

ACERCA DEL ÚLTIMO PROYECTO GUBERNATIVO DE CÓDIGO PENAL Y LAS CONDICIONES DE LA RECODIFICACIÓN PENAL EN CHILE

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA*

SUMARIO: I. Un memorial penal. II. Gestación del Proyecto de 2022. III. Noticia de su médula. IV. Presupuesto político, procedimiento y trabajos preliminares de un nuevo Código Penal.

I. UN MEMORIAL PENAL

El 11 de marzo de 2022 cesó en sus funciones el gobierno saliente. Dos meses antes, el 7 de enero, había presentado al Congreso Nacional un Proyecto de Código Penal.

Si llamativo resulta que un gobernante entregue al Parlamento, como tarjeta de despedida, nada menos que una reforma global a la legislación penal, el asombro crece al recordar que otro tanto había ocurrido el 10 de marzo de 2014, la víspera de la jornada en que acabó el primer mandato del mismo gobierno. Contrastan la imposibilidad de las agrupaciones políticas que lo formaron de impulsar eficazmente la tramitación legislativa del nuevo proyecto –algo de que se estaba prevenidos por el destino del proyecto antiguo– con la voluntad de aprobar sin viento, marea ni remos un Código Penal.

No está a nuestro alcance identificar las causas del extraño episodio. En el intento de ilustrar la situación hemos de atenernos a los hechos institucionales conocidos.

Por lo pronto, el Proyecto de enero de 2022 se inscribe en el itinerario de las reformas parciales que lo prepararon, escoltaron y sucedieron. La Ley N° 21.402, de 24 de diciembre de 2021, eco de modificaciones ya introducidas al Código Penal como respuesta del Estado a la revuelta social de finales de 2019 y principios de 2020¹, amplía el régimen punitivo del delito de incendio,

* Doctor en Derecho. Profesor titular de Derecho penal y de Introducción a la Filosofía moral y jurídica. El autor agradece a la doctora Sandra Scherer Saavedra sus observaciones metodológicas, también las recomendaciones bibliográficas del académico de la Universidad de Antofagasta, Prof. Sem Sandoval Reyes.

¹ Ley N° 21.208, de 30 de enero de 2020, que expande el delito de desórdenes públicos, incorpora una agravación específica para los hurtos y robos con fuerza cometidos con ocasión de alteraciones del orden público y anula el sistema bifásico de conmensuración de la pena del

de suyo anticuado y desproporcionado, entre otros casos, a la quema de trenes subterráneos y medios de transporte. La Ley N° 21.412, de 25 de enero de 2022, abultó el catálogo de objetos considerados como armas cuya posesión antirreglamentaria constituye delito, insertando algunos que no constituyen armas o son herramientas incapaces de disparar². Los días 27 y 28 de enero de 2022 se publica sendas Leyes, N°s. 21.418 y 21.421, cuyo común denominador es la exclusión social en lo posible definitiva de los condenados de una larga lista de delitos contra menores de edad. La Ley N° 21.426, de 12 de febrero de 2022, ataca penal, procesal y policialmente el comercio ilegal³. En este muestrario, reducido a las normas recientes, solicita la atención el artículo transitorio de la Ley N° 21.402, que trata de la ley aplicable a actos cometidos en parte bajo el antiguo régimen del incendio y en parte cuando rige el nuevo. La salida técnica para la sucesión legal es reproducida literalmente por los artículos conclusivos del Proyecto de Código del verano pasado⁴. Hay aquí un indicio

Libro I del Código, si es que esos delitos contra la propiedad ocurren “en circunstancias tales que contribuyan a la sustracción o destrucción de todo o la mayor parte de aquello que había o se guardaba en algún establecimiento de comercio o industrial o del propio establecimiento”. Esta cláusula del artículo 449 quáter del Código Penal, donde se aloja una malformación en la medida de las penas (pues la primera parte del precepto remite al descalabrado artículo 449, debido a la Ley N° 20.931, de 5 de julio de 2016), alberga una forma aberrante de imputación y un desaire a la correcta redacción castellana.

² Este parece ser el designio oculto tras la redacción actual de la letra “b” del artículo 2° de la Ley sobre Control de armas, N° 17.798: “[s]e entenderá por arma de fuego toda aquella que tenga cañón y que dispare, *que esté concebida para disparar o que pueda adaptarse o transformarse para disparar* municiones o cartuchos, aprovechando la fuerza de la expansión de los gases de la pólvora, o cualquier compuesto químico”. Pensamos que el “arma” que, a causa de antigüedad, deterioro, imperfecto o falta de piezas, no está en condiciones de disparar, tampoco es objeto material idóneo para los delitos de aquella Ley, aunque haya sido concebida o pudiese transformarse para el disparo. Tener o cargar cosas así es atípico o, todo a lo más, una tentativa inidónea de posesión de armas, siquiera puedan servir como medio de ejecución de otros delitos que suponen intimidar al paciente.

³ Uno de los medios pacíficos de sobrevivir que quedan para vastos sectores de la población, cuyo número creció por el paro forzoso derivado de las medidas sanitarias impuestas durante la pandemia aún en curso. El autor de estas líneas, escritas en marzo de 2022, observa el fenómeno cotidianamente caminando desde su casa a la Universidad donde enseña en Valparaíso. Todo viandante apreciará el conmovedor espectáculo en el centro y los barrios empobrecidos de otras ciudades del país.

⁴ Artículo tercero, párrafo dos: “[s]i el presente Código entrare en vigor durante la perpetración del hecho se estará a lo dispuesto en él siempre que en la fase de perpetración posterior se realizare íntegramente la nueva descripción legal del hecho”. Lo que, aparentemente, vale también si el acto era atípico o estaba sancionado con menor pena conforme al Código que se quiere reemplazar.

de que este documento, corona del empeño reformador, condensa una suerte de memorial, un libro o archivo en que se apunta algo con cierto fin.

Otro hecho institucional parece confirmarlo. En el Mensaje que firma el Presidente al ofrecer el Proyecto a sus conciudadanos se lee que de las pinceladas finales dadas al anteproyecto respectivo, que ultimaron la labor de ajustar el texto a las normas vigentes en diversas materias según las observaciones recibidas de los órganos y servicios públicos consultados, y de armonizarlo con el itinerario legislativo de La Moneda, surgió “la pretensión codificadora que se emprende, pero que trasciende a cualquier gobierno y a sus tesituras, transformándose en una tarea de Estado necesaria para el bien de la República y sus instituciones”⁵.

El gobierno, pues, identifica su opinión político-criminal con un asunto de Estado. El Mensaje, empero, no dice que el Estado descansa en una concepción política y una organización constitucional determinadas. Tampoco el párrafo final se abre a la eventualidad de que exista otra visión del problema penal, que en verdad se disputan diferentes ordenaciones axiológicas con su correspondiente traducción política. Allí, tras enumerar las leyes y adecuaciones necesarias para que el Código Penal resulte operante, el Mensaje proclama que estaríamos ante “el inicio de un profundo proceso transformador que, junto a todas estas nuevas propuestas legislativas, marcan la ruta a seguir por el país para abordar de manera moderna y sistemática la respuesta a los fenómenos delictivos”⁶. La frase redondea el memorial, cuyo pensamiento básico es que habría que enfrentar el problema de la criminalidad desde y solo con leyes penales.

Personalmente, somos de la opinión de que estas ideas son erradas. Ni el tema penal constituye un asunto de Estado ni cabe abordarlo mediante una simple política punitiva. Con todo, más nos interesa evidenciar que la gestación y substancia del Proyecto de Código, comprensibles bajo el imperio de la Constitución de 1980, tornan inviable una iniciativa de estas características en la presente etapa política y el estado social del país. Está en avanzada un cierge proyecto constitucional que previsiblemente colidirá con las formas y los contenidos inveterados de la legislación penal chilena, cuyos orígenes se remontan mucho

⁵ Boletín N° 14.795-07 de la Cámara de Diputadas y Diputados, p. 13. Todas las citas del Proyecto de 2022 están tomadas de esta fuente oficial. Importa aclarar que este trabajo no versa del Anteproyecto de 2018, mencionado en el apartado sucesivo, por demás anterior a los sucesos políticos de 2019-2020, que nombramos en el apartado cuarto. Trata exclusivamente del Proyecto de 2022. Por ende, tampoco se consideró las diferencias existentes entre uno y otro documento.

⁶ Ídem, p. 34.

más atrás de la ambición constitucional de la Junta castrense⁷. La sociedad, motor del proceso de composición de un nuevo pacto social, tampoco parece dispuesta a que se legisle cupularmente sobre un tema tan importante como el *ius puniendi*, de cuya regulación dependen graves invasiones de los tribunales de justicia, el ministerio público y la policía en la libertad, el patrimonio y el bienestar de las personas.

De ello nos ocupamos a continuación. La dependencia de lo penal respecto del derecho político, y sus íntimas relaciones con su parte codificada, el derecho constitucional, justifican que en este artículo su autor, de profesión criminalista, tenga que discurrir como ciudadano⁸.

II. GESTACIÓN DEL PROYECTO DE 2022

El Mensaje presidencial aduce que el nuevo Código Penal lo impondrían cinco condicionamientos, a saber: la vetustez del Código de 1874, que ya no expresa las valoraciones y los intereses imperantes en la sociedad nacional; las muchas modificaciones que han mermado su coherencia interna; la multiplicidad de leyes penales especiales, que dificultan la inteligencia y aplicación del sistema; las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos y protección de personas vulnerables, que reclaman acciones concretas como las que efectuaría el Proyecto y, por último, la necesidad de ponerse a tono con la modernización del proceso penal, alcanzada con el Código del ramo el año 2000⁹.

Para abordar la empresa se nombró una comisión de especialistas en el seno del Ministerio de Justicia y Derechos humanos. El anteproyecto que ella concluyó

⁷ Cfr. GUZMÁN DALBORA, José Luis, “Relaciones del Derecho penal con el Derecho constitucional, y su concreción en la Constitución política chilena (1980)”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, N° 12, Edeval: Valparaíso (1994), pp. 165-199, y, últimamente, del mismo, “El constitucionalismo comparado y sus lecciones para el Derecho penal en la nueva Constitución chilena”, en GUZMÁN DALBORA, José Luis (ed.), *El Derecho penal en la Constitución. Principios y garantías penales en el constitucionalismo comparado*, Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago (2021), pp. 115-135.

⁸ En el influjo de la política sobre lo penal vinimos a parar tardíamente los penalistas si nos comparamos con los fundadores de la Sociología del Derecho. Todavía hoy insisten en el condicionamiento los sociólogos, alguno de los cuales observa que la coacción penal sería en los hechos fin precipuo de las contiendas políticas: “[e]l derecho a dibujar (y a redibujar a voluntad, según se necesite) la línea de separación entre coacción legítima e ilegítima, permitida y prohibida, legal y criminal, tolerable e intolerable, es el principal trofeo en las luchas de poder”. BAUMAN, Zygmunt, *Retrotopía*, traducción de Albino Santos Mosquera, Barcelona y Buenos Aires: Paidós (2017), p. 26.

⁹ Boletín N° 14795-07 de la Cámara de Diputadas y Diputados, ob. cit., *cf.* pp. 1-6.

en 2018 sería el último hito de un trabajo iniciado el año 2012, del que fueron frutos un proyecto en 2014 y un anteproyecto en 2015, redactados asimismo por reconocidos penalistas convocados por la secretaría gubernamental. Todo este proceso, prosigue el Mensaje, “ha considerado la tradición del Derecho penal chileno, pero a la vez el avance de la ciencia penal y la complejidad de la sociedad”, con la mira de “poner la legislación penal sustantiva chilena al día con los más altos estándares técnicos disponibles en nuestra ciencia jurídica, así como generar una regulación sistemática por la vía de recodificar buena parte de la legislación penal dispersa en leyes especiales”¹⁰.

Sin embargo, la confianza en que el suelo de la codificación penal puede pavimentarse solamente con una técnica jurídica depurada, pasa por alto que lo característico de la técnica es señalar el cómo, pero no el qué de la legislación. “Lo verdaderamente importante de una reforma penal no reside, aunque de ninguna manera sea desdeñable, en un mejoramiento técnico de ciertas instituciones”¹¹. Cuáles contenidos haya que imprimir a un Código, en qué vigas maestras debe sustentarse –sus principios–, eso depende del estado cultural de la comunidad, de sus aspiraciones valorativas, de sus múltiples necesidades, de lo que tiene y lo que le falta. A captar estas exigencias, comprender el esqueleto político, social y económico de un país, aliado a la personalidad diversiforme de los pueblos que lo habitan, no puede estar llamado un técnico, cuyo papel es solo configurar contenidos definidos políticamente con antelación¹².

En una sociedad democrática la decisión de los contenidos de un Código Penal corresponde al Parlamento. De ahí que cuando un gobierno confiere este papel a un comité de técnicos, por elevados que sean sus conocimientos y nobles sus propósitos, se produce en la práctica una subrogación de funciones que competen exclusivamente al poder legislativo, una delegación de la función política

¹⁰ Ídem, pp. 7 y 11.

¹¹ DE RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel, “Poder, Derecho y justicia en el marco de la reforma penal”, en *Doctrina penal* N° 41, Buenos Aires: Ediciones Depalma, (enero-marzo de 1988), p. 120.

¹² Por otra parte, los técnicos conocen el derecho de los juristas; suelen ignorar las prácticas que viven en la sociedad, a las cuales ajustan efectivamente su conducta los individuos. De lo que nace, además, la tentación de imaginarse el juriconsultor poseedor de un saber al que deberían sujetarse el gobernante y, por supuesto, también el pueblo, inclinación que comienza a manifestarse en los siglos de la Recepción del derecho romano en Europa y se consolidó en la segunda mitad del siglo XIX, cuando domeñaba la metodología jurídica el conceptualismo de las Pandectas. Cfr. HESPAÑA, Antonio M., *La cultura giuridica europea*, 3ª edición de Aldo Mazzacane y traducción italiana del original portugués por Giovanni Damele, Bologna: Il Mulino (2013), pp. 136-137, 202-203, 250, 263-265 y 281-282.

en particulares¹³. Esto aparte, así como el afán de cultivar el saber jurídico separándolo rigurosamente del debate político e ideológico constituye una aspiración realizable acaso en las formas, pero no en los contenidos del derecho, tras los cuales se esconde invariablemente una decisión política¹⁴, así también ningún jurista es políticamente neutral. Por consiguiente, al serle confiado el corazón de un Código punitivo, lo que implica definir su sistema penal, escoger los bienes a que se concederá tutela punitiva, jerarquizarlos en el catálogo de los delitos y determinar las modalidades típicas de ataque contra tales bienes, el técnico procederá inevitablemente, no solo como técnico, sino, sobre todo, como político. Incluso el hecho de emular un modelo legal extranjero, como parece hacerlo el Proyecto de 2022 al uncirse al Código Penal alemán y, en menor medida, al Código español de 1995, involucra una decisión política, sea que se haya tenido o no cabal conciencia de las circunstancias históricas que animaron al paradigma¹⁵. Algo análogo se presenta en los sistemas científicos de delito y pena, que reposan en opciones valorativas y, en definitiva, políticas, *v. gr.*, la relación entre conspiración y coautoría, el deslinde de los actos preparatorios con la tentativa, el alcance del consentimiento del interesado,

¹³ Al paso que “la técnica, en todos sus órdenes y manifestaciones, tiene una posición subordinada con respecto a la política”. DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel, “Técnica y política en el sistema de la reforma penal”, en *Cuadernos de Política Criminal* (Madrid, 1995), p. 324, citando un discurso de Manuel Azaña ante las Cortes de la República española. Por lo demás, en este caso la delegación parece haber albergado una condición oculta: la de que el gobierno cambiaría *a talento suo* lo escrito por los comisionados y presentaría su proyecto a tramitación prescindiendo de las condiciones sociales, el cambio constitucional del país y la opinión de los redactores originales.

¹⁴ En el derecho penal el fenómeno que apuntamos es patente, y a ello se debe que no haya cobrado significación en su dogmática la teoría pura del derecho. Pero se lo aprecia por doquier: en el derecho procesal civil, a propósito de la “renovación” de la acción ejecutiva; en las pausas de reposo de los trabajadores y el alcance de los contratos colectivos en el derecho laboral; en el deber de obediencia de los funcionarios públicos a sus superiores según el derecho administrativo; en las relaciones entre los progenitores y las de éstos con sus hijos en el derecho civil, entre muchos ejemplos que vienen a la mente, aparte de la estructura judicial, los poderes legiferantes del gobierno y otros asuntos regulados por la organización jurídico-política del país.

¹⁵ En la gravitación que han ejercido sobre la codificación penal iberoamericana algunos textos europeos desde el siglo XIX y hasta la fecha (el Código de Napoleón, los viejos Códigos españoles, los proyectos suizos, los Códigos italianos y, en las últimas décadas, la reforma penal alemana), el prurito de actualizarlos deja en sordina su trasfondo ideológico. En otras palabras, con la técnica más perfeccionada asumimos inadvertidamente, además, una trayectoria política no siempre digna de imitación, sin nombrar la estructura social subyacente, que poco tiene que ver con la estructura social de cada pueblo americano. Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “Los Códigos penales de Latinoamérica”, en *Códigos penales de los países de América Latina*, Suprema Corte de Justicia de la Nación de México e ILANUD (eds.), México (2000), pp. 13-132, *passim*.

la estampa objetiva o subjetiva de las causas de justificación, el régimen del concurso de delitos, las circunstancias relevantes en la conmensuración de la pena, etcétera.¹⁶

Nótese, en fin, que los resultados de una operación semejante son sumamente inciertos. El Parlamento no se sentirá cómodo con el pie forzado en que lo deja un proyecto de Código en cuya génesis no tuvo arte ni parte. Por más tareas que lo abrumen y difícil que sea tratar honradamente, de cara a la comunidad, las cuestiones penales, es previsible que entre los legisladores surjan reparos a la obra, así en general como en cuestiones detalladas, en particular las de mayor calado axiológico, que dominan el panorama de las penas y los delitos singulares. Después de todo, la discusión legislativa, en su expresión genuina, es un choque de grandes concepciones filosófico-jurídicas. Aquí no hay margen para el formalismo, cuya esencia radica en la desatención metódica del contenido por la concentración del pensamiento en el continente de las normas jurídicas. El debate político es finalista, en el sentido de que pretende poner en consonancia el contenido de las normas con los fines, necesidades y, en definitiva, los anhelos estimativos de la comunidad. Resulta ineludible, pues, que la codificación penal en preparación conozca el medio social, ya que el derecho gestado legalmente habrá de plegarse a las características de la sociedad, con sus bondades, carencias y contradicciones, procurando realzar las mejores, lidiar con las peores y, por encima de todo ello, ser un retrato de la pluralidad cultural del país, rasgo en que reside su mayor riqueza.

III. NOTICIA DE SU MÉDULA

Yendo al contenido medular del Proyecto de 2022, su estudio comprueba que es fiel a la ambición gubernativa de reunir y sistematizar la legislación penal vigente, codificada o dispersa en leyes especiales, actualizándola según ciertos estándares técnicos. Pero esto sugiere también que el documento, si moderniza lo conocido, no necesariamente eleva las mudanzas hasta la auténtica innovación, que en materia penal es sinónimo de ideas originales y reglas imaginativas que humanicen la doliente disciplina.

¹⁶ Evaluando la importación de modelos teóricos a nuestra América en el último siglo, el autor citado en la nota precedente escribe que es un error degradarlos a meros programas técnicos, sus diferencias estriban realmente en puntos de partida políticos –nosotros diríamos, axiológicos– y es clave considerar el marco local para prever las consecuencias de su aplicación en nuestro medio. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *En torno de la cuestión penal*, Montevideo-Buenos Aires: BdeF (2005), cfr. pp. 82-83.

El sistema penal contempla cinco puniciones: prisión, reclusión, libertad restringida, multa, servicio comunitario (art. 43). La prisión reúne las actuales penas privativas de la libertad del Código. La unificación de estas penas, el ocaso de sus variedades mayores y menores, así como la bancarrota de los grados de penalidad, ocurrieron en el derecho comparado entre finales del siglo XIX y la primera mitad del siglo XX¹⁷. Los márgenes de la pena unificada oscilan de uno a veinte, veinticuatro y hasta treinta años, dependiendo del delito o la existencia de agravantes muy calificadas (art. 48). Esto es novedoso, porque las penas temporales del Código vigente tienen como tope veinte años. Claro, se objetará que el Código conoce el presidio perpetuo. A lo que el Proyecto replica que también cuenta con una prisión perpetua, solo que no localizable en el sistema penal propiamente dicho, dado que aparece recién en la unificación de penas plurales que debiere imponerse a un sujeto, si su suma supera treinta años y la condena incluye un delito de asesinato (homicidio simple), femicidio, violación, atentados sexuales contra niños o adolescentes o hechos contra la paz, seguridad y bienestar de la humanidad. Es más, “el condenado a prisión perpetua sólo podrá solicitar la sustitución de su pena una vez transcurridos 40 años, de conformidad con la ley que regula la ejecución de penas” (art. 84). En el fondo, es la “perpetuidad perpetua” del artículo 32 bis del Código actual, de la que se diferencia en que éste al menos deja la remota esperanza de la libertad condicional¹⁸. En seguida, las penas de reclusión y libertad restringida (artículos 49 y 50) concuerdan esencialmente en contenido aflictivo con las actuales penas substitutivas de reclusión parcial y libertad vigilada de la Ley N° 18.216. El Proyecto las prevé directamente en la Parte especial como penas compuestas o alternativas a la de prisión en los simples delitos. Los crímenes, en el sistema bipartito del Proyecto (art. 41), o la gran mayoría de ellos, no

¹⁷ Cfr. GUZMÁN DALBORA, José Luis, *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*, Montevideo-Buenos Aires: BdeF (2009), pp. 245-246.

¹⁸ La substitución del presidio perpetuo calificado del Proyecto deberá aguardar a que se dicte una ley de ejecución, entre otras leyes que sería indispensable dictar con él, no después, como deja entender el Mensaje. Contrasta con su carácter de ley penal en blanco que una de las disposiciones finales del Proyecto, la quinta, agravaría la situación jurídica de los condenados a las actuales penas de presidio perpetuo, simple y calificado. La sumisión a la vigilancia de la autoridad, que el Código dispone como pena accesoria en el artículo 27, se amplía en el Proyecto hasta toda la vida del condenado que hubiere conseguido su libertad condicional. Además, el incumplimiento grave y reiterado de las obligaciones anejas a la medida adicional, “importará la imposibilidad de recibir subsidios, créditos fiscales u otros beneficios otorgados por el Estado”. Creemos no haber exagerado cuando anunciamos, en el exordio de esta contribución, que el Proyecto se acopla con exactitud a las reformas parciales que lo acompañaron.

disfrutaran de esa posibilidad¹⁹. Por su lado, la regulación de la pena de multa según el sistema de días de multa, que en Iberoamérica tiene siglo y medio de historia, no parece haber atesorado la lección foránea de que para el cálculo del monto diario preciso para cada condenado hay que tomar en consideración los ingresos, aunque también sus gastos personales y familiares de manutención²⁰. En verdad, ninguno de los mecanismos conocidos para su configuración legal es capaz de resolver el acertijo de la multa en las sociedades iberoamericanas, enigma urdido en su estructura económico-social, con millones de personas que sencillamente no tienen cómo pagarla, por modesta que fuere su cuantía. El Proyecto fija el valor mínimo del día de multa en media unidad de fomento (art. 51). Conjeturamos que la medida reajutable difícilmente fomentará el pago de multas entre los centenares de miles de connacionales que sobreviven con el ingreso mínimo, o menos que eso, ni en los millones que se las arreglan

¹⁹ La pena de prisión es preceptiva en los artículos 159 (asesinato), 160 (homicidio por arrebató), 161 (femicidio), 163 (homicidio consentido), 176 (aborto no consentido), 192 (substracción de menores), 193 (privación de la libertad y substracción calificadas), 201 y 202 (tortura y trato cruel, inhumano o degradante), 205 y 206 (desaparición forzada de personas), 207 (trata de personas), 208 (reducción a esclavitud), 217 (abuso sexual mediante penetración no genital), 218 (violación), 222 (estupro), 224 (abuso sexual de niños mediante penetración no genital), 225 (violación de niños), 280 (robo), 281 (hurto seguido de violencia o amenaza grave), 292 (extorsión grave), 305 (administración desleal en perjuicio del Estado), 313 (defraudación de acreedores durante procedimiento concursal), 341 y 342 (manipulación del mercado mediante operaciones o información), 370 (falsificación de moneda), 373 y 374 (falsedad en documento público y certificados), 400 (persecución de inocentes), 406 (imputación falsa), 410 (liberación de detenidos por funcionario a su cargo), 419 (lavado de bienes mediante una organización), 446, 447, 450 y 451 (producción, tráfico y cultivo ilícito de estupefacientes), 461 (afectación de áreas protegidas), 485 (fabricación y tráfico ilegales de armas), 490 (manejo no autorizado de materiales nucleares o radiactivos), 491 (daño o alteración de instalaciones nucleares o radioactivas), 503 (envenenamiento grave de aguas y otras substancias de consumo público), 517 (otorgamiento indebido de permisos de conducción), 523 (piratería aérea), 532 (asociación criminal), 533 (asociación terrorista), 534 (financiamiento del terrorismo), 544 (soborno y cohecho electorales), 548 (declaración falsa de ingresos y gastos electorales), 554 (rebelión), 555 (sedición), 556 (coacción a los poderes del Estado), 557 (privación de la libertad de autoridades), 558 (magnicidio), 559 (incitación a la insubordinación militar), 561 (traición), 562 (espionaje), 563 (revelación de secretos), 568 y 369 (genocidio e incitación al genocidio), 571 y 572 (crímenes de lesa humanidad), 575, 576, 577, 578 y 580 (crímenes de guerra), y 582 (crimen de agresión).

A estos crímenes es preciso sumar otros crímenes y también simples delitos sancionados con prisión como pena alternativa, en los que se contempla agravantes calificadas o muy calificadas, cuyo efecto, según las reglas de modulación legal de la penalidad, consiste en que el tribunal tiene que imponer precisamente la pena de prisión (artículos 58 y siguientes).

²⁰ El artículo 74 establece que el tribunal *podrá* reducir el valor del día de multa según tales gastos.

con entradas algo superiores al sueldo vital endeudándose para comprar a plazos comida, vestuario, medicamentos y calefacción²¹. Siendo así, solo quedará la válvula de escape de que el insolvente satisfaga la multa mediante la pena de servicios a favor de la comunidad o recluido hasta que acepte ésta o pague aquélla (art. 93).

Tropezamos con una primicia en la adopción de teorías y regulaciones extranjeras que privan de índole penal a comiso e interdicciones, los que abandonan la escena de las sanciones jurídico-penales del delito, pero para volver vestidos de consecuencias civiles o administrativas anejas a las penas propiamente dichas (artículos 44, 45 y 94). Según el Mensaje, el cambio de paradigma obedece a “razones de Estado”²². Esto explica que el fundamento de tales consecuencias no es que una persona cometió un delito, porque el hecho típico es motivo ocasional de la sentencia que las irroga, sino el principio civil que prohíbe el enriquecimiento sin causa, el peligro que representarían ciertos objetos o la indignidad de los reos para ejercer cargos, profesiones o derechos. El comiso podrá recaer en instrumentos o efectos del delito, en valores equivalentes si éstos no fueren habidos, en las ganancias obtenidas gracias a la fechoría y aun todos los bienes relacionados con la actividad en que se cometió algunas infracciones, independientemente que el acusado hubiere sido absuelto o sobreseído (artículos 96, 98, 99, 102 y 103). En otro lugar escribimos que estas disposiciones escamotean la reviviscencia de la confiscación de bienes, pena histórica que siempre respondió a razones de Estado²³. A su vez, las interdicciones del Proyecto se imponen a personas responsables de delitos en particular o grupos de delitos señalados en el artículo 113. Sin embargo, al no ser penas, sino efectos administrativos asociados a las penas, solo que decretados por la judicatura criminal, se dibuja en el horizonte el recuerdo de la infamia, incluso perpetua, como las inhabilitaciones para trabajar con niños, contratar con el Estado y otras señaladas en el artículo 114.

²¹ Aparte de las estadísticas oficiales, sabemos por observación personal que no pocos porteños a quienes las estadísticas clasifican como miembros de la clase media, disimulan con dignidad que hay meses en que sus ingresos bajos o irregulares no les alcanzan para recargar el cilindro de gas licuado con que alimentar de fuego la cocina o calentar el agua para bañarse. El valor de este servicio el día 24 de marzo de 2022 es de 27.000 pesos, casi el monto de una unidad de fomento el mismo día (\$31.706).

²² Boletín de la Cámara de Diputadas y Diputados, cit., p. 19.

²³ A la voracidad del absolutismo político, para ser exactos. Cfr. GUZMÁN DALBORA, *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*, ob. cit., pp. 304-305 y 337-340.

Para cerrar este cuadro, las medidas de seguridad tienen muy poca regulación en el Proyecto, pese a que hay alguna posdelictiva²⁴ y a que las interdicciones e inhabilitaciones pueden imponerse como medidas. Por el momento, su duración es incógnita.

El sistema de la parte especial es una ventana abierta para apreciar la juventud o ancianidad y, por otra parte, el nervio político de un Código Penal.

Para nadie es un misterio que el Código chileno contempla delitos que quedaron obsoletos, aunque posee otros, más numerosos, que conservan plena actualidad judicial. Tampoco se soslaye que, si entre las reformas de las décadas pasadas existen algunas que lo han actualizado, la mayoría vino a intensificar el sesgo conservador del liberalismo original del texto, hoy degradado en ciertos pasajes a franco autoritarismo²⁵. Ahora, no debe mover a engaño que el Proyecto encabece el catálogo de infracciones con los delitos contra el individuo y termine en los que ofenden a la sociedad, el Estado y la humanidad. El plan de un Código es simplemente la ordenación externa de sus materias. No denota una intrínseca jerarquía valorativa ni nos descubre el real aprecio en que una comunidad tiene a los bienes jurídicos, para lo cual es decisiva la tutela igualitaria o discriminada que sus titulares recogerán de la jurisdicción criminal. El plan tampoco expresa la cautela o, al revés, el desenfado del magisterio punitivo en coartar la libertad y la vida privada de las personas. Para saber todo esto hay que sumergirse en sus disposiciones, singular y sistemáticamente consideradas.

Pues bien, el Proyecto, cuyo libro segundo es más extenso en artículos que los libros segundo y tercero del Código hodierno²⁶, se revela tan criminalizador como las modificaciones que atormentan al último. El Mensaje confiesa que el gobierno pretendió recoger todos los delitos existentes en el derecho nacional, codificados o no, lo que en buena medida es efectivo y explica la enorme extensión del Proyecto, 590 artículos, más las disposiciones finales. Sin embargo, aparecen delitos o modalidades delictuosas inéditos, entre otros, la sustracción de menores perpetrada por parientes (art. 195), el atentado

²⁴ La prohibición de acercarse a lugares y personas, mencionada en esta calidad en el artículo 121, pero no enumerada como medida de seguridad en el artículo 122.

²⁵ Acerca de la orientación política del Código de 1874, DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel, *Evolución histórica del Derecho penal chileno*, Valparaíso: Edeval (1991), cfr. pp. 63-64. Sobre las reformas de los últimos lustros, GUZMÁN DALBORA, José Luis, "Introduzione: Il Codice penale cileno nel prisma del tempo", en *Codice penale della Repubblica del Cile*, traducción italiana al cuidado de Gabriele Fornasari y Emanuele Corn, Padova: Cedam (2013), pp. XXIV-XXIX.

²⁶ 432 y 396 artículos, respectivamente.

sexual imprudente (art. 219), la molestia sexual (art. 228), el allanamiento de morada por omisión (art. 235: permanecer en morada ajena sin consentimiento del morador²⁷), hospedamiento (art. 239), traspaso (art. 270), hurto rapaz (art. 281, penado como robo), arrogación de calidad educacional (art. 382), ultraje a la autoridad (art. 431, renacimiento del viejo desacato, que había sido derogado en 2005), proxenetismo (con adultos, art. 438), carreras clandestinas (art. 512), conducción sin autorización (art. 516) y magnicidio (art. 558). Como contrapartida, se despenaliza únicamente las faltas y descriminaliza una que otra figura decrépita, como el duelo, la suposición de parto, los matrimonios ilegales y el incesto.

El valor del consentimiento en los delitos contra bienes jurídicos del individuo carece del alcance que se esperaría de un Código liberal. La promesa del artículo 18, que el consentimiento libera de responsabilidad en los hechos previstos en los Títulos I a VII del Libro II, es defraudada por el artículo 163, que pena el homicidio consentido²⁸, el artículo 183, que priva de efecto al consentimiento en todas las hipótesis agravadas del delito de lesiones, incluyendo la incapacidad permanente de un órgano²⁹, y el régimen de indicaciones en materia de aborto (art. 180)³⁰. El ímpetu de extender las redes de la persecución penal de modo de atrapar en ellas acuerdos privados entre las personas, está en la raíz del considerable número de delitos que admiten conspiración punible. Según el artículo 33, la conspiración solo es castigada si la ley lo declara expresamente. Pero el Proyecto pronuncia la declaración a

²⁷ En el entendido de que la entrada del sujeto fue inicialmente consentida. Conociendo las costumbres chilenas, si esta disposición llegara aplicarse seriamente, abrirá un grifo de procesos penales contra convidados de piedra.

²⁸ El artículo siguiente (164), en cambio, deja impune la omisión del garante de impedir la muerte del garantido que la desea. Dicho sin circunloquios, la eutanasia pasiva no genera responsabilidad penal, pero la activa sí. Seguimos, pues, como antes.

²⁹ El problema de la esterilización consentida continúa ayuno de regulación legal. Originalmente regulada en la Resolución N° 2.326, de 20 de febrero de 2001, del Ministerio de Salud, hoy se ocupan de ella las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad a que remite el Decreto N° 7, de 1 de enero de 2017, actualizado el 5 de enero de 2018. Estas normas son en verdad un manual sanitario. En página 128 del manual se dice que la decisión de someterse a la esterilización femenina o masculina es personal, depende de la voluntad libremente manifestada por quien desea la intervención quirúrgica, sin que se requiera la aprobación de terceros cuando el solicitante es mayor de edad y está en posesión de sus facultades mentales.

³⁰ El Proyecto conserva las actuales indicaciones terapéutica, eugénica y sentimental, por demás muy limitadas. No dice palabra sobre el sistema de los plazos, a pesar de su imparable arremetida, que tiene ya varios años y todo indica que será realidad legal en poco tiempo más.

propósito de homicidio, homicidio por arrebato³¹ y femicidio (art. 182); privación de la libertad y sustracción de menores agravadas, desaparición forzada de personas, trata de personas y reducción a esclavitud (art. 210); lavado de bienes (art. 422); fabricación y tráfico de armas, envenenamiento de aguas y otras sustancias de consumo público, diseminación de gérmenes patógenos, piratería aérea, prácticas eugenésicas, de fecundación y transferencia de embriones o material genético, y tráfico de órganos (art. 525); manipulación de cómputos electorales y, por descontado, todos los crímenes y simples delitos contra el orden constitucional y la seguridad del Estado (art. 564), y contra la paz, seguridad y bienestar de la humanidad (art. 588)³².

La legalidad penal se resiente por el uso de términos indeterminados: molestar, reducir, afectar, pagar, dificultar, etc. “considerable” o “manifiestamente” (arts. 228, 263, 294, 312, 354, 356, 397, 403); hurto “reciente” (art. 281); cosa “genérica” (art. 293); procesos destructivos de “muy difícil” control (art. 482), amén de los casos “menos graves” (arts. 40, 165, 169, 190, 317, 318 y 547), calcados de la legislación alemana³³. La igualdad de los justiciables ante la ley se expone a una triple amenaza. Primero, el Proyecto rebosa de delitos o agravaciones que consisten en violentar, intimidar, constreñir, amenazar, alterar, secuestrar, ultrajar o matar a autoridades públicas, funcionarios, policías, gendarmes y otros (artículos 187, 199, 424, 425, 426, 431, 526, 556 y 558, entre los más importantes). En seguida, confía el ejercicio de la acción penal a organismos administrativos diferentes del Ministerio Público, a saber, el Servicio Nacional de Aduanas y el Servicio de Impuestos Internos en los delitos aduaneros y tributarios, respectivamente (art. 339); la Fiscalía Nacional Económica en la coligación para alterar precios, repartir mercados o afectar licitaciones públicas (art. 358); la Superintendencia del Medio Ambiente para iniciar procesos por atentados contra el entorno o áreas protegidas (art. 464), y el Servicio Electoral tratándose del financiamiento ilícito de campañas políticas, declaraciones falsas de gastos

³¹ Esta es una hipótesis poco verosímil, la de conspirar para un homicidio por arrebato, salvo que se simule el estado emocional.

³² La tendencia no se queda en el castigo de resoluciones manifestadas. El libro II del Proyecto abunda en delitos de resultado cortado. Por no agotar al lector mencionemos solamente el caso del hurto (art. 276), definido como el apoderarse de cosa mueble ajena “para apropiársela o para que un tercero se la apropie”.

³³ Tampoco es de ayuda para el intérprete la redacción de preceptos que traen literalmente al castellano giros germánicos y, con ello, imponen un timbre pesado a los párrafos, aparte de la técnica legislativa que se sigue en Alemania, a la que no está acostumbrado el abogado local. Véanse, entre otros, los artículos 4º, 8º, 11, 20, 31, 40, 81, 95, 96, 100, 103, 121, 122, 127, 188, 215, 216, 217, 218, 236, 239 (redacción enteramente tedesca), 285 y 291.

electorales y propaganda irregular (art. 551). En el sentir de los clásicos de antaño, es una modificación iliberal, incluso tiránica, que se prive a los ofendidos directos o indirectos del derecho de acusar los actos delictuosos que interesan a toda la comunidad, “subordinando la acción criminal al beneplácito de ciertos funcionarios públicos expresamente creados para este fin”³⁴; por lo demás, en Chile esta atribución se ha prestado para perversiones que privilegian a algunos inculpados e inmolan a otros, según las circunstancias políticas del instante o los intereses personales involucrados en el asunto³⁵⁻³⁶. En tercer término, el Proyecto aparenta desdeñar la realidad económica de las personas desposeídas cuando castiga el comercio irregular o clandestino (art. 338), cuyas penalidades ceden en importancia ante la habilitación implícita para que la policía abuse de los comerciantes callejeros y ambulantes. Tampoco faltan el delito de traspaso, que comete el que entra sin permiso en espacios cerrados ajenos (art. 270), y la

³⁴ CARRARA, Francesco, *Programa del Curso de Derecho criminal dictado en la Real Universidad de Pisa*, tomo II, prólogo y traducción dirigida por Sebastián Soler, Buenos Aires: Librería El Foro (2010), p. 227 (parágrafo 861). La preocupación del criminalista toscano tenía como objeto los abusos del ministerio fiscal, pero expresa la misma inquietud por la aplicación igualitaria de la ley que manifestamos en el texto.

³⁵ Véase GUZMÁN DALBORA, José Luis, *La corrupción en Chile e Iberoamérica. Estudio criminológico, comparativo y dogmático*, Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago (2022), capítulo I (*Antigüedad y persistencia de las prácticas corruptas en las capas dirigentes chilenas*), especialmente pp. 48-49. Como sea, el problema planteado por tales acciones dependientes de instancia particular, en general desconocidas en el panorama extranjero, no ha despertado en nuestra doctrina el interés científico que merecen. Algún escrito ocasional tiene el mérito de apuntar los múltiples inconvenientes jurídicos y políticos que involucran. Véanse VILA BALTRA, Martín, “Titularidad de la acción penal en los delitos tributarios”, en *Anuario de Derecho Tributario* N° 7, (diciembre 2015), pp. 71 y ss., y DUCE, Mauricio, “En busca de un nuevo equilibrio: alternativas para regular el inicio de la persecución penal de los delitos tributarios”, en DUCE, Mauricio y ESCOBAR, Ricardo (eds.) *¿Quién debe iniciar la acción penal en materia tributaria?*, cuaderno de la serie *Debates de Política Pública* N° 23 (julio de 2017), Santiago de Chile: Centro de Estudios Públicos, pp. 3-9. Acerca del desconocimiento de estos acusadores *ad hoc* en el derecho extranjero, ARMENTA DEU, Teresa, *Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América. ¿Un camino de ida y de vuelta?*, Madrid: Marcial Pons, (2012), especialmente pp. 115-128 y 167-231 (el caso de Chile, en pp. 195-203).

³⁶ A principios del siglo XX Franz von Liszt advirtió la herida en el sentimiento jurídico del pueblo causada por acciones que se confía a querellantes individuales y las inevitables desigualdades que produce el quiebre del monopolio del ejercicio de la acción penal, con delitos perseguidos criminalmente y otros de gravedad semejante que quedan impunes. Es la negación del carácter público del Derecho penal, escribió el penalista austrohúngaro, y, en el fondo, el hundimiento del principio de igualdad ante la ley penal, como había señalado cincuenta años antes Carrara. Cfr. VON LISZT, Franz, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, 2 vols., tomo I, Berlín: Walter de Gruyter & Co. (1970) (reimpresión de la edición de Guttentag, Berlín, 1905), p. 26.

usurpación no violenta de inmuebles, que se agrava si el recinto es un bien raíz del Estado (art. 268).

Allí, en la ocupación de inmuebles fiscales y el ingreso a lugares cerrados, descubrimos uno de los escondrijos en que el antiguo gobierno vela su parecer sobre la temida revuelta de 2019. Pero hay recovecos, además, en los atentados contra el orden y la seguridad públicos, de los que sobresalen el ultraje a la autoridad (art. 431) y unos desórdenes públicos cuyo elemento definitorio es la *ilegalidad* de una reunión o manifestación que ocurren en la vía pública (artículos 528, 529 y 530), en vez del fin legítimo o criminoso que se propusieron los manifestantes. No olvidemos que en un Estado liberal y democrático los derechos de reunión y manifestación son por principio de lícito ejercicio, vaya o no de por medio autorización policial³⁷. Como, por otra parte, la revuelta desencadenó el proceso constitucional hoy en desarrollo, se comprende que las disposiciones de la parte especial se aferren a la presente organización económica, financiera, productiva y política del país. De ello son testimonio los detalladísimos delitos contra la propiedad, el patrimonio y el orden económico-social –con sus mercados regulados, consumidores, competencia, etc.– y los tipos que nombran los órganos de la administración concentrada, desconcentrada, centralizada y descentralizada de la Administración, el edificio piramidal de la judicatura, el Congreso Nacional, Tribunal Constitucional, las Fuerzas armadas y de orden, y demás organismos establecidos por la Constitución de 1980 y sus leyes orgánicas.

También se entiende que la única clausura operacional del Proyecto toque a los adolescentes, regidos por su propia ley penal (art. 10). El articulado guarda riguroso silencio sobre las infracciones cometidas por indígenas contra otros miembros de su misma etnia. Y no les dedica eximentes o atenuantes de la responsabilidad criminal³⁸.

IV. PRESUPUESTO POLÍTICO, PROCEDIMIENTO Y TRABAJOS PRELIMINARES DE UN NUEVO CÓDIGO PENAL

A nuestro juicio, el Proyecto gubernamental incumple el presupuesto político en que debiera cimentarse la recodificación penal.

³⁷ Muy superior en liberalismo se yergue el artículo 269, inciso primero, del Código vigente.

³⁸ Entre las cinco atenuantes generales del artículo 75 y los escuetos criterios de concreción judicial de la pena (art. 73), están ausentes las carencias familiares, sociales, culturales o económicas que hubiere sufrido el acusado, así como su eventual marginación o exclusión social. No se consideró la información criminológica de que la colectividad a menudo es coculpable de los delitos.

Vaya en su descargo que tampoco podía acatarlo. Fue elaborado bajo el imperio de un documento constitucional reñido con los caracteres de una democracia pluralista. No es casual ni era imprevisible que el país viviese los sucesos de 2019, cuyas causas y proyecciones anunciaron treinta años antes sociólogos cuya obra no parece haber circulado en el mundo autorreferente en que vino a sumirse la política palaciega³⁹. De sus torres de silencio, de la ilusión de validez jurídica de la Constitución del régimen militar, como si ella contuviese una *magna carta*, descendieron el Proyecto y las últimas reformas al Código Penal. Las modificaciones estaban forzadas a negar aquellos sucesos, del mismo modo que el Proyecto tenía que suponer realizable la promoción de un Código Penal en medio de un desafío mucho mayor, la reorganización constitucional del país. Lo cierto es que la posibilidad de la democracia se nubla si no es institucionalmente factible construir un orden social en que todos tienen futuro, “y para que todos tengan futuro [...] hay que concebirlo como la obra colectiva de una pluralidad de hombres y mujeres”⁴⁰. La traba institucional puso cerrojo al pluralismo, sistema que demanda y acepta variedad de doctrinas o posturas en todo orden de consideraciones (políticas, jurídicas, morales, científicas, religiosas, culturales, étnicas, costumbristas, etc.), y es ingrediente ineludible de una sociedad realmente democrática⁴¹.

El presupuesto político de un Código Penal que reemplace el heredado del siglo XIX consiste en que el país cuente primero con una Constitución generada democráticamente, en la que puedan reconocerse todos los habitantes, no un texto otorgado por y en interés de algunos grupos. La Constitución fija la posición del individuo frente a la comunidad, delimita las injerencias del Estado en la libertad de las personas, constituye los bienes jurídicos más relevantes, traza en líneas gruesas las relaciones económicas y de trabajo, diseña la estructura política de la sociedad, permite entrever la importancia que un país atribuye a la integración social y el interés de los conciudadanos por la suerte de su prójimo. Estas cuestiones son de cardinal significado para un Código Penal, más que los principios y reglas constitucionales que hablan directamente a la disciplina de los delitos y las penas⁴². Todas deben ser debatidas por los miembros de la con-

³⁹ Véase LECHNER, Norbert, “Los patios interiores de la democracia”, en *Obras escogidas*, tomo I, Santiago de Chile: LOM (2006), pp. 337-470. La primera edición de este libro del sociólogo alemán, publicada por el Fondo de Cultura Económica Chile, data de 1985.

⁴⁰ Ídem, p. 397.

⁴¹ Idéntico, DE RIVACOBA Y RIVACOBA, *Poder, Derecho y Justicia...*, ob. cit., cfr. pp. 120-121.

⁴² En efecto, es concebible un Código punitivo sin que en la Constitución consten principios penales, comprendido el de legalidad, pero inimaginable el Código de un Estado que carezca

vención constituyente, en diálogo con los más diversos sectores, organizaciones y pueblos de la sociedad para la que se proyecta la Constitución, recogiendo sus sugerencias e indicaciones, de forma que sea finalmente entendida por cada uno como parte de su patrimonio cívico y en cuya defensa acudirán los ciudadanos como un solo cuerpo.

El presupuesto tiene su lógico complemento en la participación popular durante la génesis, elaboración, discusión y sanción del Código Penal. Se debe evitar la redacción de un proyecto de gabinete, solo consultado con los servicios públicos (ministerios, tribunales, acusadores oficiales, policías) y las facultades de Derecho. Este procedimiento arrojaría como producto, en el mejor de los casos, la partenogénesis del sistema penal, y en el peor, un defecto de legitimidad democrática. Una norma no elaborada tomando en cuenta el contexto en que regirá e indiferente al significado social de su reconocimiento por los ciudadanos, poseerá una validez friable y, tratándose de un Código, que por definición pretende gobernar a la comunidad a lo largo de varias generaciones, lo más probable es que sea pronto modificada, incluso muchísimas veces, hasta que llegue la hora no lejana de su completa sustitución⁴³. En su lugar, mientras más aportaciones se reciba de la comunidad, que entre otras cosas pueden mostrar aspectos particulares de la realidad que escapan a la imaginación de los legisladores⁴⁴, más enraizado quedará el Código en la entraña de la sociedad,

en su Constitución de principios y normas sobre materias políticas, administrativas, judiciales, civiles, laborales, tributarias y otras que suelen influir en el contenido de la legislación penal.

⁴³ Cfr. TAVARES, Juarez, *Fundamentos de teoría do delito*, Florianópolis: Tirant lo Blanch (2018), pp. 38-46, en particular página 47, que nos permitimos traducir para el lector: “[s]erá absolutamente imposible legitimar la imposición de una prohibición o de una decisión sin tomar en cuenta las bases materiales de la sociedad sobre las que se ejecutará, sin considerar todo el proceso de marginación social, que está fuera de todo proceso de comunicación, ni los diferentes grupos culturales que habitan en un mismo territorio. La sociedad no puede ser simplemente resumida en un proceso de comunicación idealista, en que los actores sociales articulan sus conductas según un padrón dominante, conforme a las expectativas de terceros”.

⁴⁴ Por ejemplo, los efectos reales de las penas en el penado y su familia. Para ello es muy recomendable preguntar a los patronatos de reos. Desgraciadamente, el Decreto N° 522, de 28 de febrero de 2014, suprimió el antiguo Patronato Nacional de Reos, porque la asistencia postpenitenciaria está ahora a cargo de Gendarmería de Chile. ¡Funesta decisión! La asistencia a los liberados consiste en un servicio público, de naturaleza administrativa, es verdad, pero se extiende a una pluralidad de cuestiones bastante complejas, que van mucho más allá de la eliminación administrativa de sus antecedentes penales. Sobre todo, por ningún motivo puede incluir la supervisión de la vida del liberado ni estar confiada a órganos de vigilancia. Es una función social en que el liberado debe poder depositar toda su confianza. Cfr. DE RIVACOBIA, Manuel y LAMOTHE, A. E., “Naturaleza jurídica, extensión y órganos de la asistencia post-penitenciaria del liberado”, en *Revista Penal-Penitenciaria*, de Santa Fe, N° 3-4, 1965, pp. 110-111.

que lo verá, “no como un aparato de coerción impuesto, sino la concreción de aspiraciones y vivencias fundamentales y compartidas que se adapta con fidelidad a la vida comunitaria y se siente en ella como algo propio”⁴⁵.

La iniciativa para elaborar un Código renovado tendrá que aguardar lo que determine la próxima Constitución, naturalmente. Como sea, no recomendaríamos como procedimiento que lo prepare una comisión gubernamental siguiendo las directrices generales de una ley de bases aprobada por la asamblea legislativa⁴⁶. Este mecanismo, de largo arraigo en España, tiene el inconveniente de que los gobiernos, sin excluir los regímenes parlamentarios, están asediados por una multiplicidad de exigencias contingentes y son caja de resonancia de las actitudes alarmistas o vindicativas que suscitan los delitos, cada vez más agigantadas por ambiciones políticas, intereses privados y dramatizaciones televisivas. Parece más prudente que el Parlamento elija de su seno una comisión especial, representativa de todo el arco político, a la que se fije un plazo holgado de labor dividida en etapas, de trabajos preliminares, audiencias sociales, redacción técnica, consulta popular⁴⁷ y, finalmente, presentación formal del proyecto al pleno de la asamblea para su discusión. La comisión podría ser asesorada por un consejo técnico de especialistas en el conjunto de las ciencias criminales: dogmática, criminología, proceso y ejecución penales, estadística criminal, medicina legal, criminalística, nombrados por el Parlamento según su competencia científica⁴⁸. Muy de ayuda sería que

⁴⁵ RIVACOBA Y RIVACOBA, *Técnica y política...*, ob. cit., p. 325.

⁴⁶ Camino que concluiría en una ley delegada o decreto legislativo, que en Chile llamamos decretos con fuerza de ley, para distinguirlos de los decretos leyes de las dictaduras que nos han azotado. La legislación delegada siempre es peligrosa para la libertad y seguridad individuales. Una cosa es que el gobierno tenga iniciativa para proponer reformas penales, y otra muy diferente que le sea permitido alumbrarlas mediante aquellas delegaciones.

⁴⁷ Fase que requiere algo más que el simple expediente de difundir el texto digital del anteproyecto. Esta sería una medida de publicidad, muy importante, ciertamente, pero en trance de dar a conocer el Código entre todos los ciudadanos, para que lo lean y comprendan fácilmente, conozcan sus derechos, aprecien los bienes allí consagrados y sepan lo que el Estado puede hacer lícitamente contra quienes los ofendan. Este, más que un mero designio de prevención general, fue el sentido de las frases con que los fundadores del Derecho penal contemporáneo reclamaban que el código penal estuviese al alcance de todo ciudadano, impreso en ediciones tan económicas que cualquiera pudiese adquirirlo. Cfr. MARAT, Jean Paul, *Plan de legislación criminal*, Estudio preliminar por Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Buenos Aires: Hammurabi (2000), p. 84.

⁴⁸ Interesante es lo que escribió sobre democracia y técnica, y del peligro de entronizar la tecnocracia en la composición de las leyes, DE ASÚA, Luis Jiménez, *La Constitución de la democracia española y el problema regional*, Buenos Aires: Editorial Losada (1946), pp. 50-52.

lo integren personas versadas en gramática o lingüística, porque los juristas debemos reconocer que los tiempos que corren, de creciente agrafía, nos han emborronado la pluma.

Para los trabajos preliminares del Código el hilo conductor debiera ser que la técnica jurídica constituye meta, la forma final dada a puntos de partida requeridos de elaboraciones conceptuales de primer grado, que proceden de las ciencias que se ocupan del comportamiento individual y los hechos sociales. Por lo demás, es viejísima la enseñanza de que todas las artes que pertenecen a la humanidad tienen algún vínculo común y se hallan ligadas por un cierto parentesco entre sí⁴⁹. La dogmática y sus elaboraciones conceptuales de segundo grado presuponen una congerie de conocimientos extrajurídicos, principalmente criminológicos. La comisión parlamentaria a cargo de formar el Código tendría que reunir y, presumiblemente, también solicitar la facción de estudios de fenomenología y etiología criminales. La fenomenología del delito entregará una descripción de la criminalidad en el país, según sus ciudades, regiones o comunas, y los factores generales que inciden en su producción; la etiología mostrará los tipos de autores y las causas precisas de grupos de infracciones en particular. De no disponerse de investigaciones del género, habrá que encomendarlas a criminólogos nacionales o, si fuese necesario, extranjeros, pero que trabajen con datos y en territorio chilenos.

Cuando llegue el minuto de la técnica jurídico-legislativa, en la redacción propiamente dicha del Código, ha de procurarse claridad, precisión y concisión. Aunque destinatario de las leyes penales son los órganos públicos que deben aplicarlas, no por eso pueden estar escritas en un lenguaje accesible solo a los iniciados. En verdad —son palabras pronunciadas por el padre del Derecho penal moderno—, “es gravísimo mal que las leyes estén escritas en una lengua ajena al pueblo, que lo pongan en la dependencia de unos pocos, no pudiendo juzgar por sí mismo cuáles serían los resultados de su libertad [...], una lengua que haga de un libro solemne y público, un uso semiprivado y doméstico”⁵⁰. Para que un

⁴⁹ “*Etenim omnes artes quae ad humanitatem pertinent habent quoddam commune vinculum et quasi cognatione quadam inter se continentur*”. CICERÓN, *Defensa del poeta Archias*, anotada por Álvaro D’Ors Pérez-Peix, Madrid: Instituto Antonio de Nebrija (1940), pp. 30-31.

⁵⁰ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene. Con una raccolta di lettere e documenti relativi alla nascita dell’opera e alla sua fortuna nell’Europa del Settecento*, a cura di Franco Venturi, 3ª ed., Torino: Einaudi, (1973), p. 18. Lo que vale para el Chile actual tanto más cuanto que la tasa de analfabetismo funcional muestra a la mitad de la población incapaz de entender lo que lee en un texto breve y simple. Cfr. ARROYO, Camila y VALENZUELA, Andrea, *PIAAC: Competencias de la población adulta en Chile, un análisis al sistema educativo y mercado laboral*, 2018, disponible en <http://www.comisiondeproductividad.cl/wp-content/uploads/2018/06/Nota-T%C3%A9cnica->

Código resulte de fácil comprensión, ha de estar redactado en un estilo llano. La llaneza es hermana de la precisión, incluso para el empleo oportuno de conceptos normativos, y prenda de que el Código servirá de base para el desarrollo de diferentes sistemas científicos, cuyo ha sido el caso del Código vigente⁵¹. Pero las posibilidades que brinde un nuevo Código a los sistemas venideros dependen de que sea un documento conciso. Mientras más breve, tanto mejor.

Finalmente, si procura en todo momento acordarse con la realidad social y la próxima organización institucional del país, esforzándose por idear soluciones apropiadas a nuestro medio, que es el iberoamericano, innovando antes que imitando, el Código así diseñado podrá no ser perfecto –que ninguna obra humana lo es–, pero será nuestro: de mujeres y hombres del delgado terruño llamado Chile, para los hombres y mujeres que lo habitamos.

5-PIACC.pdf, y MARTÍNEZ, Rodrigo; TRUCCO, Daniela y PALMA, Amalia, *El analfabetismo funcional en América Latina y el Caribe. Panorama y principales desafíos de política*, Serie Políticas Sociales, N° 198, Santiago de Chile: CEPAL, (2014).

⁵¹ Conforme, RIVACOBAY RIVACOBAY, *Evolución histórica del Derecho penal chileno*, ob. cit., p. 68.