° 10 COT) y la competencia desleal (art. 6 N° 11 COT), además de modificarse las normas del art. 6 N° 2 COT y del art. 6 N° 3 COT para añadir el delito de soborno de funcionarios públicos extranjeros y los delitos contra la salud pública (incluidos los delitos previstos en la ley sobre estupefacientes).



Cabe señalar, sin embargo, que la falta de reformas en esta área parece deberse más a que no está en el radar de los parlamentarios que a una decisión consciente.

CAMBIOS EN EL NUEVO CÓDIGO

No obstante, el nuevo proyecto de Código Penal, actualmente en primer trámite constitucional en la Cámara de Diputadas y Diputados (Boletín 14795-07), contiene al menos dos importantes modificaciones al art. N° 6 COT, imitando la tendencia expansiva ya referida que se observa en el derecho comparado y que consisten en la introducción del así llamado ‘principio de los efectos’ (lugar de efecto fáctico del delito instituye jurisdicción) y en el establecimiento de jurisdicción extraterritorial para delitos contra personas jurídicas constituidas en Chile.

A 150 años de la entrada en vigencia de nuestro Código Penal, parece prudente reflexionar sobre la conveniencia de iniciar un proceso de expansión del derecho penal en uno de los pocos ámbitos en que éste no ha sufrido reformas mayores. 

► “... el nuevo proyecto de Código Penal (...) contiene al menos dos importantes modificaciones al art. N° 6 COT (...) y que consisten en la introducción del así llamado ‘principio de los efectos’ (lugar de efecto fáctico del delito instituye jurisdicción) y en el establecimiento de jurisdicción extraterritorial para delitos contra personas jurídicas constituidas en Chile.”



ANTECEDENTES E INFLUENCIAS DE LA CODIFICACIÓN PENAL EN CHILE

► Por **Bernardino Bravo Lira**¹,

- En el siguiente artículo, el abogado y Premio Nacional de Historia Bernardino Bravo Lira revisa los afluentes jurídicos históricos que, en su momento, aportaron a la construcción del Código Penal chileno de 1874.

¹ Historiador, abogado y académico de la historia del derecho en la Universidad de Chile, ganador del Premio Nacional de historia en 2010.



El siglo XIX puede ser llamado el siglo de la codificación. Por su origen y alcance, no cabe estudiarlo con criterio nacional, es decir reducido a un país determinado, como se ha procedido en España, Portugal y Francia -en Europa en general-, en contraste con el caso de la ‘Europa de los pueblos’ -vale decir Austria, Alemania y Polonia-, donde el enfoque del estudio de la codificación tiende a ser multinacional.

Ahora bien, aunque en Europa central y en América hispánica cada país aspiró a tener sus propios códigos, en ambos casos prevaleció la unidad de la cultura jurídica en estos países, fundada en el *ius commune*. De esta suerte, en Europa se contrapusieron de una u otra forma los diferentes derechos propios, frente a un derecho común de matriz universitaria, el cual, por un lado era considerado universal y, por otro, de vigencia territorial. La vigencia universal del derecho romano, entendido como derecho común, se da por el estudio y pervivencia de la equidad y, por ello, la consecuencia es que regía en todas partes y por eso se llamaba común.

En otras palabras, la distinción entre derecho propio y derecho común radica en que el derecho romano puede regir a título de derecho propio o bien a título de derecho común. Ahora bien, el derecho real, que en Castilla fue considerado derecho común, cumplió tal función más intensamente en el nuevo mundo que en Europa.

Esto explica el papel primordial del estudio y cultivo del derecho común en el nuevo mundo por los jueces, enfrentados a encuadrar jurídicamente un conjunto desbordante de situaciones hasta entonces inéditas, provenientes de la sorprendente diversidad de las Indias.

Contrapunto de esto fueron los múltiples intentos codificadores que siguieron, no siempre felizmente, en su aterrizaje a la realidad. Expuesta la relación entre el papel del juez en el ámbito penal y su formación universitaria en el derecho común, estamos en condiciones de examinar la suerte de los diferentes procesos de codificación penal a uno y otro lado del Atlántico.

VERTIENTES DE LA CODIFICACIÓN PENAL

La codificación del derecho penal discurre en cuatro vertientes, cuyo arranque coincide cronológicamente con el *renversement des alliances* de 1769, obra de los cancilleres austriaco

► “Aunque en Europa central y en América hispánica cada país aspiró a tener sus propios códigos, en ambos casos prevaleció la unidad de la cultura jurídica en estos países, fundada en el *ius commune*”.

co -Kaunitz- y francés -Séchelles-, que puso fin a siglos de rivalidad entre los Habsburgo y los Borbones. Entonces, en la época de la Ilustración se produce este vuelco. Se trata de las dos vertientes de Melo Freire y de Von Zeiller. Melo Freire, hispánica; Von Zeiller, austriaca, cuya conjunción se produjo en Brasil, por obra de un tercer codificador, Vasconcelos, autor del Código Penal de 1827 y del Código Criminal del imperio, de 1830.

Este proceso culminó con el Código español de 1848, cuyo principal redactor fue Manuel de Seijas Lozano. Paralelamente, como contrapunto de las otras dos vertientes -a saber: la codificación toscana, inspirada en Beccaria, y la codificación francesa, en Napoleón; una de ánimo humanitario, contemporánea del proyecto de Melo Freire, y la otra, que rompe la tradición jurídica del arbitrio judicial, en cuanto proclama que la justicia penal debe responder de modo racionalista a una ley que ha de ser “*stricta, scripta y certa*”.

La suerte de estas cuatro vertientes de codificación -portuguesa, austriaca, toscana y francesa- fue claramente dispar. Este es el tema central que nos ocupa, toda vez que su resultado fue más o menos logrado, según la adaptación de cada una a la vida jurídica institucional.

LA FORTUNA DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL DE 1848

El Código Penal español de 1848, que responde a la vertiente portuguesa, tuvo una vasta y duradera proyección desde la península Ibérica hasta la América hispánica y Filipinas. Esta difusión es todo menos que casual, por la unidad del movimiento codificador desde Europa central hasta el extremo del mundo hispánico.

No puede explicarse la fortuna de la codificación penal en España sin remitirse al proyecto de Melo Freire, que arranca de la llamada vertiente portuguesa.

LA OBRA DE MELO FREIRE

Su proyecto de Código Criminal se sostenía en una crítica a las confusas y heterogéneas disposiciones jurídicas vigentes, que comprendía tres aspectos principales. En primer término, la imprecisión y las omisiones que se advertían al tratar de los delitos. En segundo lugar, al rigor de la antigua legislación penal, tan contrario al espíritu de la Ilustración. Y en tercer término, si bien no suprimió, sí censuró el arbitrio judicial y el recurso al derecho romano, que se oponía a la vigencia absoluta del derecho patrio o nacional.

En la elaboración de su proyecto de Código Penal, Melo Freire no tuvo a la vista ninguna obra análoga, porque no había otras anteriores y, las que eran contemporáneas, vieron la luz después de terminada la suya y por eso fue el primero de Europa. Un rápido vistazo a la bibliografía que empleó revela su conocimiento de los juristas provenientes de todo el continente, muchos de ellos contemporáneos suyos, además de americanos como Lardizábal y Uribe e iberoamericanos como Juan Francisco de Castro y Valentín de Foronda.

LA INFLUENCIA PORTUGUESA EN LA CODIFICACIÓN PENAL HISPÁNICA

Como se ha dicho, el segundo Código Penal de España es obra de Manuel de Seijas Lozano, quien en muchos puntos siguió el mencionado Código Penal de Brasil, el cual -a su vez- deriva de la obra de Melo Freire.

La virtud de Seijas Lozano estuvo en no seguir la legislación francesa, ya que, como él mismo afirmaba, era “el peor de todos los códigos”. De esta suerte, dio con con la superioridad de la vertiente portuguesa, la que acogió como un claro contrapunto al impulso ciego de Europa de adaptar la legislación francesa. Al respecto, como sabemos, no se privó de decir “en cambio, el pueblo que creíamos más atrasado es el que se ha dado la legislación más adelantada, el mayor código del mundo, el código de Brasil”.

Brasil no obedeció al impulso ciego que arrastró a Europa a adoptar la legislación francesa. Seijas Lozano buscó afirmar la significación de lo propio y su eficacia al modo de Brasil, por sobre la importación de novedades con tendencias refundacionales. Se trató, entonces, de un código puramente español.

► “La virtud de Seijas Lozano estuvo en no seguir la legislación francesa, ya que, como él mismo afirmaba, era “el peor de todos los códigos”. De esta suerte, dio con con la superioridad de la vertiente portuguesa, la que acogió como un claro contrapunto al impulso ciego de Europa de adaptar la legislación francesa”.

IRRADIACIÓN DEL MODELO PENINSULAR IBÉRICO EN EL MUNDO

El código de Seijas Lozano se hizo célebre a través de los comentarios del penalista español Juan Francisco Pacheco y fue adaptado por varios países del mundo hispánico, tales como El Salvador, Perú, México, Venezuela, Chile, Nicaragua, Costa Rica, Honduras y, a fines del siglo XIX, se extendió su vigencia a Cuba, Puerto Rico y Filipinas.

En suma, a *contrario sensu* de quienes señalan como gran causa ejemplar a Beccaria y los intentos franceses, el influjo de Melo Freire a través de Seijas Lozano dio la vuelta al mundo a través de las codificaciones penales.

VON ZEILLER Y LA VERTIENTE AUSTRIACA

En consonancia con el mundo hispánico, el genio austríaco respondió a la valoración del papel del juez al momento de - como reza en las Partidas- “mantener a los vasallos en paz y en Justicia”. De esta suerte, uno de los grandes aciertos de Von Zeiller fue dejar entregada la pena casi completamente al arbitrio judicial bien regulado.

En el Código Penal español de 1848 se deja en evidencia el sentido y el alcance de la graduación de los atenuantes, agravantes, eximentes y dirimentes, cuya clave es la competencia y pericia del juez. Nos encontramos, pues, con un empalme entre lo portugués y el resto del mundo hispánico con lo austríaco, que se refleja en los procesos de codificación penal, la cual pervive hasta nuestros días en el Código Penal chileno.



Esto nos conduce a poner los principios del derecho penal liberal en el lugar que les corresponde, toda vez que, a primera vista, su consonancia con el proceso de codificación dista de lo que suele afirmarse generalmente en la manualística.

LA SUERTE DEL MODELO TOSCANO Y FRANCÉS

La suerte del modelo toscano y francés es opuesta. El modo en que se acogió la obra de Beccaria en los diversos reinos de la península itálica y Europa, contrastó con el intento revolucionario, dirigido a aminorar la dureza de la pena de su tiempo. Si bien introdujo cambios como la abolición de la pena de muerte, implicó un aterrizaje con variantes. Es más, tras pasar por la búsqueda de la pena perfecta y la lectura cabal de los motivos que inducen a la comisión del crimen, que en su momento fue un afán igualitarista y humanitario, terminó por transformarse en determinista y sectario.

De esta suerte, el modelo toscano, que otrora abolió la pena de muerte, se vio enfrentado al determinismo criminal de Lombroso y, posteriormente, al recrudescimiento de las penas bajo el totalitarismo de Mussolini, lo que lo colocó frente a la criminalidad por raza, extremada con la búsqueda de penas positivas unicomprendivas y capaces de aplicarse en todo tiempo y lugar, al margen de la *prudentia juris*.

No menos sorprendente es la suerte del modelo francés, el cual, además de haber servido para pasar por la guillotina a muchos de los que lo formularon, experimentó múltiples modificaciones a lo largo del siglo XIX, a tono con articulaciones de un Estado que pretendía buscar la libertad, la igualdad y la fraternidad a punta de bayonetas, desde el intento de con-

quistar toda Europa, los ensayos de república, la Segunda Guerra Mundial y los juicios por los crímenes de guerra.

COROLARIO

Si hay algo que llama la atención, es la tendencia generalizada de los penalistas de las líneas toscana y francesa a buscar una suerte de penalidad ideal y general, de aplicación amplia a todos los casos que se presentan, a través de lo que entienden por reconstrucción fáctica de los hechos, práctica ajena -muchas veces- a la realidad material y, por tanto, desconectada de la razón de ser de las personas.

Así, fuera del mundo hispánico, la codificación penal entró en un declive, cuyos principales orquestadores saltaron de la culpa, justificación y exculpación con el reconocimiento del acto libre y responsabilidad a la antedicha reconstrucción fáctica de los hechos, bajo esquemas de moral intersubjetiva al modo kantiano, hoy superados por esquemas de la filosofía posmoderna, como Foucault, o peyorativamente, que son los llamados conceptos jurídicamente indeterminados, lo que no puede menos que pugnar con la realidad a la que responde el más que milenar principio de reparación del derecho retributivo.

Duro es decirlo, pero hay que reconocer que si hay algo defectuoso en nuestra política penal, se lo debemos a la infiltración de estos esquemas toscano y francés. En suma, podemos decir que la positivación del derecho penal comprendió intentos para salir del marco del arbitrio judicial, unos más felices que otros, los que no pueden menos que exaltar la sorprendente estabilidad y la continuidad del esquema penal en el mundo hispánico. 



EL EFECTO EXPANSIVO DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO DOMÉSTICO Y LA INTERPRETACIÓN JUSTA

► Por Alejandra Castillo Ara¹

- La autora de este artículo advierte el peligro de una creciente interpretación expansiva de los derechos humanos, a partir de un control de convencionalidad en abstracto, que excede el ámbito de los tratados internacionales vinculantes y recoge otras reglas, principios o lineamientos.

¹ Abogada, *Legum Magister* (LL.M.) y doctora en derecho (Dr. Iur.) *Albert-Ludwig-Universität Freiburg*. Académica y directora del Departamento Penal de la Universidad Diego Portales (UDP)



I. POPULISMO, CASTIGO Y DOGMÁTICA

El Código Penal chileno ha experimentado múltiples modificaciones en los últimos 20 años. Las reformas han sido realizadas para adaptarse a cambios sociales y jurídicos, abordando desde la tipificación de nuevos delitos hasta ajustes en las penas y procedimientos.

En particular, se han introducido modificaciones relacionadas con delitos de abuso sexual, corrupción, terrorismo, medioambiente y género, entre otros. Las modificaciones más recientes se han centrado principalmente en tres aspectos fundamentales.

Primero, una tendencia al endurecimiento de penas y a la rigidez de los marcos jurídicos, así como criterios de imprescriptibilidad para ciertos delitos. Segundo, la celeridad de las modificaciones, muchas veces reaccionarias a un caso concreto, instaurando desde hace ya un tiempo lamentables leyes con los nombres de las víctimas: “Ley Zamudio”, “Ley Antonia”, “Adriana”, “Gabriela”, “Naín- Retamal”, “Cholito”, etcétera. Lamentables, pues pareciera que se tratara de normativa *ad-hoc*, y porque deja la ineludible sensación de revictimización de quien inspira la regulación.

Y tercero, por ser un avance legislativo que se orienta a la víctima.

Es decir, se trata, en casi todos los casos, de modificaciones tanto sustantivas como adjetivas (ejemplo claro de ello es la denominada “agenda de seguridad”, especialmente el Boletín N°15.667-07, de la mano del crimen organizado) de un enfoque situado en las víctimas donde, de la mano de los pánicos morales y la identificación de un grupo como ‘el enemigo’, se da paso a la fórmula perfecta (y perversa) para lograr modificaciones legislativas técnicamente deficientes, materialmente ineficaces, con impacto político transitorio pero útil, de la mano de promesas preventivas y represivas que no se cumplen. En definitiva, medidas que defraudan a las mismas víctimas que dicen pretender proteger (Cigüela, *Populismo*, p. 4).

La pregunta es si dentro de este fenómeno de reacción legislativa y de política criminal basada en las víctimas como agente conmovedor, ¿queda espacio a la dogmática? Entendida en su concepción clásica como aquella que se ha caracterizado por una cavilación más bien mesurada y reflexiva, que permite dotar de sentido a las disposiciones ahí donde el bra-

▶ “Primero, una tendencia al endurecimiento de penas y a la rigidez de los marcos jurídicos, así como criterios de imprescriptibilidad para ciertos delitos. Segundo, la celeridad de las modificaciones, muchas veces reaccionarias a un caso concreto, instaurando desde hace ya un tiempo lamentables leyes con los nombres de las víctimas”.

zo del legislador no alcanza, entregando “un control racional” al derecho penal (Van Weezel, *Curso*, 2023, p. 18).

A su vez, si bien es correcto que una de las muchas funciones del derecho penal sea su rol expresivo y comunicativo, en tanto normas de comportamiento (primarias) y sanción (secundarias) dirigidas a destinatarios primarios (ciudadanos y ciudadanas) y secundarios (órgano adjudicador), es también una herramienta de *ultima ratio*, donde el castigo se impone a comportamientos que revistan una cierta gravedad y no para conductas que sean meras bagatelas.

El fundamento es el denominado *neminem laedere* y, en algún grado inferior, la solidaridad, pero esencialmente se trata de un deber negativo de no dañar a otras personas, no afectar los denominados bienes jurídicos de terceros. Dada la consecuencia penal tanto en cuanto norma de conducta -que implica una restricción en las esferas de autonomía-, así como en sus consecuencias, que implica también restricción en la esfera de autonomía intensificada, especialmente, a la libertad -si se trata de una pena privativa de ésta-, la legitimación de la conminación y de la imposición de la pena es y debe ser exigente, pero además consistente sistemáticamente.

Es decir, la prelación de las sanciones que se imponen a las conductas debe ser escalafonada atendiendo a los criterios de gravedad de estas conductas, un análisis de proporcionalidad que legitime la intervención punitiva (necesidad, idoneidad y proporcionalidad *stricto sensu*), cuestión que hoy no necesariamente se cumple.



Pero, junto con el fenómeno del populismo perverso, muchas veces este se ampara en la existencia de mandatos o compromisos supranacionales como criterios fundamentadores y, a veces, de apariencia irrefutables para la vía penal, ya sea conminando lo conminable o endureciendo lo endurecible.

Para analizar el problema de la conminación de normas en respuesta a estos compromisos supranacionales se tomarán dos ejemplos emblemáticos en la materia: la tortura y el femicidio.

II. LA TORTURA Y EL FEMICIDIO Y SUS FIGURAS ASOCIADAS COMO MANIFESTACIÓN DEL MODELO DE TIPIFICACIÓN EXTREMO

La Ley N° 20.968, de 2016, reestructuró el delito de tortura (arts. 150 A, 150 B y 150 C CP), e introdujo un cambio significativo al integrar en la sistemática de estos delitos un tipo penal nuevo, con menor pena, de apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, que recogería conductas que no alcancen el baremo de la tortura (arts. 150 D, 150 E y 150 F CP), modificado a su vez el art. 255 CP sobre vejación injusta, configurando lo que Hernández denomina “un

continuo de ilicitud con grados decrecientes de gravedad” (Hernández, *Vejación injusta*, p. 794).

La tortura y los denominados “otros tratos” son tipos penales cuyo contenido se remite al derecho internacional de los derechos humanos. En este ámbito, son tratados internacionales vinculantes para Chile en la materia el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), así como la ‘Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes’ (UNCAT) y la ‘Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura’ (CIPST), instrumentos que si bien contemplan consecuencias jurídicas diversas para los distintos casos, no definen ni delimitan entre sí las distintas categorías (Hernández, *Tortura*, p. 535).

La dificultad de delimitación de estas conductas, por ejemplo, situando la gravedad de éstas como baremos definitivos, no resulta operativa. El mismo Comité contra la Tortura (CAT) no ha sido consistente en la delimitación de estas conductas y ha desechado a la gravedad como criterio. Si bien el



Estado chileno cumple su obligación mediante la tipificación de la tortura como delito (art. 4 UNCAT), la falta de claridad conceptual de los contornos de cada figura se adoptó de manera irreflexiva, reflejando lo que sería el cumplimiento del “deber extremo de tipificación” del núcleo regulatorio de la norma supralegal (Bascuñán, Derechos fundamentales, p. 63).

Un segundo ejemplo de cumplimiento de mandato regulatorio supralegal mediante, de nuevo, la adopción del “deber extremo de tipificación”, viene dado por la regulación en materia de femicidio, especialmente de suicidio femicida, donde el legislador penal adoptó de manera casi idéntica, en el nuevo art. 390 *sexies* CP, la definición de violencia de género consagrada en la Convención Belem Do Pará, pero con una novedad relativa a la omisión, que reza así:

“Se entenderá por violencia de género cualquier acción u omisión basada en el género, que causare muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, donde quiera que esto ocurra, especialmente aquellas circunstancias establecidas en el artículo 390 *ter*”.

Tipificación que cumple con una doble función: responde al caso concreto de una persona que se quitó la vida luego de ser víctima de violación y se lee como el cumplimiento de compromisos internacionales del Estado de Chile que, es cierto, al inicio de su regulación fue considerado como poco enfático o “tímido” en los albores del femicidio del 2010 (Corn, *Revolución*, pp. 103 ss.), pero que hoy descolla por su falta de timidez.

Si esta definición amplia más detallada de la violencia de género tenía pretensiones de abrazadera de hipótesis plausibles, termina por recoger supuestos tan confusos como improbables, como la posibilidad de la violencia sexual omisiva. Así también, plantea dos problemas ulteriores: el uso de la voz violencia a nivel político y su uso a nivel jurídico y esencialmente penal. ¿Es violencia todo lo que queda bajo el baremo delictivo o es violencia un metaconcepto que comprende todo delito y comportamientos inferiores incluso de bagatela?

La primera lectura es más coherente con un sistema penal de *ultima ratio*; la última, con un populismo que tiende a la sobreinclusión del concepto, pero sin considerar las consecuencias penológicas que ello puede implicar. Lo segundo es una lectura funcional del concepto “violencia de género”, a la luz

► “Se trata, en casi todos los casos, de modificaciones tanto sustantivas como adjetivas (...) de un enfoque situado en las víctimas donde, de la mano de los pánicos morales y la identificación de un grupo como ‘el enemigo’, se da paso a la fórmula perfecta (y perversa) para lograr modificaciones legislativas técnicamente deficientes, materialmente ineficaces, con impacto político transitorio pero útil, de la mano de promesas preventivas y represivas que no se cumplen”.

de la nueva regulación de la Ley N° 21.675, que estatuye medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia de género y que incorpora en su art. 6 nueve tipos de violencia de esta naturaleza.

III. LA SOLUCIÓN INTERMEDIA SOBRE EL LLAMADO CONTROL DE CONVENCIONALIDAD COMO BAREMO INTERPRETATIVO, AUN CUANDO ELLO IMPLIQUE INTERPRETACIONES CONTRA LEGEM

Siguiendo con el efecto expansivo de los derechos humanos y su impacto en el derecho interno, nos encontramos ya no con modificaciones normativas en sentido estricto, sino que con interpretaciones normativas abiertamente contrarias al principio de legalidad, sin ningún miramiento a los cánones interpretativos indiscutidamente admisibles (aun cuando algún grado de discusión pueda existir sobre su prelación).

Esto es lo que ha ocurrido con la interpretación del Tribunal Oral en lo Penal de Iquique y la sentencia de la Corte de Apelaciones que anula el juicio correspondiente (Rol 321-2023), donde luego de considerarse que el femicidio íntimo del 390 bis CP no aplicaba a mujeres trans y se anulara la sentencia,



la nueva resolución -obviando el criterio formal que provee la Ley N° 21.120 sobre identidad de género y el derecho al cambio registral- resuelve extendiendo la letra de la ley en una interpretación por analogía *in malam partem* (en contra: *Girao, Mujer*, pp. 905 ss.) y haciendo uso del denominado “control de convencionalidad”, esto es, la interpretación de las normas internas a la luz de los tratados y lineamientos internacionales, en este caso, la Convención Belém do Pará y los Principios de Yogyakarta.

Que las personas trans sean un grupo vulnerable, al igual que las mujeres, creo que es algo que nadie discute, especialmente porque se trata de un grupo que, salvo las citadas reglas, carece de tratados internacionales vinculantes. Pero que sea el mismo nivel de protección y que no exista algún tipo de sustrato formal para saber quién es hombre y mujer, especialmente con la técnica legislativa adoptada por el legislador nacional, donde usa de tipos especiales limitados a “hombre” y “mujer”, para luego hacer alusión de manera diferenciada al “género” (ejemplo de esto es el art. 390 *ter* N° 4 CP), pareciera no ser una interpretación ni sistemática ni teleológica viable.

IV. ¿ES PLAUSIBLE FLEXIBILIZAR PRINCIPIOS SACRIFICANDO LA FORMALIDAD DE CARA A LA MATERIALIDAD?

A la luz del ejemplo citado sobre la interpretación extensiva del término “mujer” y su eventual infracción al principio de

legalidad, surge la pregunta de si los principios rectores de la dogmática penal deberían retroceder o flexibilizarse para abarcar situaciones que pudieran parecer o representar injusticias concretas. La respuesta es negativa.

La razón es que cualquier concesión en cuanto a la apertura del principio de legalidad no es más que una aceptación del relativismo penal. Permitir tal apertura implica una banalización de la norma y una deslegitimación del castigo. Si esto no se reconoce como la vulgarización y la muerte definitiva de la dogmática penal, entonces carece de denominación adecuada. La dogmática penal, como la hemos entendido hasta ahora, debe seguir siendo una herramienta de racionalidad y no de visceralidad.

Esta perspectiva subraya la importancia de mantener la claridad y precisión en la aplicación de las normas penales, evitando interpretaciones que puedan comprometer los principios fundamentales del derecho penal, como la legalidad y la proporcionalidad.

La dogmática penal debe preservar su integridad y no sucumbir a presiones que busquen su flexibilización en aras de abordar casos específicos que, aunque puedan parecer injustos, no deben comprometer la estabilidad y la coherencia del sistema jurídico. 

Bibliografía inicial:

- Bascuñán, Antonio** (2007): “Derechos fundamentales y derecho penal”, revista de estudios de la justicia n° 9, p. 47-74.
- Cigüela, Javier** (2020): “Populismo penal y justicia paralela: un análisis político-cultural”, revista electrónica de ciencia penal y criminología, pp. 22-12, 1-40.
- Hernández, Héctor** (2021): “La tortura en el derecho penal chileno y el riesgo de su banalización” en:
- Couso, Jaime; Hernández, Héctor y Londoño, Fernando** (Eds.); “Justicia criminal y dogmática penal en la era de los derechos humanos. estudios en homenaje a Jorge Mera Figueroa”. Santiago: Thomson Reuters, pp. 511-564.
- (2023): “El delito de vejación injusta como límite inferior de los agravios contra las personas infligidos por empleados públicos” en: **Oliver, Guillermo; Mayer, Laura; Vera, Jaime** (Eds.). “Un derecho penal centrado en la persona”. libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Collao, tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp. 789-812.
- Van Weezel, Alex** (2023): Curso de derecho penal. Santiago, Ediciones UC.



BAJO PROMESA



IMÁGENES DE UN DOCUMENTO HISTÓRICO

En el Archivo Nacional Histórico se encuentran conservados los documentos originales del proceso legislativo que culminó con la promulgación del Código Penal.

Particularmente importantes, por su significado histórico e institucional, resultan el Mensaje enviado por el Ejecutivo al Congreso, la aprobación por el Consejo de Estado y la promulgación, hecha por el presidente Federico Errázuriz y el ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública, José María Barceló, el 12 de noviembre de 1874.

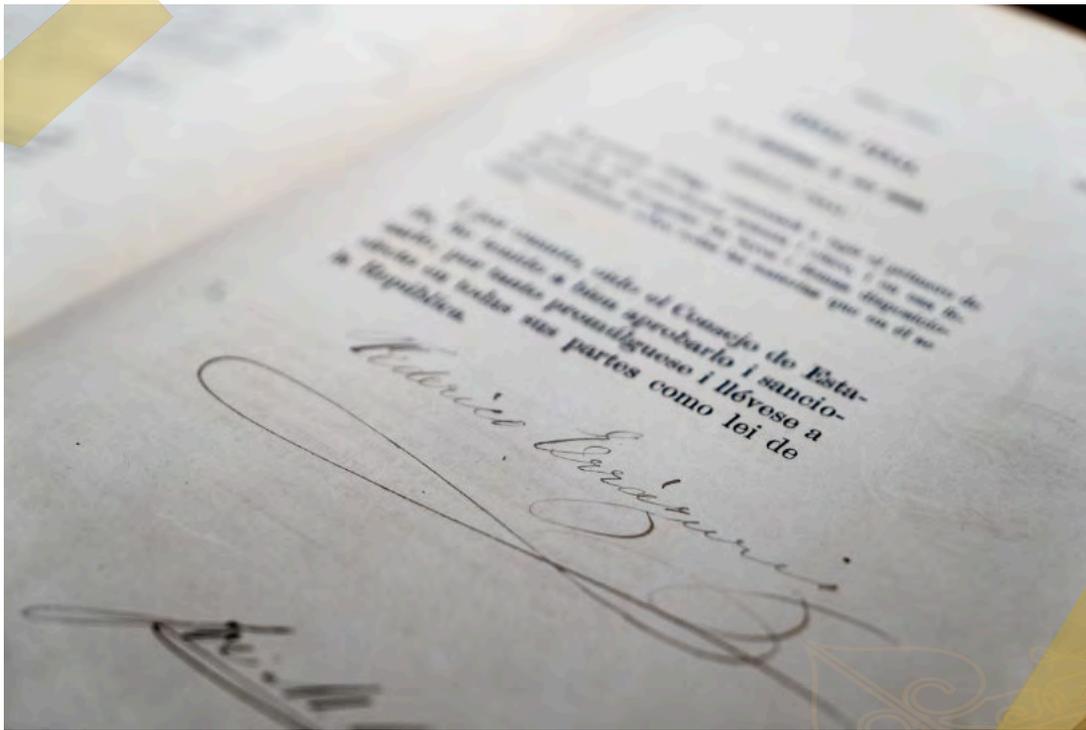
Se trata del primero de los tres códigos sustantivos decimonónicos de nuestro país, que tuvo una larga tramitación en el Congreso Nacional, pues los dos anteriores -el Civil, de diciembre de 1855, y el de Comercio, de noviembre de 1865- fueron aprobados con tramitaciones expresas.

El penal fue también el primero de nuestros códigos en que el Congreso le hizo cambios al texto enviado por el Ejecutivo, especialmente en temas vinculados con la relación entre la Iglesia y el Estado.

► Texto: **Claudia Castelletti Font**,
abogada Departamento de Estudios y Proyectos,
Defensoría Nacional.

► Fotos: **Aliosha Márquez Alvear**,
fotógrafo de la Defensoría Penal Pública.







EL DESAFÍO DE REPENSAR NUESTRAS NORMAS PENALES

► Al inaugurar el seminario “A 150 años del Código Penal, su historia en tiempos de cambio”, el ex ministro de Justicia y Derechos Humanos, Luis Cordero Vega –actual subsecretario del Interior- ofreció un pequeño discurso, que “Revista 93” reproduce en las siguientes líneas.

► Por **Luis Cordero Vega**,
ex ministro de Justicia y Derechos Humanos,
actual subsecretario del Interior.

El aniversario N° 150 del Código Penal se plantea como un espacio de reflexión respecto del estado del derecho penal y de los idearios codificadores que inspiraron su dictación.

Todo esfuerzo codificador es sólo una manifestación de un proceso de fijación del derecho, como señala Alejandro Guzmán Brito, a propósito de los distintos modelos que se han ido desplegando en nuestra historia. En sus reflexiones, este jurista explica que toda fijación aspira a la unificación del derecho, por la vía de recoger todo o una parte de sus reglas positivas, como también las ideas jurídicas preexistentes que critican e interpelan dichas fuentes normativas, como conjunto de ideas de *lege ferenda*.

En nuestro contexto, como señalara el profesor Bernardino Bravo, el movimiento codificador comenzaría en 1837 con las leyes marianas, que habrían definido las líneas fundamentales de la codificación ulterior, siguiéndole el Código Civil de

1855, el de Comercio (1865), el Penal (1874) y el de Minería (1874 y 1888).

De esa forma, nuestro Código Penal de 1874 fue un ejemplo de los procesos codificadores del siglo XIX, inspirados por una nueva ideología jurídica reformadora, ínsita de las ideas racionalistas de la época.

UN MUNDO DISTINTO

A 150 años de eso, vemos que nuestro sistema penal sustantivo difiere con creces de aquel producto decimonónico, especialmente en lo referido a la parte especial. A mi parecer, esto no refleja un defecto interno de nuestro Código, sino que vivimos en un mundo trascendentalmente distinto al cristalizado en dicho proyecto. Nuestra sociedad actual enfrenta nuevos desafíos de convivencia, ideales e intereses que merecen un esfuerzo de repensar nuestras normas penales, de tal forma de que protejan los valores esenciales para nuestra comunidad.



Esta tensión entre nuestras reglas positivas y los nuevos valores e intereses de nuestra sociedad ha ido generando proyectos codificadores desde el primer tercio del siglo XX y hasta el actual proyecto de nuevo Código Penal, en tramitación en nuestro Congreso Nacional. Estos esfuerzos codificadores han ido en paralelo de un -cada vez más- acelerado proceso legislativo de sucesivas reformas, que sólo develan esta presión normativa por un cambio profundo.

En efecto, tal como lo dijera Guzmán Brito al analizar la historia codificadora en Occidente, los juristas, políticos y pensadores criollos de la época adoptaron una actitud crítica de la gran masa de derecho plural que, por un lado, denunciaba los defectos formales o técnicos del ordenamiento y, por otro lado, juzgaba la incongruencia de los principios y soluciones de ese derecho y de su institucionalidad, a la luz de los nuevos ideales racionalizadores de dicho período.

Actualmente, nuestro sistema penal sustantivo se ve enfrentado a esta misma crítica técnica y material, especialmente a través del esfuerzo de nuestros académicos, en la medida en que el incesante avance de leyes especiales ha trastocado la congruencia y la certeza de las normas consagradas en el Código Penal de 1874. Nuestro derecho penal ha proliferado al margen del Código Penal, no sólo en leyes “extravagantes”, sino también tensionando los márgenes de la ley expresa.

Así, vemos esta tendencia en el recurso a estructuras y teorías que, en rigor, no tienen consagración legal expresa, sino que han surgido y se han sustentado en ideas dogmáticas que se anclan en categorías generales que se han reconstruido a partir del Código Penal de 1874. Así, por ejemplo, estructuras de imputación tales como la comisión por omisión, o de exención de responsabilidad, como el error de prohibición, ampliamente reconocidas en la doctrina y la jurisprudencia, han logrado pasar a ser parte de nuestro derecho penal, sin que, a su vez, la legislación penal les haya dado reconocimiento positivo.

LEYES ESPECIALES

Esta presión por un cambio normativo ha llevado no sólo a la insistencia en la necesidad de un nuevo Código Penal, sino que, en algunos casos, derechamente a adelantar la incorporación de ciertas instituciones de estas propuestas al derecho vigente a través de leyes especiales.

► “... el incesante avance de leyes especiales ha trastocado la congruencia y la certeza de las normas consagradas en el Código Penal de 1874. Nuestro derecho penal ha proliferado al margen del Código Penal, no sólo en leyes “extravagantes”, sino también tensionando los márgenes de la ley expresa”.

En el último tiempo, por ejemplo, la ley de crimen organizado (Ley N° 21.577) y la ley de delitos económicos (Ley N° 21.595) han incorporado ideas renovadoras para nuestro sistema penal, como son la actualización del sistema de multas, la modernización del estatuto del comiso, la generación de mayores reacciones en el ámbito de los delitos cometidos por personas jurídicas o la ampliación del catálogo de inhabilitaciones, inspirándose en las propuestas académicas del anteproyecto de Código Penal de 2018.

Con esto, la sanción penal, que en el esquema original del Código se estructura a través de las penas privativas de libertad, se ve complementada por el uso de penas y otras consecuencias de naturaleza pecuniaria, que se ajusten a la capacidad económica de condenado y sean efectivamente representativas del reproche por el injusto cometido.

Estas innovaciones, sin embargo, en su gran mayoría, se han restringido a ámbitos delictivos particulares, como los delitos económicos, por lo que cabe preguntarse si no debiésemos -más bien- propender a una revisión más amplia y quizás ambiciosa de nuestro sistema general de determinación de penas, que se ajuste a estas ideas.

En efecto, el proyecto de nuevo Código Penal incluye un sistema general de determinación de penas que incorpora el sistema de días-multas y le da énfasis al uso de penas restrictivas de libertad o pecuniarias para ciertos delitos de menor gravedad, que permiten superar la estructura original de recurrir necesariamente a penas privativas de libertad.



Así, se consagraría un tránsito más coherente entre penas de cumplimiento en el medio libre a penas privativas de libertad que se ajusten a la gravedad del delito cometido, que es esencial para evitar el uso indiscriminado del régimen carcelario.

RENOVAR, REESTRUCTURAR Y RESIGNIFICAR

En este sentido, es patente que la pregunta sobre la codificación, entonces, no se refiere simplemente a la reunificación o reordenación de leyes penales, sino que se trata sobre renovar, reestructurar y resignificar la legislación penal a un todo armónico, sistemático y también moderno. Como se adelantó, los procesos codificadores se sustentan en la relación entre la recopilación del derecho vigente y las ideas dogmáticas que impulsan su transformación y mejoramiento.

En este marco, parafraseando una reflexión de Gonzalo Figueroa Yáñez a propósito de los 150 años del Código Civil, ¿qué hacer con el vetusto Código Penal a 150 años de su promulgación?, ¿es ésta una hora de celebración o una hora de réquiem?, ¿de trascendencia o de decrepitud?

Si bien la respuesta a estas preguntas probablemente será materia de discusión en estos dos días de reflexión, me parece importante destacar que, aunque sea una tarea difícil y de largo aliento, la pretensión de dotar a Chile de un nuevo Código Penal se ha mantenido vigente, y así ha sido recogida por este Gobierno, como una tarea de Estado. Todos estos años de esfuerzos han quedado sintetizados en el proyecto de nuevo Código Penal que hoy se encuentra en discusión en el Congreso.

Este no sólo es producto de la dedicada e intensa reflexión académica sostenida por diversas comisiones en las primeras décadas de este siglo, sino también de un arduo trabajo del Estado, a través de sus distintos ministerios, servicios e instituciones, en las sucesivas administraciones.

En efecto, la generación de leyes, su trasfondo y las discusiones políticas y de política pública que están detrás, vinculan a la academia con actores claves que se relacionan con los problemas prácticos y complejos que enfrenta cada sector. Y es central que sea así, pues una reestructuración de nuestro sistema penal requiere combinar el mejor estándar teórico con una aproximación práctica a los desafíos institucionales y sociales que se desprenden de la criminalidad actual.

Es por esto que el proyecto representa un todo sistemático, de amplio consenso de visiones tanto teóricas como prácticas, que esperamos continúe su tramitación y que aquello mantenga y concrete el anhelo de tantas décadas por dar sistematicidad y coherencia a nuestro derecho penal, aún o por sobre todo cuando pareciera que la tendencia es un populismo penal exacerbado.

Así, y como ya se reconocía en el mensaje del Código Civil: “Muchos de los pueblos modernos más civilizados han sentido la necesidad de codificar sus leyes. Se puede decir que ésta es una necesidad periódica de las sociedades”. 



RAZONES PARA SOBREVIVIR A LA USURA DEL TIEMPO

► En el siguiente texto, su autor explica que el Código Penal chileno es “el más antiguo en lengua castellana y el tercero en vejez de los Códigos occidentales”, contexto en que revisa sus principales fuentes de inspiración, entre ellas el liberalismo político, el iluminismo y el racionalismo, entre otras.

► Por **José Luis Guzmán Dalbora**,
doctor en derecho y académico.



El viejo Código Penal chileno ha logrado resistir tenazmente a la usura del tiempo. Prescindiendo de las numerosas reformas, como también de la legislación penal que vaga extramuros de su articulado, el Código mantiene en pie lo medular de su estructura y orientación.

Las mudanzas habidas en la sociedad chilena -una guerra internacional, otra civil, dos dictaduras militares, el acceso al poder gubernamental de la clase media, la irrupción de tendencias políticas que llevaron ideas de izquierda a la conducción del país, la expansión demográfica de la capital y otras ciudades, fenómeno que formó en su interior un enorme número de personas marginadas; el tránsito desde el capitalismo agrario-feudal basado en el latifundio, pasando por una etapa de Estado interventor y promotor de la industrialización y movilidad social, hasta la acentuación actual de un capitalismo desenfrenado- no han herido la clave de bóveda del viejo Código, como si el tiempo se hubiese detenido en torno de él.

De hecho, las modificaciones más significativas se mantienen al margen del Código, precisamente porque introducen sistemas penales diferenciados que, de haber sido inseridos en su texto, habrían descalabrado el afán de igualdad ante la ley y otros principios que lo animaron. Al celebrar su sesquicentenario, repasemos brevemente sus matrices ideológicas y los antecedentes de su preparación, que se remontan a algunas décadas antes de 1874.

A poco andar la independencia de Chile se hizo sentir la necesidad de dictar leyes especiales sobre ciertas materias penales, tanto por la vetustez e inhumanidad de las disposiciones peninsulares, cuanto por exigencias propias de las nuevas condiciones del país. Paralelamente, por iniciativa gubernamental, se dieron varios intentos codificadores en 1823, 1826, 1828, 1831 y 1840, los que debían comprender también el área criminalista.

Quedaron, sin embargo, infructuosos, lo mismo que los emprendidos en 1846 y 1852, cuando el Gobierno nombró una comisión encargada de formar un proyecto de Código Penal y otro de procedimiento penal, la que debía apoyarse para el efecto en el nuevo Código Penal de España. Fracasadas dichas iniciativas, en 1855 el Gobierno confió la tarea a un solo jurista, Manuel Carvallo, quien realizó el trabajo, aunque dejándole incompleto, y, sobre todo, siempre por indicación de la autoridad, tradujo al castellano el Código Penal belga, de 1867.

► “A poco andar la independencia de Chile, se hizo sentir la necesidad de dictar leyes especiales sobre ciertas materias penales, tanto por la vetustez e inhumanidad de las disposiciones peninsulares, cuanto por exigencias propias de las nuevas condiciones del país”.

Este último dato es importante en la génesis del Código Penal. En efecto, en 1870 el Gobierno constituyó una nueva comisión, instándola a que tomara como base de sus discusiones el Código Penal belga, por considerarlo superior a cualquier otro de los aprobados durante aquellas décadas en Europa. Sin embargo, la comisión redactora disintió del parecer oficial y decidió tomar como modelo el Código Penal español de 1848-1850.

Éste pasó a ser así la fuente principal del que se redactaría. La comisión realizó su tarea lenta y cavilosamente desde marzo de 1870 a octubre de 1873. El proyecto que elaboró fue aprobado sin grandes modificaciones por el Congreso en 1874, y el Código Penal empezó a regir los destinos de la sociedad chilena el 1° de marzo de 1875.

ETAPA CLÁSICA DEL DERECHO PENAL

Por su época, sus fuentes de inspiración y las ideas políticas que predominaron en Chile durante la segunda mitad del 1800, se comprenderá que el Código pertenece a la etapa clásica del derecho penal. De hecho, convergen en él ostensibles muestras del derecho penal liberal, tal como se entendía entonces el liberalismo político y su precipitado punitivo, ambos basados en el individualismo abstracto de la ideología del Iluminismo dieciochesco y la obra de reforma que éste inauguró, lamentablemente incompleta en el postulado de humanización de la atroz materia.

El afán individualista e igualitario anima su concepción de la responsabilidad criminal, donde el eje de la imputación son actos precisos y acotados del sujeto, no la estimación de su personalidad ni de su trayectoria vital. También el juicio de culpabilidad toma como fulcro el acto delictuoso e influye en el proceso de conmensuración de la pena, siquiera maculen el texto algunos delitos calificados por el resultado, sospechas

de delito, responsabilidad por hechos ajenos y una fórmula muy anticuada de la inimputabilidad.

El racionalismo explica la reiterada previsión del principio de legalidad de delitos y penas, amén de la estructura cerrada de la inmensa mayoría de los tipos, y, aliado con el pensamiento retributivo, está también detrás de un minucioso y nutrido sistema de penas, unos extensos catálogos de circunstancias atenuantes y agravantes y un complejo mecanismo en la formación de los márgenes penales concretos de las infracciones.

► “La comisión realizó su tarea lenta y cavilosamente desde marzo de 1870 a octubre de 1873. El proyecto que elaboró fue aprobado sin grandes modificaciones por el Parlamento en 1874, y el Código Penal empezó a regir los destinos de la sociedad chilena el 1° de marzo de 1875”.

En seguida, liberalismo y racionalismo fundamentan la marcada desconfianza del Código en el arbitrio judicial, pero también el esfuerzo por proporcionar las puniciones a la gravedad abstracta de los delitos, tomando en cuenta para ello la índole e importancia de los bienes jurídicos que entran en cada caso en consideración.

En este sentido, puede afirmarse con seguridad que el Código, en su factura original, traducía un equilibrio axiológico entre su sistema de delitos y su sistema penal, según una jerarquía de bienes que ponía en la cima los intereses del individuo. La consideración primordial del delito como ataque objetivo contra bienes jurídicos determina la rebaja obligatoria de la penalidad para la tentativa y frustración, así como la de cómplices y encubridores, respecto del hecho consumado del autor, e inspira la distinción que el Código traza entre los actos preparatorios y de ejecución.

En cambio, con razón se ha escrito que “su humanitarismo es muy relativo, pues mantiene penas sumamente crueles, pero

hay que juzgarlo por las prácticas o instituciones a que se opone o que suprime” (Rivacoba y Rivacoba), por ejemplo, la penalidad infamante y las formas agravadas de ejecutar la pena capital, que en el Código quedó reducida nada más que al fusilamiento, la simple pérdida de la vida.

El resultado global nos presenta un texto bien construido y, descontando innegables aspectos negativos o anacrónicos, hecho para perdurar. Por eso suma 150 años, edad que lo convierte en el más antiguo en lengua castellana y el tercero en vejez de los Códigos occidentales.

De ahí, también, que haya permitido acabadas y disímiles elaboraciones dogmáticas, que la ciencia penal chilena ha ensayado desde las perspectivas clásica, neoclásica, finalista, post finalista, normativista y hasta funcionalista, al hilo del progreso científico o, en su caso, las modas importadas de Europa.

Es más, gracias al texto de 1874 la codificación del derecho penal exhibe en Chile una estabilidad que la divorcia de la manía reformadora predominante en los países iberoamericanos. Sobre todo, es un Código que ha calado hondo en la cultura nacional, incluyendo el lenguaje cotidiano. Todo chileno tiene un concepto exacto del robo con fuerza en las cosas, por ejemplo, y sabe también que delito de evasión de detenidos comete quien lo substraer, no el detenido que escapa de la prisión.

EL PROBLEMA DE SUS REFORMAS

El problema ha llegado de la mano de algunas de sus reformas, particularmente las habidas en las últimas dos décadas. En general, las modificaciones parciales de un Código y, naturalmente, las leyes especiales, suelen irrespetar el propósito racionalizador de la codificación. Ésta responde el afán de regular en un cuerpo legal ordenado, unitario, coherente y completo, en lo posible breve, claro y popular, todo un sector de la vida social.

La racionalización codificadora, a su vez, se inspira en garantizar certeza, seguridad y, muy especialmente, igualdad a los justiciables. Claro está que la comprensión de la igualdad hodierna no es ni puede ser más que la del siglo XIX. En aquel entonces todavía se mantenía en pie la suposición del hombre abstracto, la figura vacía, inconcreta, desligada de sus



condicionamientos individuales y sociales, en que pensó el Iluminismo como destinatario de las leyes.

El positivismo naturalista y, poco después, la irrupción del movimiento obrero, fragmentaron definitivamente esa imagen descarnada, devolviéndonos en su lugar grupos humanos mucho más precisos y definidos por rasgos comunes, algunos biológicos, otros culturalmente determinados: patrones y trabajadores, propietarios y desposeídos, hombres y mujeres, adultos y jóvenes, jóvenes y viejos, funcionarios y administrados, profesores y estudiantes, etcétera.

Pero poner manos en este asunto, regular la resonancia de tales cuestiones, procurando que la justicia aparentemente igualitaria sea una auténtica justicia igualitaria, o sea, justicia distributiva, representa una tarea muy difícil, así en general, para cualquier país, así en particular para el caso de Chile.

La justicia igualitaria podría traducirse en la concesión de privilegios no fundados en la desigualdad de lo diverso, privilegios que al cabo herirían en el corazón al principio de igualdad ante la ley, tan caro a los redactores del Código de 1874.

En nuestro país tenemos algunas muestras de semejante desenlace, algunas ostensibles, como la legislación penal castrense, otras menos notorias, como el régimen punitivo de las

personas jurídicas y los delitos económicos, para los que se ha procurado que las penas se adapten a la gravedad de los delitos y respondan efectivamente a algún fin declarado, mientras que la ley castiga a los autores de delitos convencionales (hurtos, robos, delitos de drogas, de armas) sin consideración de la importancia relativa del bien jurídico ofendido y sin otro propósito que anularlos por algún tiempo o para siempre.

El reverso de la medalla de las trampas de la justicia penal distributiva está en la imposición de pesadas cargas, so pretexto de relevar la individualidad de personas postergadas por la legislación penal. La situación más clamorosa se presenta a diario en el sistema penal de los jóvenes, el que, en realidad, ignora la antigua enseñanza criminológica de que las penas no son recomendables tratándose de personas que todavía no han alcanzado ni siquiera biológicamente el grado de desarrollo mental necesario para considerarlas imputables criminalmente.

Y hay otra situación ante la que la moderna reforma penal guarda completo silencio: la calificación jurídica de los hechos cometidos por personas excluidas o marginadas socialmente. Ojalá que se las tome en cuenta en un futuro Código Penal, porque en Chile su número es cuantioso y, mucho me temo, crece día a día. 

OBJECCIÓN





LOS PRINCIPALES EJES DEL PROYECTO DE LEY QUE REFORMA EL CÓDIGO PENAL VIGENTE

- ▶ Tras varios intentos fallidos de reforma estructural al Código, con anteproyectos de 2013, 2015 y 2018 que no prosperaron, actualmente el Congreso tramita un proyecto de ley que lleva varios años de elaboración, contexto en que el Ejecutivo asumió el proceso como una política de Estado y definió incorporar algunas modificaciones por la vía de indicaciones. Para conocer sus principales ejes, Revista 93 consultó al equipo jurídico del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos que impulsa su tramitación legislativa y las siguientes fueron sus respuestas.

▶ Por equipo División Jurídica,
Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

- ¿Más allá del valor republicano de conmemorar los 150 años de vigencia del Código Penal chileno, ¿qué razones justifican su reemplazo o actualización por un texto normativo nuevo?

-Consideramos que las razones principales son tres: primero, que el derecho penal cristalizado en el Código de 1874 representa no sólo los valores e intereses que la sociedad de la época consideraba dignos de protección penal, sino también las condiciones y consensos de la ciencia penal de ese momento.

Ambos aspectos, obviamente, han mutado y avanzado enormemente en 150 años. Un ejemplo de lo que se describe es que existan delitos como el duelo y el fraude informático coexistiendo en este momento en nuestra legislación. En cuanto a las bases teóricas del derecho penal, hemos incorporado a nuestro derecho, pero sin reconocimiento legal expreso, los avances y consensos de la dogmática actual, como, por ejemplo, el reconocimiento que la jurisprudencia hace de los errores de prohibición o la figura de la comisión por omisión.

► “Un nuevo Código Penal permitiría superar la dispersión normativa actual, en que existen delitos en innumerables leyes sectoriales, lo cual hace difícil que las y los ciudadanos tengan acceso y conocimiento a las prohibiciones y amenazas de pena, haciendo con esto que decaiga su efecto preventivo y mermando el principio de culpabilidad”.

En segundo lugar, un nuevo Código Penal permitiría superar la dispersión normativa actual, en que existen delitos en innumerables leyes sectoriales, lo cual hace difícil que las y los ciudadanos tengan acceso y conocimiento a las prohibiciones y amenazas de pena, haciendo con esto que decaiga su efecto preventivo y mermando el principio de culpabilidad. Relacionado con lo anterior, por efecto de esta dispersión se producen desbalances, contradicciones y, principalmente, desproporciones en la respuesta punitiva del Estado frente a la comisión de delitos.

Por último, parece ser que el actual sistema y catálogo de penas necesita una revisión, puesto que una parte de las penas que contiene el Código Penal de 1874 ha caído en desuso (por ejemplo, el destierro) y, por otra, requieren, para realmente determinar la pena a aplicar, el complemento de la Ley N° 18.216, que contiene un catálogo de penas paralelo al Código.

EJES PRINCIPALES

-¿Cuáles son los ejes de innovación o prioridades que usted destacaría del proyecto de ley vigente?

-Nuestro Gobierno asume la reforma como una política de Estado. Por eso, resolvió no reformular el proyecto, sino que presentar indicaciones a la iniciativa que se encuentra en tramitación legislativa desde el período anterior.

En lo fundamental, este proyecto de ley pretende dar coherencia a nuestra legislación penal sustantiva y modernizar los delitos de la parte especial. Para ello, destacamos el esfuerzo de sistematización que ofrece el proyecto, al traer de vuelta al Código Penal los delitos que se encuentran en una multiplicidad cada vez mayor de leyes especiales, e incluir una modernización de éstos. A su vez, el proyecto establece un nuevo sistema de penas, que pretende recuperar la proporcionalidad ordinal entre los injustos y la respuesta punitiva.

En cuanto a lo primero, lo crucial es pensar este proyecto no como una ley cualquiera, sino como una propuesta de nueva codificación penal robusta y moderna. Por ello, luego de muchos años de esfuerzo intelectual -reflejado especialmente en los anteproyectos de 2013, 2015 y 2018-, el proyecto pretende consagrar en un solo cuerpo normativo la tipificación de las conductas que merecen sanción penal, generando una nueva ordenación de los delitos para, primero, tratar aquellos que atentan contra bienes jurídicos individuales y, luego, aquellos que atenten contra intereses colectivos.

Además, una nueva codificación permite una modernización de nuestros delitos, para incorporar aquellas conductas que afectan intereses que han ido en evolución y actualizar otros para que reflejen nuestras nuevas valoraciones culturales.

Por último, una nueva sistematización de nuestra legislación penal pretende reestablecer la proporcionalidad entre el injusto y la pena asignada, superando de esa forma las consecuencias perniciosas que se van generando con la aprobación de leyes especiales, que modifican las penas o crean nuevos tipos penales, pero sin una mirada global de cómo aquello impacta la proporcionalidad entre las penas asignada a los distintos delitos.

Respecto de lo segundo, el nuevo sistema de penas y su determinación cristaliza un trabajo profundo de esfuerzo intelectual por reestablecer la igualdad y proporcionalidad en la imposición de sanciones penales. Se propone un nuevo catálogo de penas, consagrándose un sistema más amplio de transición entre aquellas penas que se cumplen en el medio libre y aquellas que suponen restricciones o privaciones de libertad, eliminando así la ley especial de penas sustitutivas.

Las penas no privativas de libertad se incorporan como penas principales a imponer para aquellos delitos menos graves,



haciendo -de esa forma- más transparente la pena a imponer por el tribunal en relación con aquella establecida por el legislador.

Asimismo, para dar mayor transparencia a las penas que serán impuestas, el proyecto reduce sustancialmente las posibilidades de imposición de penas que no se encuentren expresadas por el legislador, estableciendo un sistema de determinación de la pena que pretende que sea fijada dentro del marco establecido por la ley.

Por último, cabe destacar la actualización de la pena de multa por medio de la incorporación del sistema de días-multas, innovación que fue recogida de este proyecto y plasmada en la Ley N° 21.595, de Delitos Económicos, que permite una respuesta penal adecuada y proporcional a la gravedad del injusto y el patrimonio del condenado.

“UNA TAREA DE ESTADO”

-¿Cómo observan el proceso legislativo en torno a esta esperada reforma? ¿Por qué razones no se ha logrado materializarla, pese a que se elaboraron los anteproyectos de 2013, 2015 y 2018?

-Para responder ambas preguntas creemos importante comenzar señalando que el proyecto de ley boletín N° 14795-07, que fue presentado mediante mensaje en enero de 2022, es en realidad producto de todos esos anteproyectos.

En marzo de 2018, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos convocó a un grupo de trabajo integrado por personas que habían participado en las comisiones que elaboraron los respectivos proyectos de 2013 y 2015, procurando un proyecto de Código que alcanzare el más alto consenso posible.

Ese trabajo culminó en un anteproyecto, entregado en octubre de 2018, que luego fue revisado por el Ejecutivo y remitido a todos los ministerios y, a través de ellos, a todos sus servicios públicos relacionados o dependientes, a efectos de que se realizaran las observaciones que fueren pertinentes según sus ámbitos de competencia.

Además, se hicieron modificaciones con la agenda legislativa del Gobierno del momento y con las leyes penales que se aprobaron en el intertanto, lo que resultó en la presentación del proyecto contenido en el boletín mencionado.

► “... el proyecto pretende consagrar en un solo cuerpo normativo la tipificación de las conductas que merecen sanción penal, generando una nueva ordenación de los delitos para, primero, tratar aquellos que atentan contra bienes jurídicos individuales y, luego, aquellos que atentan contra intereses colectivos”.

Durante este Gobierno y entendiendo que un nuevo Código Penal debe ser una tarea de Estado, se optó por tramitar el proyecto presentado en el período anterior y, en vez de citar una comisión para que realizara un nuevo anteproyecto, se convocó a una comisión de profesores y profesoras para que revisara el proyecto presentado y, de ser necesario, propusieran modificaciones para que el Ejecutivo las pudiera presentar como indicaciones al proyecto en tramitación.

En ese contexto, el proyecto de ley que establece un nuevo Código Penal fue aprobado en general en la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputadas y Diputados y, habiéndose presentado indicaciones al Libro I del nuevo Código, el proyecto se encuentra en este momento en etapa de votación en particular.

Por ello es, hasta ahora, el proyecto que más lejos ha llegado en términos de tramitación legislativa y creemos que la razón que apoya aquello ha sido la visión de que se trata de una iniciativa de Estado, que por su complejidad tomará tiempo y trabajo, de modo que todos los actores deben estar conscientes de eso para que el proyecto pueda, finalmente, ver la luz. 

**Comité Editorial**

Pablo Aranda Aliaga
Claudia Castelletti Font
Alejandro Gómez Raby
Andrea González Schmessane
Marcelo Padilla Villarroel
Osvaldo Pizarro Quezada
Claudia Vergara Soto
Marcela Werlinger Mena

Editor

Marcelo Padilla Villarroel

Fotografías

Aliosha Márquez Alvear

Diseño y diagramación

Giampiero Zunino Dell'Orto

Contacto

revista93@dpp.cl

Distribución gratuita

ISSN 0718-8664

Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta publicación, por cualquier medio o procedimiento, sin contar con la autorización previa, expresa y por escrito de la Defensoría Penal Pública. Las expresiones contenidas en los artículos son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no representan, necesariamente, la opinión de la Defensoría Penal Pública.