

JORGE DEL PICÓ RUBIO
(EDITOR)

**LA CODIFICACIÓN Y LA
RECEPCIÓN LEGISLATIVA DE
LAS DEMANDAS SOCIALES**

**APRECIACIÓN CRÍTICA DE SU EVOLUCIÓN
EN LOS ÚLTIMOS TREINTA AÑOS**

*Estudios jurídicos en conmemoración del vigésimo
aniversario de la creación de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca*

LEGALPUBLISHING



THOMSON REUTERS

CODIFICACIÓN Y DEMANDAS SOCIALES EN DERECHO PENAL

FRANCISCO MALDONADO FUENTES

I. INTRODUCCIÓN

Se nos ha invitado a reflexionar acerca de la relación existente entre codificación, demandas sociales y reformas normativas implementadas en el país en los últimos 30 años, en el marco de la celebración de los 20 años de existencia de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca. En nuestro caso en particular, la idea es desarrollar una aproximación que aborde dicha temática transversal en torno al ámbito del Derecho Penal. Nos proponemos para ello, acogiendo esta invitación, identificar los contenidos centrales que ofrecen cada uno de los ámbitos que serán objeto de contraste (y síntesis) en términos individuales a fin de alimentar el juicio crítico que nos merece el resultado del ejercicio que propone la convocatoria. En concreto, procuraremos plasmar los objetivos que subyacen al ideal codificador a efectos de contrastarlos con el estado que muestra actualmente la legislación penal para ver si los requerimientos que en dicho ámbito se han canalizado con éxito en las últimas décadas hacia el legislador pavimentan el camino hacia una nueva codificación.

II. LOS SIGNIFICADOS DE LA CODIFICACIÓN

Es un hecho que la codificación constituye una técnica, modalidad o característica de la regulación positiva cuyos objetivos y efectos exceden el campo de la mera recopilación de normas referidas a una misma materia¹.

¹ GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La fijación del Derecho*, Universidad de Valparaíso, Valparaíso, 1977, p. 54.

Su objeto propio apunta más bien a la sistematización de fuentes normativas diversas que pertenecen a un mismo ámbito del derecho, realizada a propósito de su agrupación o tratamiento conjunto en una misma y única fuente formal (el código). Lo relevante radica en que dicha mecánica propone una disposición de contenidos acorde a determinados criterios de ordenación (explícitos o implícitos) que abarca a la integralidad de las reglas correspondientes². “*El código*” es por ello un producto que no sólo ofrece normas, sino un esquema o sistema³, cuyos caracteres determinan las definiciones generales y estructurales de tratamiento de un ámbito de la vida civil en particular⁴. Bajo estos caracteres la codificación constituye una técnica que excede con creces el objetivo de solucionar el “*desorden*” del derecho objetivo⁵⁻⁶.

En dichos términos ofrece ventajas palpables para la seguridad jurídica⁷, aportando contenidos que van más allá de la tarea de facilitar el acceso y conocimiento de las reglas correspondientes⁸. La vinculación del juez a la

2 GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, p. 15; y en *La fijación...*, cit., p. 13; PASTOR R., Daniel, *Recodificación penal y principio de reserva del Código*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 138.

3 NÚÑEZ, Ricardo, “El sentido de nuestra codificación penal”, en *Cuadernos de Ciencia Penal y Criminología*, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 5 (1959), p. 8.

4 El nexos de dichos contenidos con la expresión “*Código*” (“*Codex*”) puede apreciarse en el completo desarrollo que al respecto ofrece GUZMÁN BRITO, *La codificación...*, cit., pp. 16 a 18.

5 Una interesante descripción de las principales características de la sistematización que ofrecen los Códigos penales latinoamericanos puede apreciarse en DE LA RUA, Jorge, *La codificación penal latinoamericana*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1982.

6 PASTOR R., *Recodificación penal...*, cit., pp. 141 y ss., destaca que en el Derecho Penal estas ventajas constituyen requerimientos indispensables, por razones de legitimidad, vinculado estrechamente a la función que cumplen en torno a la “*limitación de la arbitrariedad*” (p. 144): Llega incluso a reconocerle (en cita a Ferrajoli) carácter constitucional (pp. 148 y 165).

7 GONZÁLEZ VERGARA, Paulina, “Codificación y técnica legislativa”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 25, 4 (1998), p. 876.

8 Estos objetivos tampoco se favorecen con la mera recopilación. Un cuerpo único que aglutine en exclusiva la totalidad de la regulación de un ámbito del derecho puede igualmente constituir una fuente inmanejable o inútil si carece de sistematicidad o de un tratamiento integrado y coherente de sus diversas disposiciones. De otra opinión, PASTOR R., *Recodificación penal...*, cit., pp. 167 y ss. Además, hay que tener en cuenta que el conocimiento del derecho opera en términos fragmentados y que su exigencia jurídica también admiten matices en su exigibilidad. Al respecto vid. VAN WEEZEL DE

ley y la cognoscibilidad del sistema fortalecen la previsibilidad de la solución jurídica, aportando con ello a la seguridad individual, permitiendo que los ciudadanos logren anticipar la forma como se resolverán sus (potenciales) controversias⁹. Esta misma propiedad (la sistematización) contribuye a favorecer una mejor (y más uniforme) interpretación de las normas que integran el cuerpo codificado pues (por ejemplo) la sola ubicación de cada precepto constituye en este modelo un dato lleno de significado¹⁰⁻¹¹.

Dichos efectos no se agotan por ello con el hito que representa el forjamiento de dicho cuerpo, sino que se extienden a toda su vigencia¹². Se pretende, en efecto, que dicha integralidad se imponga a las decisiones particulares que deban adoptarse en vigencia del código, permitiendo que cada una de ellas mantengan la debida concordancia y coherencia, a partir de la obligación del legislador de discutir las en base a un tratamiento unificado y sistemático¹³. El Código se impone, por ello, tanto a la judicatura como al propio legislador (en especial respecto de este último), operando preferentemente a través del peso simbólico que le otorga el cúmulo de condicionantes que habilitan a su configuración.

Todo lo dicho pone en evidencia la estrecha vinculación que dicho fenómeno presenta con el pensamiento racionalista propio de la ilustra-

LA CRUZ, Alex, *La garantía de tipicidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Colección Ensayos Jurídicos, Thomson Reuters, 2011, pp. 8 y ss. (especialmente p. 10).

⁹ ACCATTINO, Daniela, "Métodos de codificación y racionalización del Derecho", en *Cuadernos de Análisis Jurídico II: de la codificación a la descodificación*, Universidad Diego Portales, 2005, pp. 191 y 193. Destaca asimismo (p. 193) la correlación que existe entre la pretensión de racionalización del derecho y su previsibilidad, conectando (ambos) directamente con el proceso codificador clásico, compartiendo más adelante (pp. 194 y ss.) algunas consideraciones que le permiten relativizar estas afirmaciones (incluyendo la realizada en el texto).

¹⁰ NONÉZ, El sentido..., cit., p. 13.

¹¹ PASTOR R. (en *Recodificación penal...*, cit., p. 159) destaca (en cita a Ferrajoli) cómo esta dinámica favorece también una mayor certeza a través de la taxatividad que impone.

¹² No en vano se ha destacado que el código, como instrumento, tiene vocación de permanencia o estabilidad. Incluso su perdurabilidad ha sido sindicada como una característica definitoria o, alternativamente, como un indicador de éxito del proceso codificador. Vid. GUZMÁN BRITO, *La fijación...*, cit., pp. 13 y 14.

¹³ En este sentido, respecto de los denominados códigos clásicos, ACCATTINO, *Métodos...*, cit., p. 191.

ción¹⁴, donde *el código* constituye una muestra física a través de la cual se materializa la pretensión de integralidad del derecho y el objetivo de que las definiciones normativas sean adoptadas (todas) con estricto apego a los mandatos del legislador¹⁵. Ofrece por ello una dinámica legislativa que pretende superar el *casuismo*¹⁶, que rechaza la lógica de los precedentes (constituyendo por ello un fenómeno propio de los sistemas jurídicos continentales) y cuyos aportes se manifiestan como un desafío permanente para la comunidad jurídica.

En este contexto no resulta difícil advertir que todo proceso codificador demanda una serie de exigencias, pues el forjamiento de un código es al mismo tiempo la plasmación de un estado de desarrollo o madurez comunitaria pre existente a su forjamiento¹⁷. En dicho sentido supone, cuando menos, un determinado marco de acuerdos generales que den forma a una estructura de tratamiento de las cuestiones basales de un determinado ámbito del derecho (o, si se prefiere, de la vida civil)¹⁸, como también un ejercicio público que permita definir la correlación de cada aspecto en particular con dicha estructura general, con una extensión que sea capaz de abordar la amplia mayoría de los aspectos necesarios de tratar.

Requiere por ello de un amplio marco de consensos (extensivos, en su caso, a la re-definición de los consensos previamente declarados) cuya plasmación debe tener lugar en un proceso único de carácter definitorio. En la mayoría de los casos dichas definiciones se vinculan (además) a componentes valoricos, con particular incidencia en Derecho Penal¹⁹, lo que agrega una dificultad adicional.

¹⁴ ACCATINO, *Métodos...*, cit., p. 191. Con matices (emanados de complementos) GUZMÁN BRUTO, *La fijación...*, cit., p. 79 y ss., y GONZÁLEZ VERGARA, *Codificación...*, cit., pp. 872 y ss. De forma completa, PASTOR R., *Recodificación penal...*, cit., pp. 94 y ss.

¹⁵ En su caso, la ausencia de norma expresa, debiera ser suplida a partir de *la estructura del Código*.

¹⁶ ACCATINO, *Métodos...*, cit., p. 192.

¹⁷ GUZMÁN BRUTO, *La fijación...*, cit., p. 19.

¹⁸ GUZMÁN BRUTO, *La fijación...*, cit., p. 13.

¹⁹ Al respecto vid. GUZMÁN DALBORA, José Luis, *Política criminal y Reforma Penal en Chile (1991-1995)*, en *Política criminal y Reforma Penal*, Edit. Jurídica ConoSur, Santiago, 1996, p. 45.

A este respecto es necesario puntualizar que la existencia de una valoración común en torno a la necesidad de codificar, normalmente motivada por razones asociadas a la constatación de una amplia dispersión normativa es un dato insuficiente para motivar con éxito un proceso de re-codificación²⁰. Hay que tener en cuenta que, si bien es posible forzar a los órganos legislativos a la adopción de definiciones encaminadas a dicho objetivo, dicha forma de proceder no permite garantizar en modo alguno un resultado final exitoso, en la medida que ello depende de variables ajenas a la mera pretensión codificadora²¹. De ahí que este tipo de procesos suelen aparecer vinculados a dinámicas de *comunión* o *cohesión social* que se refleja en la presencia de un relativo consenso respecto a la necesidad de una redefinición (valórica o sistemática) que se extienda, además, a la forma cómo dicha pretensión se puede (y debe) canalizar. La codificación es por ello reflejo de un proceso político (en el sentido más tradicional o natural del término) que da cuenta de un determinado hito en el estado de desarrollo (integral) de una comunidad; expresivo de la necesidad de concreción de (re)definiciones valóricas trascendentes (diversas a las imperantes en una época anterior) respecto de las cuales exista una cierta uniformidad o consenso.

Las condicionantes se extienden por ello también a presupuestos más genéricos pues se requiere un cierto grado de estabilidad socioeconómica, expresiva de la ausencia de conflictos coyunturales asociados a necesidades sociales, políticas o económicas, de forma de contar con un “*estado de cosas*” en el desarrollo cotidiano que permita la pausa y el tiempo necesario para la adopción de dichas definiciones²². Se requiere además una cierta uniformidad de pareceres respecto a la forma como se pretenden canali-

²⁰ Hay que tener en cuenta este respecto que no parecen concurrir razones de fondo que avalen una prohibición de reglas extra-codificadas (principio de “*reserva de Código*”). La reunión de todas las disposiciones en torno al código resulta deseable exclusivamente por el hecho de que la dispersión normativa favorece la adopción de definiciones o determinaciones legales asistemáticas, excepcionales, redundantes, reiterativas, superpuestas, etc., elevando la posibilidad de que se adopten decisiones que quiebren la integralidad del modelo. Se podrá apreciar que este mismo resultado puede perfectamente llegar a producirse al interior del propio texto codificado como también el que se puede mantener incólume la integralidad del modelo a través de regulación completamente extravagante.

²¹ GUZMÁN BRITO, *La fijación...*, cit., p. 18.

²² GUZMÁN BRITO, *La fijación...*, cit., p. 14. Con acento en la legislación penal, MARTUS ACUÑA, Jean Pierre, *Evolución Histórica de la Doctrina Penal Chilena. Desde 1874 hasta nuestros días*, Thomson Reuters, Santiago, 2011, pp. 156. Asimismo, en torno al derecho español, LÓPEZ-REY Y

zar, lo que se expresa en una exigencia de uniformidad o estabilidad en el desarrollo propio de las disciplinas asociadas a los ámbitos que se desean (re)codificar (consenso sobre los aspectos trascendentes de la sistemática que se pretende consagrar; uniformidad de pareceres en torno a las principales fuentes que la informan y las soluciones que plantean como también, finalmente, respecto al *nivel* en que se pretende *fixar* el derecho²³). Se requiere por ello de un desarrollo científico de respaldo de carácter sostenido y sólido (un elevado *perfeccionamiento de la ciencia correspondiente*)²⁴, cuyo reflejo externo normalmente apunta a la constatación de textos consolidados (obras "*epigonales*" o "*de referencia forzosa*"²⁵) que plasmen con cierta estabilidad o uniformidad el estado de las cuestiones fundamentales correspondientes²⁶.

Parece evidente que este cúmulo de condicionantes lleva a reservar los procesos codificatorios, al menos los exitosos (en efectividad y permanencia o vigencia real), a un lugar excepcional. Basta ver la (elevada) cantidad de iniciativas desplegadas a este respecto y sus magros resultados para poder corroborarlo²⁷, lo que, a fin de cuentas, no hace sino ratificar el carácter fundamental o necesario de cada uno de los presupuestos mencionados.

ARROJO, Manuel, *Criterios y perspectivas de la codificación penal*, publicación especial del "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", Tomo XXXII, Fascículo III, Madrid, 1979, pp. 561 y 563.

²³ Si bien en Derecho Penal suele primar la idea de que la exigencia a este respecto es absoluta (a partir de la asunción como principio del mandato de reserva legal), ya se ha puesto de relieve la diversidad de matices necesarios de considerar. Estos no sólo provienen de las limitaciones del lenguaje sino de la necesidad de considerar definiciones centradas en contenidos normativos, valóricos o requeridos de una concreción particular, cuyo reflejo decanta en la amplia aceptación del uso de elementos normativos y de las denominadas leyes penales en blanco. Sobre esta temática VAN WEEZEL DE LA CRUZ, *La garantía...*, cit., pp. 88 y ss. y 99 y ss.

²⁴ GUZMÁN BRITO, *La fijación...*, cit., p. 13.

²⁵ GUZMÁN BRITO, *La fijación...*, cit., pp. 14 y 18.

²⁶ Al respecto, y concretamente en torno al ámbito penal, vid. HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, "El Perecho Penal chileno en el cambio de siglo", en *Persona y Sociedad*, vol. XVIII, 2 (2004), p. 233. GUZMÁN BRITO, *La fijación*, cit. nota 2, p. 13, pone también en evidencia la necesidad de que *el estado del arte de la disciplina* correspondiente cuente con un adecuado reflejo en los operadores. Ejemplifica destacando que una baja cultura jurídica de estos últimos impedirá que un refinado texto se haga realidad, como también el que pueden llegar a perfeccionar un instrumento defectuoso.

²⁷ Sobre el devenir que a este respecto ha tenido nuestra realidad nacional, vid. MATUS ACUÑA, *Evolución...*, cit., pp. 153, 154 y 185 y ss. Asimismo, RIVACOBBA Y RIVACOBBA, Manuel, "Estudio Pre-

La totalidad de estos contenidos han sido ya suficientemente destacados en nuestro medio nacional como características determinantes o como condiciones esenciales para enfrentar un proceso codificador, tanto a nivel general como en torno al Derecho Penal en particular. A este último respecto Matus Acuña ha puesto de relieve (en forma ampliamente documentada) cómo la pretensión codificadora en materia penal chocó en sus orígenes con la plena utilidad que brindaba la regulación española imperante para resolver los problemas sociales fundamentales o básicos del Chile naciente²⁸; cómo brillaron por su ausencia tanto la calidad como el compromiso político real de juristas de respeto que se encontraren comprometidos con esta causa y cómo sus diversas posiciones daban cuenta de una total inconsistencia entre el programa político (conservador) y el desarrollo (preferentemente comparado) de la disciplina penal, que a la época de la independencia consolidaba un marcado acento liberal²⁹.

En dicho contexto, hubo que esperar a que dicha realidad se modificara para ver nacer el Código penal de 1874, cuyo éxito se vio pavimentado por la adopción de consensos básicos en torno al modelo legislativo a adoptar (en el nivel técnico) a partir de la identificación de una masa de juristas críticos, con compromiso y adhesión a un liberalismo moderado, en condiciones en las que Chile alcanzaba una mayor estabilidad institucional, política y socioeconómica³⁰.

liminar", en *Código Penal de la República de Chile. Actas de las sesiones de la comisión redactora*, Edeval, 1974, pp. 39 y ss. A nivel comparado, con particular atención a la realidad latinoamericana, vid. LOPEZ-REY; ARROJO, *Criterios...*, cit., pp. 557 a 561. Asimismo, vid. NÚÑEZ, *El sentido...*, cit., pp. 17 y ss., sobre la realidad Argentina.

²⁸ MATUS ACUÑA, *Evolución...*, cit., p. 159.

²⁹ MATUS ACUÑA, *Evolución...*, cit., pp. 160 y 164 y ss., respectivamente.

³⁰ MATUS ACUÑA, *Evolución...*, cit., pp. 166 y ss. y 177 y ss. A pesar de compartir el diagnóstico sobre estas condicionantes, mas adelante (pp. 179 y ss.) sostiene (con matices evidentes) que una nueva recodificación requiere: de "*Un cambio más o menos pronunciado en las valoraciones sociales de la clase dirigente acerca de lo permitido y lo prohibido, en un marco de estabilidad social y política (...); Compromiso político del gobierno de turno con la reforma (oportunidad política), y de los miembros de la Comisión redactora del Proyecto (calidad personal); (...), Consenso básico en los redactores y el estamento jurídico en torno a las valoraciones sociales del modelo legislativo y la obra de referencia del proyecto codificador; (...)* y. (Ia) *Compleitud del Proyecto*".

III. LA "VIGENCIA" DEL IDEAL CODIFICADOR EN EL CÓDIGO PENAL DE 1874

Los objetivos y efectos pretendidos tras la codificación penal pareceran haberse desdibujado a corto andar³¹. Por sobre lo evidente (la amplia dispersión normativa extra-codificada) destaca, en primer lugar, el que sus contenidos no ofrecen hoy en día, y desde hace bastante tiempo, un sistema, estructura o siquiera un soporte mínimo que de cuenta de las definiciones fundamentales del modelo de intervención penal que necesita o demanda nuestra comunidad³². Basta ver cómo el Derecho Penal que se aplica a diario (aquel que se puede apreciar en forma viva en el foro) carece totalmente de algún tipo de correspondencia con los principales contenidos que propone el texto codificado, cuya simbología y mensajes llegan en ocasiones a ser incluso incoherentes³³.

A este respecto debemos tener en cuenta que nuestro Código Penal propone criterios de imputación *proprios de su época*, cuyo complemento, actualización y corrección ha debido producirse (en forma preferente) de la mano de la jurisprudencia. Saltan a la vista ejemplos como el tratamiento de la omisión, el error, la imputación del resultado, para constatarlo. Por su parte, propone dinámicas de intervención penal (formas de reacción) cuya aplicabilidad y caracteres fundamentales dependen en el día a día de criterios diversos a los que inspiraron su consagración, alterándose incluso su procedencia con carácter general y su forma de ejecución. A este respecto basta también con recordar las características de nuestro derecho penitenciario (tratado en base al ejercicio de la potestad reglamentaria), el régimen

³¹ PASTOR R., *Recodificación penal...*, cit., pp. 138 y ss. atribuye a dicho fenómeno un carácter general, consignando las razones o causas que, a su juicio, lo motivan.

³² Al respecto, tajante, HERNÁNDEZ BASUALTO, *El Derecho Penal...*, cit., p. 221. Una opinión diversa, si bien referida en exclusiva al texto del Código (y no a la regulación penal en general) se aprecia en RIVACOBÁ; RIVACOBÁ, *Estudio...*, cit., p. 35.

³³ Si bien su texto ofrece una estructura de base que recibe plena ejecución la mayoría de las instituciones de ordinaria aplicación, se trata de contenidos que se ven alterados por modificaciones que han sido introducidas en forma posterior, ofreciendo su texto, por ello, mensajes diversos a los que reciben materialmente los actores en el proceso penal. Por ello, la sistemática que el Código ofrece permanece en buena medida inalterada, pero sólo en el papel. Vid. al respecto, HERNÁNDEZ BASUALTO, *El Derecho Penal...*, cit., pp. 214 y 223.

de la libertad condicional (Decreto Ley N° 321 de 1925), la regulación de los sustitutivos penales (Ley N° 7.821 y, posteriormente, Ley N° 18.216) o el incipiente intento de tratamiento de las medidas de seguridad (Ley N° 11.625)³⁴. Finalmente (y tal vez por lo mismo) es un hecho que luego de numerosas modificaciones legales (realizadas sobre el propio texto del código o plasmadas a través de reglas especiales extra-codificadas³⁵) el tratamiento de los diversos delitos vigentes en nuestro derecho se ha elaborado a partir de parámetros u orientaciones coyunturales, carentes (en buena parte de los casos) de uniformidad y coherencia, lo que, en general, se expresa en una crítica asociada a la proporcionalidad³⁶. Por ello nuestra “*parte especial*” no suele ofrecer al interlocutor lego ningún tipo de criterios o claridad acerca de sus presupuestos esenciales, ni menos aun respecto de las consecuencias que la comisión de un delito puede irrogar al infractor, en una dinámica que, a corto andar, y por sus propias características, se ha tomado circular.

En este contexto no debiera sorprender que una revisión general del texto codificado pareciera dejar la impresión de que *sobra más de la mitad del Código*³⁷; que los contenidos definitorios que éste ofrece en ámbitos valoricos se encuentren completamente desfasados en relación con el estado actual de las opiniones vigentes en el medio nacional³⁸; que existan redundancias y reiteraciones en el tratamiento legislativo de cuestiones análogas o plenamente asimilables; que no existan definiciones estructurales o uniformes entre las diversas figuras, sus presupuestos y consecuencias (con problemas evidentes de proporcionalidad), ni criterios claros acerca de los objetivos que pretende el sistema (finalidades o funciones)³⁹.

³⁴ HERNÁNDEZ BASUALTO, *El Derecho Penal...*, cit., p. 214.

³⁵ Un completo resumen de las modificaciones introducidas al texto del Código puede apreciarse en POLTROFF LIFSCHITZ, Sergio; ORTIZ QUIROGA, Luis (Dirs.), *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, Tomo I, Libro Primero y Parte General, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, pp. 39 y ss.

³⁶ Por todos, HERNÁNDEZ BASUALTO, *El Derecho Penal...*, cit., p. 224.

³⁷ HERNÁNDEZ BASUALTO, *El Derecho Penal...*, cit., p. 225.

³⁸ Ello también apunta a la falta de integración del propio Código en el contexto de la legislación u ordenamiento jurídico en general.

³⁹ HERNÁNDEZ BASUALTO, *El Derecho Penal...*, cit., p. 221 y ss. (especialmente 223 y 225).

Por ello tampoco debiese extrañar el que se ha tendido a estandarizar una mecánica disfuncional a la hora de enfrentar reformas a la legislación penal, centrada en evaluaciones, objetivos y respuestas de carácter contingente, carentes por ello de una perspectiva integral, y cuyos efectos sistemáticos (trascendentales en Derecho Penal) ni siquiera suelen ser analizados⁴⁰.

Así se explica la ausencia de definiciones, e incluso de discusiones, en el campo político criminal, y la distancia de su texto con el sentir y la realidad de la comunidad.

IV. PRINCIPALES REFORMAS JURÍDICO-PENALES DE LAS ÚLTIMAS TRES DÉCADAS

En este contexto las expresiones positivas acordadas por el legislador en materia penal en las últimas tres décadas no parecen apartarse de dicha dinámica (particularizada). En efecto, los requerimientos sociales canalizados a través de la clase política (y sus propias definiciones) han potenciado la óptica de la excepcionalidad, tanto en el plano de lo formal (a través del abuso de normativa extra codificada) como en el propio contenido de las modificaciones que ha sufrido la regulación penal. En este sentido, si bien no se ha acometido la tarea de discutir o revisar los criterios generales de imputación o de reacción y sus modalidades o características fundamentales, éstos han sido frecuentemente obviados a nivel material, limitándose el legislador a dar cuenta de determinadas necesidades coyunturales que apuntan al uso del sistema penal a través de la consagración de reglas definidas desde una óptica más bien parcial⁴¹.

Así, por ejemplo, desde los inicios de la década de los 80 es posible identificar nítidamente tres ámbitos que recibieron el impacto de las reformas penales bajo esta operatoria coyuntural. Por un lado, se procuró dotar al modelo de mayores ámbitos de discrecionalidad y desformalización en su administración práctica, a efectos de fortalecer el control autónomo de la administración al margen de las definiciones generales del legislador (en el contexto de la formalización declarada del régimen institucional) y con

⁴⁰ HERNÁNDEZ BASUALTO, *El Derecho Penal...*, cit., pp. 214 y 216.

⁴¹ Vid. al respecto GUZMÁN DALBORA, *Política criminal...*, cit., p. 47.

el fin de suplir las eventuales dificultades que presenta la administración penitenciaria en un contexto de elevada agitación política, social y depresión económica. A la organización del régimen de ejecución penitenciaria desarrollada a fines de los 70 se suma una modificación al régimen de indultos que favorece un uso meramente discrecional (Ley N° 18.050), rematando, finalmente, con una (considerable) ampliación de los sistemas dispuestos para el cumplimiento alternativo de las condenas de prisión (a través de la Ley N° 18.216). Esta última pone en evidencia sus objetivos reales en cuanto desde el origen carece de una estructura organizacional o de ejecución capaz de cumplir sus objetivos declarados, dejando la satisfacción de las condenas de presidio y reclusión menores de todos los *primerizos* a merced de la decisión de órganos administrativos.

En otras materias, y por razones evidentes, las preocupaciones se orientaron a fortalecer el tratamiento punitivo de ámbitos de excepción referidos a la seguridad pública general o a la protección del régimen institucional (el denominado "*Derecho Penal político*")⁴². Se consagran subsistemas de excepcional rigor dirigidos al tratamiento (y definición) de las conductas terroristas (18.314), a la protección de la Seguridad del Estado (modificaciones a la Ley N° 12.927) y al control de las armas de fuego, debiendo además mencionar una considerable ampliación de las competencias reconocidas al régimen de la justicia militar⁴³.

Finalmente, también destaca el que se procuró reforzar la imposición de lo que se concibe es la principal "*obra institucional*" de la época (el modelo económico) a través de la consagración de una protección específica del funcionamiento de los actores estructurales del sistema financiero (régimen bancario, propio del mercado de valores, etc.). Se plasma un disperso, excepcional e incipiente tratamiento de delitos socioeconómicos dirigidos a resguardar el funcionamiento del mercado (con especial énfasis en el tratamiento del crédito).

⁴² HERNÁNDEZ BASUALTO, *El Derecho Penal...*, cit., p. 231.

⁴³ Cabe considerar que en todos estos casos permanecen inalteradas (cayendo, con ello, en desuso) las reglas particulares que al respecto prevé el Código Penal, en una muestra nítida de la total ausencia de tratamiento integral. Al respecto HERNÁNDEZ BASUALTO, *El Derecho Penal...*, cit., p. 216.

Por su parte, en la década de los 90 destacan dos procesos sucesivos a través de los cuales se introducen modificaciones importantes al sistema penal, abordados, respectivamente, en cada uno de los dos primeros gobiernos democráticos. Ambos encuentran sus raíces en la necesidad creciente de adaptar una anquilosada regulación nacional a estándares que desde hace algún tiempo se venían imponiendo en el ámbito internacional, y cuyo desarrollo se produce al margen (en paralelo) de los conflictos y características de nuestro régimen institucional de los años 70 y 80. Se trata de dinámicas que, por esta misma razón, parecieran contar con respaldo ciudadano, pero que enfrentan dificultades de consideración para reflejarse en modificaciones integrales y efectivas. Primero, por cuanto su necesidad es permanentemente cuestionada por efecto del acostumbramiento y la inercia que provoca la inutilidad concreta o real de las normas vigentes, con el consecuente alejamiento de sus contenidos respecto del devenir cotidiano. Pero, además, por cuanto dichas reformas necesitan la atención de una clase política dividida intencionalmente en dos bloques que no dialogan, desacostumbrada al tratamiento de acuerdos comunes y del respeto al pluralismo y la diversidad.

Bajo dichas condiciones se asume, en primer lugar, la necesidad de plasmar los objetivos políticos propios de la (denominada) *transición a la democracia* cuyos objetivos apuntan preferentemente a la supresión (y reducción) de parte de los contenidos (si bien mínimos) propios del sistema penal que son considerados incompatibles con el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales de la persona humana. Las principales (y escasas) incidencias de dicho proceso (materializado inicialmente a través de las llamadas “*leyes cumplido*”⁴⁴) encuentran un reflejo preferente en el ámbito procesal culminando exitosamente en la promulgación de un nuevo sistema de justicia criminal entrado ya el siglo XXI. En el ámbito penal destaca la supresión de determinados ilícitos asociados a valores morales (adulterio y amancebamiento) y la derogación de la pena de muerte, resultado simbólico que aparece fuertemente matizado por el virtual restablecimiento del presidio perpetuo (efectivo). Otro tanto puede afirmarse respecto de la consagración que mucho más adelante se logrará para establecer un subsistema especial destinado a hacer efectiva la responsabilidad penal de los adolescentes (alcanzado recién a mediados de

⁴⁴ HERNÁNDEZ BASUALTO, *El Derecho Penal...*, cit., p. 231.

los años 2000), cuya neutralidad ha condicionado una aplicación práctica lejana a sus fundamentos.

En paralelo, los esfuerzos se concentran en una revisión integral del tratamiento discriminatorio y violento dirigido a la mujer y por las necesidades de fortalecimiento institucional de la probidad funcionaria, ámbitos cuya redefinición penal inaugura una aproximación que caracterizaría la actividad del legislador punitivo hasta la actualidad. A partir de ahí, la apertura explícita a la lógica de la emergencia y la excepcionalidad, decanta en la consolidación de un uso coyuntural y simbólico (pretendidamente *eficaz* en términos materiales) de las herramientas penales, apartadas con ello de las funciones materiales que éstas pueden brindar. Si bien dicho fenómeno es parte de “*los tiempos que corren*”, encontrándose el Derecho Penal en pleno proceso de expansión (o intensificación) e internacionalización⁴⁵, lo relevante apunta a que en nuestro caso en particular constituye una dinámica que concentra en exclusiva la totalidad del interés institucional, sin que las autoridades correspondientes hayan previsto la necesidad de reservar un espacio en particular para el tratamiento o *puesta al día* de nuestras propias necesidades, instituciones o definiciones político criminales fundamentales (con miras a dotar al modelo de bases —o, siquiera, de una discusión— de carácter elemental).

En este sentido a las sucesivas modificaciones plasmadas en el ámbito de la regulación penal de las conductas de naturaleza o connotación sexual; las referidas a la violencia doméstica o intrafamiliar —paradigmática en la consagración del *femicidio*— y las relativas a la corrupción funcionaria, le siguen un sinnúmero de reformas coyunturales que expresan una especial (y excepcional) preocupación (de fuente trasnacional) por homogeneizar, endurecer y rigidizar el tratamiento de la criminalidad organizada (con especial énfasis en las conductas asociadas al terrorismo, el tráfico de drogas, lavado de activos y la corrupción internacional) y la protección de las condiciones de desarrollo del comercio internacional (propiedad, responsabilidad penal de las personas jurídicas), entre otras.

⁴⁵ Vid., al respecto, HERNÁNDEZ BASUALTO, *El Derecho Penal...*, cit., p. 232; MALDONADO FUENTES, Francisco, “Derecho Penal excepcional y delincuencia cotidiana. Reflexiones sobre la extensión y alcances de los nuevos modelos de legislación penal”, en RODRÍGUEZ COLLAO, Luis (Coord.), *Delito, pena y Proceso. Libro homenaje a la memoria del profesor Tito Solari Peralta*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pp. 41 a 55.

Dichos ámbitos (que concitan el grueso de la preocupación destinada a los contenidos normativos que dan forma al sistema penal) se complementan, en exclusiva, con una permanente preocupación por contar con una mayor seguridad ciudadana o personal, canalizada a través de un constante endurecimiento en el tratamiento de la criminalidad cotidiana, común o habitual, con especial concentración en los delitos violentos contra la propiedad y por la delincuencia reiterada o habitual, proceso que en la actualidad también resulta prototípico a nivel universal⁴⁶.

Esta última preocupación acapara el grueso de las demandas sociales y expectativas dirigidas hacia el sistema penal, acorde a caracteres propios (y al parecer defnitorios) de las relaciones sociales individuales en la postmodernidad, lo que acrecienta la distancia, falta de sintonía y conocimiento de parte de la ciudadanía de las funciones, roles, posibilidades y aportes concretos que se esperan a partir de su utilización, sin que nuestra clase política parezca tampoco apartarse de un tratamiento meramente simbólico, populista o utilitario (para fines propios) de este fenómeno⁴⁷.

En este contexto, la distancia que tradicionalmente suele separar a la política penal del tratamiento dogmático, propio de juristas, teóricos del derecho y de las ciencias penales en general, se tiende evidentemente a incrementar, en la medida que aumenta la falta (casi total) de sintonía, e incluso comunicación, entre dichos actores, la clase política y la propia opinión ciudadana. La fortaleza externa de las disciplinas penales, además, atraviesa en la actualidad en nuestro medio nacional por una *crisis de crecimiento*, motivada por una vertiginosa ampliación de actores y perspectivas, por una mayor dispersión temática y de discusiones, como, finalmente, por una inevitable renovación en los liderazgos, aspectos que, si bien dan cuenta de una mayor madurez, generan una merma en términos de cohesión y uniformidad de opiniones⁴⁸. Todo ello favorece, en lo inmediato, una menor consideración que se le suele brindar en las instancias decisivas de la legislación penal.

⁴⁶ Al respecto, MALDONADO FUENTES, *Derecho Penal...*, cit., pp. 65 a 78.

⁴⁷ HERNÁNDEZ BASUALTO, *El Derecho Penal...*, cit., pp. 227 y ss.; MALDONADO FUENTES, FRANCISCO, *Derecho Penal...*, cit., pp. 78 a 81.

⁴⁸ Esta realidad es del todo reciente. Sobre una valoración previa HERNÁNDEZ BASUALTO, *El Derecho Penal...*, cit., pp. 218 a 220 y 233.

Con ello, las disfuncionalidades que han caracterizado el desarrollo histórico de nuestra codificación penal (y de la legislación penal chilena en general) no han hecho más que incrementarse en las décadas recientes⁴⁹, ofreciendo una operatoria llena de mensajes ambivalentes y equívocos que, por lo mismo, afectan la efectividad del sistema de control penal vigente. Dichos efectos (negativos por cierto) se han visto además exacerbados a partir de la mayor velocidad que ha impuesto el nuevo modelo procesal penal, en la medida en que los déficits se hacen sentir en el día a día con mayor nitidez.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Lo dicho pone en evidencia que la amplia dispersión normativa existente en la actualidad no es el único desafío pendiente para la codificación penal. Tampoco pareciera ser lo más importante. El *código* se encuentra aquejado de todos los males que pretendía evitar, constituyendo un continente que difícilmente se muestra capaz de dar respuesta a los requerimientos de sistematicidad que pretendía servir, pareciendo por ello demandar la organización de las tareas necesarias para su reemplazo⁵⁰. No obstante, todo lo dicho apunta a sostener que este extendido diagnóstico no parece acompañado por ninguna de las condicionantes que han sido descritas como presupuestos determinantes de la codificación, haciendo que dicha empresa parezca en la actualidad una quimera inviable⁵¹.

A nuestro juicio, la indiscutible necesidad (práctica) de re-codificar demanda una tarea preliminar, dirigida a abordar seriamente, y en forma paulatina, las discusiones pendientes respecto de los contenidos basales del modelo. Ello implica desarrollar (como objetivo) un proceso de sistematización parcial, que enfrente, secuencialmente, los desafíos que proponen

⁴⁹ En este sentido, si bien en torno a un ámbito más acotado, GUZMÁN DALBORA, *Política criminal...*, cit., p. 64.

⁵⁰ Otra opinión en MATUS ACUÑA, *Evolución...*, cit., pp. 177 y 178.

⁵¹ Lo ratifica el destino inmediato que ha sufrido el Anteproyecto de Código Penal elaborado a principios del presente siglo, cuya génesis y desarrollo da cuenta de las falencias antes denunciadas. Sobre dicho proceso, vid. MATUS ACUÑA, *Evolución...*, cit., pp. 207 y ss. y HERNÁNDEZ BASUALTO, *El Derecho Penal...*, cit., pp. 233 y 234. Puede apreciarse un cúmulo de argumentos adicionales en HERNÁNDEZ BASUALTO, cit., p. 233.

los presupuestos de imputación penal actualmente vigentes y el sistema de consecuencias (penas) que se desea plasmar. Con esa batería de definiciones (recién) parece posible acometer la tarea de simplificar la *parte especial* partiendo por una verdadera “*poda*” de la regulación en desuso, reiterativa o redundante; para, finalmente, enfrentar el desafío de organizarla y complementarla. Este último eslabón puede, en su caso, asimilarse a la mecánica que supone la recodificación.

No quisiera finalizar sin dar cuenta de que este proceso requiere, inevitablemente, de insumos adicionales en particular. A la necesidad de contar previamente con un modelo claro de ejecución penal (que por ello permita transparentar definiciones referidas a los fines o funciones que se espera que cumpla) se suma (con carácter indispensable) la necesidad de contar con instrumentos de evaluación referidos al funcionamiento real del modelo, lo más completos y comprensivos que sea posible⁵², insumos que habilitarán (de forma determinante) a que se adopten las definiciones normativas que el sistema demanda.

BIBLIOGRAFÍA

- ACCATINO, Daniela, “Métodos de codificación y racionalización del Derecho”, en *Cuadernos de Análisis jurídico II: de la codificación a la descodificación*, Ediciones Universidad Diego Portales, 2005.
- DE LA RUA, Jorge, *La codificación penal latinoamericana*, Ediciones Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1982.
- GONZÁLEZ VERGARA, Paulina, “Codificación y técnica legislativa”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 25, N° 4, 1998.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000.
- , *La fijación del Derecho*, Ediciones Universidad de Valparaíso, Valparaíso, 1977.
- GUZMÁN DALBORA, José Luis, “Política criminal y Reforma Penal en Chile (1991-1995)”, en *Política criminal y reforma Penal*, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, 1996.

⁵² LOPEZ-REV Y ARROJO, *Criterios...* cit., p. 564.

- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, “El Derecho Penal chileno en el cambio de siglo”, en *Persona y Sociedad*, vol. XVIII, N° 2, 2004.
- LÓPEZ-REY Y ARROJO, Manuel, “Criterios y perspectivas de la codificación penal”, publicación especial del *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXXII, Fascículo III, Madrid, 1979.
- MALDONADO FUENTES, Francisco, “Derecho Penal excepcional y delincuencia cotidiana. Reflexiones sobre la extensión y alcances de los nuevos modelos de legislación penal”, en RODRÍGUEZ COLLAO, Luis (Coord.), *Delito, pena y proceso. Libro homenaje a la memoria del profesor Tito Solari Peralta*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008.
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre, *Hacia un nuevo código penal*, publicado en El Mercurio legal en <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2012/10/11/Hacia-un-nuevo-Codigo-penal.aspx> [visitado el 11 de octubre de 2012].
- _____, *Evolución Histórica de la Doctrina Penal Chilena. Desde 1874 hasta nuestros días*, Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2011.
- NÚÑEZ, Ricardo, “El sentido de nuestra codificación penal”, en *Cuadernos de Ciencia Penal y Criminología*, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, N° 5, 1959.
- PASTOR R., Daniel, *Recodificación penal y principio de reserva del Código*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005.
- POLTOFF LIFSCHITZ, Sergio; ORTIZ QUIROGA, Luis (Dirs.), *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, Tomo I, Libro Primero y Parte General, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.
- RIVACOBRA Y RIVACOBRA, Manuel, “Estudio Preliminar”, en *Código Penal de la República de Chile. Actas de las sesiones de la comisión redactora*, Editorial Edeval, 1974.
- RIVACOBRA Y RIVACOBRA, Manuel; ZAFFARONI, E. Raúl, *Siglo y medio de codificación penal en Iberoamérica*, Colección Temas, Editorial Edeval, Valparaíso, 1980.
- VAN WEEZEL DE LA CRUZ, Alex, *La garantía de tipicidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Colección Ensayos Jurídicos, Editorial Thomson Reuters, 2011.