

XIV CONGRESO DEL INSTITUTO INTERNACIONAL
DE HISTORIA DEL DERECHO INDIANO

DERECHO, INSTITUCIONES Y PROCESOS HISTÓRICOS

TOMO III

José de la Puente Brunke / Jorge Armando Guevara Gil
Editores

Capítulo 69



Derecho, Instituciones y Procesos Históricos

XIV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano

Primera edición, agosto de 2008

Edición de José de la Puente Brunke y Jorge Armando Guevara Gil

© Instituto Riva-Agüero de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008

Jirón Camaná 459, Lima 1

Teléfono: (51 1) 626-6600

Fax: (51 1) 626-6618

ira@pucp.edu.pe

www.pucp.edu.pe/ira

Publicación del Instituto Riva-Agüero N° 247

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008

Av. Universitaria 1801, Lima 32 - Perú

Teléfono: (51 1) 626-2650

Fax: (51 1) 626-2913

feditor@pucp.edu.pe

www.pucp.edu.pe/publicaciones

Foto de cubierta: Estantería de la Dirección del Instituto Riva-Agüero (Lima)

Diseño de interiores y cubierta: Fondo Editorial

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio,

total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

ISBN Tomo III: 978-9972-42-859-3

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2008-09998

Impreso en el Perú - Printed in Peru

ANTECEDENTES HISTÓRICO-JURÍDICOS DEL CÓDIGO PENAL CHILENO DE 1874

Emilia Iñesta Pastor

1. INTRODUCCIÓN CONTEXTUAL

La independencia política no supuso en general para toda América la sustitución inmediata de su Derecho, al contrario, siguió rigiendo la legislación de la antigua metrópoli.¹ La independencia supuso la ruptura de los vínculos políticos con la Corona española pero no de la configuración de la sociedad de estos países ni tampoco de su economía; en esos ámbitos se mantuvieron las costumbres y creencias, en definitiva la tradición española.² Como consecuencia, el cambio político no significó la simultánea aparición de un Derecho propio y original de esos países;³ no podemos hablar, por lo tanto, del inmediato surgimiento «de un nuevo orden jurídico, ni siquiera de la instauración revolucionaria de una nueva conciencia jurídico-penal».⁴ Ese Derecho hispano, continuó en vigor en la mayoría de las naciones americanas, si bien se introdujeron los cambios necesarios para hacerlas compatibles con las nuevas necesidades surgidas en cada país.

No menos clara fue la supervivencia de la filosofía-jurídico penal española. A partir de ese momento España servirá de vehículo indirecto de penetración de las doctrinas penales europeas predominantes en el momento de la independencia, especialmente el Iluminismo francés y el Utilitarismo inglés de Bentham, decisivas en la

¹ Bernardino BRAVO LIRA, «El Derecho indiano después de la Independencia en la América española. Legislación y doctrina jurídica», *Historia*, núm. 19, 1984, Santiago, pp. 5 y ss., también, Bernardino BRAVO LIRA, *Derecho común y Derecho propio en el Nuevo Mundo*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1989, pp. 39, 47, 313 y ss., Fernando MAYORGA GARCIA, «Pervivencia del Derecho español durante el siglo XIX y proceso de codificación civil en Colombia», *Revista Chilena de Historia del Derecho*, núm. 14, 1991, Santiago, pp. 291-313, en particular p. 291.

² Bernardino BRAVO LIRA, «Codificación civil en Iberoamérica y en la Península Ibérica (1827-1917). Derecho Nacional y europeización», *Fuentes ideológicas y normativas de la codificación Latinoamericana*, Buenos Aires, Ed. Universidad del Museo Social Argentino, 1992, pp. 81-138, en particular, p. 97.

³ Antonio, QUINTANO RIPOLLÉS, *La influencia del Derecho español en las legislaciones hispanoamericanas*, Madrid, Ediciones de Cultura Hispánica, 1953, pp. 21-22. Luis, JIMENEZ DE ASÚA y Francisco CARSI ZACARÉS, *Códigos penales iberoamericanos. Estudio de legislación comparada*, 2 vols., Caracas, Editorial Andrés Bello, 1946, T. I, p. 9.

⁴ Observaciones realizadas por Luis Jiménez de Asúa a propósito de la codificación en Argentina que consideramos pueden ser generalizadas para todos los países hispanoamericanos, (Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, T. I, Buenos Aires, 3ª ed., 1964, p. 1001).

creación del Derecho penal liberal que cristalizó en la Codificación.⁵ Posteriormente, los nuevos avances penales en el ámbito doctrinal como el clasicismo de Pellegrino Rossi, con un matiz ecléctico, penetrarán en América a través de Joaquín Francisco Pacheco; este autor imprimirá un avance extraordinario en el Derecho Penal en España con sus *Lecciones de Derecho Penal* pronunciadas en el Ateneo de Madrid entre 1839 y 1840 (publicadas como *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1842-43), y sobre todo, por sus *Comentarios al Código Penal de 1848*.⁶ También es notoria la influencia de penalistas como Luis Silvela, Salvador Viada y Vilaseca y Alejandro Groizard y Gómez de la Serna.⁷

Las nuevas naciones americanas independientes, una vez consolidados sus regímenes políticos, sintieron la necesidad de extender la independencia política al ámbito de las leyes, de dotarse de un orden legal nuevo, más claro, simple y abierto a las nuevas necesidades sociales y superar una legislación atrasada, cruel, contradictoria, y sobre todo tan apartada de las nuevas situaciones como era la legislación hispana,⁸ y surgen así los primeros intentos de codificación legislativa.⁹

La codificación hispanoamericana se caracteriza por la elaboración de códigos propios, pero el hecho de tener esos antecedentes comunes, anteriormente descritos,

⁵ A Hispanoamérica llegó la obra de Manuel de Lardizábal, cuyo discurso sobre las penas dio paso a los principios del Derecho penal liberal en España. Manuel de LARDIZÁBAL, *Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España para procurar su reforma*, Madrid, 1782, pp. 86-87. Manuel de RIVACOBA Y RIVACOBA, «Lardizábal, un penalista ilustrado», en *Anuario del Instituto de Investigaciones Históricas de la Universidad Nacional del Litoral*, 7 (1964), pp. 210 y 248. Acerca de la influencia del pensamiento español en el proceso de la codificación hispanoamericana véase: Víctor TAU, «El pensamiento español en el proceso de la codificación hispanoamericana: Los Discursos Críticos de Juan Francisco de Castro», *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 1980, Valparaíso, pp. 375-395. QUINTANO RIPOLLÉS [3], pp. 47-48.

⁶ Joaquín Francisco PACHECO, *Estudios de Derecho Penal. Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid en 1839 y 1840*, 3ª ed., Madrid, 1868, p. 198; *El Código penal concordado y comentado*, 1ª ed., 3 vols., Madrid, 1848. Los comentarios de Pacheco se editaron por primera vez en 1848 y se realizaron hasta seis reediciones. La influencia directa de Pacheco en los penalistas hispanoamericanos se observa en el argentino Carlos Tejedor, denominado el Pacheco hispanoamericano, que publica en 1860 su *Curso de Derecho criminal*; en Perú, José Silva Santisteban, que con su Código Penal de 1863 seguiría el español de 1848; y en Méjico, Martínez de Castro, José María Lafragua y Ortiz de Montellano y Zamacona, autores del Código Penal mejicano de 1871.

⁷ Luis SILVELA, *El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Madrid, 1874; Salvador VIADA Y VILASECA, *Código penal reformado en 1870 con las variantes introducidas en el mismo por la ley de 17 de julio de 1876, concordado y comentado*, 1ª ed. Barcelona-Granada, 1874; Alejandro GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, 1ª ed. Burgos, 1870.

⁸ Fernando MURILLO RUBIERA, «Codificación y sistema jurídico Iberoamericano», *Fuentes ideológicas y normativas de la codificación Latinoamericana*, Buenos Aires, Ed. Universidad del Museo Social Argentino, 1992, pp. 139-153. La situación de la legislación penal en España es descrita con gran claridad por MARTINEZ ALCUBILLA, *Códigos Antiguos de España*, II, Madrid, 1885, pp. 1852-1895. Joaquín Francisco PACHECO, *El Código penal concordado y comentado*, T. I, Madrid, 1848, p. XLVIII.

⁹ Juan BUSTOS RAMÍREZ y Manuel VALENZUELA BEJAS, *Le système penal des pays de l'Amérique latine*, París, 1983, pp. 13-17. JIMÉNEZ DE ASÚA [4], p. 1370. QUINTANO RIPOLLÉS [3], pp. 94-96. Eugenio Raúl ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, T. I, Buenos Aires, Ed. Ediar, 1995, p. 379.

favoreció un proceso de profunda interrelación entre los textos codificados, ya que en muchos casos el código elaborado en un país sirvió de modelo a muchos otros, lo que determinó influencias mutuas en sus legislaciones penales. El proceso se inicia con el Código penal español de 1822, que, como es sabido, tuvo escasa vigencia en España, y sin embargo la tuvo con mucha mayor amplitud en algunos países iberoamericanos.¹⁰ Este código influyó también en el Código penal del Brasil de 1830 que, a su vez, tendría una gran repercusión sobre el español de 1848,¹¹ el cual, la devolvería a numerosos códigos inspirados en él y en su versión reformada de 1850.¹² Otros códigos se inspirarían en el español de 1870 como fue el Código penal cubano de 1879, prácticamente una copia del Código penal español de 1870. Del mismo modo la legislación especial española ha tenido también una gran influencia en América Latina: la *Ley de vagos y maleantes* de 1932 ha constituido un precedente de gran importancia en la configuración de medidas de seguridad. Esa interrelación entre los textos codificados de España e Hispanoamérica ha llevado a hablar de «familias de códigos», procedentes de un antecesor común.¹³

El presente trabajo tiene por objeto el análisis de la influencia particular de uno de esos textos españoles, el Código penal español de 1848, —que Bravo Lira ha

¹⁰ El Código español de 1822 fue adoptado como modelo por el Código penal del Salvador de 1826, Bolivia en 1831, Veracruz en 1834, Colombia y Ecuador en 1837, Costa Rica en 1841. Manuel de RIVACOBA Y RIVACOBA y Eugenio Raúl ZAFFARONI, *Siglo y medio de Codificación Penal en Iberoamérica*, Valparaíso, Publicaciones de la Facultad de Derecho, 1980, p. 13. Acerca del Código español de 1822 véase: José, ANTON ONECA, «Historia del Código Penal de 1822», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, XVIII, 1965, p.267-270; José Manuel ALONSO ALONSO, «De la vigencia y aplicación del Código penal de 1822», *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, febrero 1946, p. 15; Alicia, FIESTAS LOZA, «Algo más sobre la vigencia del Código penal de 1822», *Revista de Historia del Derecho*, II-1, 1977-78, pp.55-77.

¹¹ Joaquín Francisco PACHECO, *El Código penal concordado y comentado*, 2ª ed., 1856, T. I, p. LXVII. T. M. VIZMANOS y C. ALVAREZ MARTINEZ, *Comentarios al nuevo Código penal*, Madrid, 1848, 2 tomos. Juan Francisco LASSO GAITE, «Codificación Penal», III, vol. II, *Crónica de la Codificación española*, 5 vols., Madrid, Ministerio de Justicia, 1970. Javier, ALVARADO PLANAS, «La Codificación penal en la España isabelina: la influencia del Código penal del Brasil en el Código penal español de 1848», *España en la época de la Fundación de la Guardia civil*, V. Seminario Duque de Ahumada, Madrid, 1994, pp. 43-82. Alvarado hace constar que muchas de las influencias del Código del Brasil las recibe a su vez este del Código penal español de 1822. RIVACOBA y ZAFFARONI [10], p. 51.

¹² Sobre la influencia de los Códigos penales españoles en la Codificación Hispanoamericana y en especial la del Código penal de 1848 véase: Emilia INIESTA PASTOR, «La proyección hispanoamericana del Código Penal español de 1848», *Actas de Derecho Indiano, XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia de Derecho Indiano*, San Juan, Ed. Asamblea Legislativa de Puerto Rico, 2003, T. II, pp. 493-521; Ignacio BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, *Presentación a Los Códigos penales iberoamericanos*, Vol. 1, Santa Fé de Bogotá, Ed. Forum Pacis, 1994, p. 14.

¹³ Bernardino BRAVO LIRA, «Relaciones entre la Codificación Europea y la Hispanoamericana», *Codificación y Descodificación en Hispanoamérica*, T. I, Santiago de Chile, 1999, pp. 51-64, véanse pp. 54 y 59. Eugenio Raúl ZAFFARONI, *Los Códigos Penales Iberoamericanos*, T. I, Santa Fé de Bogotá, Ed. Forum Pacis, p. 28.

calificado de «cabeza de códigos»—,¹⁴ en el Código penal chileno de 1874. Y ello no solo porque su influencia sea especialmente notoria, como de forma unánime ha sido reconocida, sino porque además, en la elaboración del texto chileno jugó un papel decisivo la doctrina penal española a través de los Comentarios de Pacheco. También porque, a su vez, el Código chileno fue un eslabón más de esa cadena de códigos mutuamente influenciados, al servir como modelo en otros países iberoamericanos. Jiménez de Asúa mantiene la influencia del texto chileno en el Código penal Hondureño de 1880.¹⁵ También otros penalistas reconocen al Código chileno como modelo del Código penal de Costa Rica de 1880.¹⁶ Por último, el Código penal de Chile destaca por su permanencia, siendo junto con el Código penal de Bolivia una de las raras excepciones a la inestabilidad característica del panorama de la legislación penal hispanoamericana.

¹⁴ BRAVO LIRA [2], T. I, pp. 145 y 175, p. 151. Bravo Lira considera que la razón de que ese Código español fuera adoptado por tantos países se debe a que su contenido proviene casi íntegramente del derecho castellano que regía en España y América española. Por eso no hubo ningún obstáculo para reemplazar ese derecho castellano no codificado vigente hasta entonces, por el derecho castellano codificado de los nuevos textos legales. Las mismas razones explican el éxito del Código civil chileno de 1855, (*Derecho común y Derecho propio en el Nuevo Mundo*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1989, p. 343).

¹⁵ Según Jiménez de Asúa el 27 de agosto de 1880 aparece el que considera propiamente el primer Código penal Hondureño: «se inspiró en el Código chileno, y el Proyecto, publicado el 9 de abril de 1879, lo redactó una Comisión compuesta por Adolfo Zúñiga, Jerónimo Zelaya y Carlos Alberto Uclés». A continuación habla de un Código posterior en Honduras de 29 de julio de 1898 inspirado en el español de 1870, (JIMÉNEZ DE ASÚA [4], T. I, p. 1196). Antonio Quintano Ripollés, sin embargo, no hace ninguna referencia a ese Código penal de Honduras de 1880 del que habla Jiménez de Asúa y cita como primer Código penal de Honduras el promulgado el 29 de julio de 1898, si bien coincide en su inspiración en el español de 1870, (QUINTANO RIPOLLÉS [3], p. 113). En el mismo sentido se pronuncian Ricardo LEVENE y Eugenio Raúl ZAFFARONI, *Códigos Penales Latinoamericanos*, 4 vols, Buenos Aires, Ed. La Ley, 1978, T. I, p. 15.

¹⁶ Costa Rica promulgó su segundo Código Penal el 27 de abril de 1880, redactado por el penalista Rafael Orozco. Walter Antillón considera que se utilizó como modelo el Código chileno de 1874: «Rafael Orozco... se limita a copiar el Código penal chileno de 1874 casi al pie de la letra, salvo los inevitables cambios, puramente nominales en su mayoría que van de un país a otro, y el aspecto de las penas... Esto, ... fue acertado, pues el Código chileno constituía a su vez, una buena adaptación del Código español de 1848 (obra de Pacheco) en su versión de 1850», (*Costa Rica, en Los Códigos Penales Iberoamericanos*, T. 7, Santa Fe de Bogotá, Ed. Forum Pacis, 1994, p. 22). Esa influencia chilena en Costa Rica también es admitida por Jiménez de Asúa, aunque con visibles contradicciones: «el 27 de abril de 1880 se promulga un Código penal. Lo redactó... Rafael Orozco, y está inspirado en el Código español de 1870, en su versión chilena de la que es casi copia». Es evidente que Jiménez de Asúa reconoce el texto chileno como modelo en Costa Rica, pero se contradice al manifestar que el Código penal chileno estaba inspirado en el español de 1870, ya que en la misma obra al referirse específicamente al Código Penal Chileno le atribuía como modelo el español de 1848/50, (JIMÉNEZ DE ASÚA [4], T. I, p. 1360 y 1166). Sin embargo en el estudio de legislación comparada de los Códigos penales iberoamericanos al tratar de Costa Rica, afirma acerca del primer Código penal de Costa Rica, de 1880: «en un todo análogo al Código español de 1870», (JIMÉNEZ DE ASÚA y CARSI ZACARÉS [3], T. I, p. 177). Por otro lado, Quintano Ripollés coincide en la fecha y autoría del Código de Costa Rica, pero considera que está inspirado en el español de 1870, (QUINTANO RIPOLLÉS [3], p. 137). De la misma opinión son LEVENE y ZAFFARONI [15], T. I, p. 13.

2. EL DERECHO PENAL DEL CHILE INDEPENDIENTE ANTERIOR A LA ETAPA CODIFICADORA

Hasta el momento de la independencia, el Derecho Penal vigente en América estaba integrado: por un lado, por la *Recopilación de las Leyes de Indias* de 1680, que dedica el Libro VII —compuesto de ocho títulos— a los delitos y las penas. Contiene una mezcla de Derecho Penal sustantivo y procesal, de normas relativas a la organización de los tribunales y Derecho Penitenciario. Se trata de una normativa de claro carácter tutelador de los indios, que se refleja tanto en la regulación de los delitos como de las penas.¹⁷ Como supletorio se aplicaría todo el Derecho de Castilla, el Fuero Real, las *Partidas*, el Ordenamiento de Alcalá, las Ordenanzas Reales de Castilla, las Leyes de Toro, la Nueva Recopilación y la Novísima Recopilación. Pero, en la práctica, y ante la insuficiencia de la legislación penal de la Recopilación indiana, se aplicó fundamentalmente el Derecho Penal contenido en la Nueva Recopilación, con su agregado de Autos, y sobre todo las *Partidas*, que contaban con el único cuerpo legal penal sistemático de la legislación castellana: La Séptima Partida.¹⁸

También aparecían normas penales en los Autos Acordados de las Audiencias, y los Bandos dictados por adelantados, virreyes y gobernadores, de carácter procesal penal, y las Ordenanzas de los Cabildos, que contienen normas de policía. Normativa especialmente reveladora de las tendencias delictivas existentes.¹⁹

En Chile, el proceso codificador llegó con retraso, debido a que la independencia tuvo lugar en 1817 sin la virulencia revolucionaria que tuvo en otros países.²⁰ Ello

¹⁷ Silvia PEÑA, «Raíces del Derecho Penal Chileno», *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, VII (1982), pp. 289-314; Carmelo VIÑAS Y MEY, *España y los orígenes de la política social*, Ed. Juan Ortiz, Madrid, pp.119 y ss.

¹⁸ ALAMIRO AVILA MARTEL, *Esquema del Derecho Penal Indiano*, Santiago de Chile, 1941, pp. 23-29. ABELARDO LEVAGGI, *Historia del Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, 1978, p. 17. JOSE MARÍA OTS Y CAPDEQUÍ, *Historia del Derecho español en América y del Derecho indiano*, Madrid, 1969, p. 46. ALAMIRO AVILA MARTEL, *Aspectos del Derecho penal indiano*, Buenos Aires, 1946, pp. 18-19; EDUARDO NOVOA MONREAL, *Curso de Derecho Penal Chileno*, Santiago de Chile, 1960, p. 103.

¹⁹ RICARDO LEVENE, «Derecho Penal Indiano», *Historia del Derecho Argentino*, II, Buenos Aires, 1946. En Chile destacan las Instrucciones dictadas por la Audiencia de Santiago para sustanciar causas criminales. Conocemos las elaboradas en 1757 y 1778 por los fiscales D. José Perfecto Salas y D. Ambrosio Zerdán y Pontero. En 1796 se publica una nueva *Instrucción para substanciar causas criminales aprobada por el rey* (R. C. de 24-XI-1797) que llega a constituir un verdadero Código de procedimiento penal. También conocemos una instrucción de un claro contenido penitenciario, elaborada por Perfecto Salas destinada al alcaide de la cárcel de Santiago. También las Audiencias promulgaron autos acordados sobre materias más específicas de Derecho Penal como aplicación de penas corporales, asilo eclesiástico. etc. Del mismo modo, también aparecen normas penales en los Bandos dictados por los virreyes y gobernadores. En Chile, en 1778, el entonces presidente D. Ambrosio O' Higgins promulgó un bando en el que recopiló las principales disposiciones de sus antecesores y fue repetido, a su vez, por quienes le sucedieron en el gobierno, llegando a constituir lo que Alamiro Avila califica de «edicto perpetuo».

²⁰ A ello contribuyeron circunstancias políticas, como la dictadura del general O'Higgins, a la que siguieron una serie de gobiernos conservadores, Prieto (1831-41), Bulnes (1851) y Manuel Montt (1851-61).

justificó que siguiera vigente la legislación española, aunque con sucesivas adaptaciones, aboliendo las instituciones antiguas y reemplazándolas por las nuevas de acuerdo con la ideología liberal del momento, sobre todo en cuanto a penalidades.²¹ Chile no siguió la regla general de codificar primero el Derecho penal ya que se redactaron primero el Código Civil, el 14 de diciembre de 1855,²² y el Código de Comercio, de 23 de noviembre de 1865.

Consumada la independencia política de la República y configurada la organización del nuevo Estado por el estadista Diego Portales, la consolidación política permite la constitucionalidad y la inquietud por la creación de un Derecho específicamente nacional. Después de varios ensayos constitucionales, se afianza un Estado republicano y un sistema constitucional con la Constitución de 1833 que se prolongaría hasta 1925. A partir de 1861 se inicia una etapa liberal caracterizada por el equilibrio entre el poder del Presidente de la República y los grupos políticos.²³

Como consecuencia de todo ello se abre para la legislación penal un periodo intermedio (1810-1874) en el cual los gobiernos independientes comenzaron a dictar leyes especiales sobre determinadas materias penales, que rigieron con preferencia a las españolas o, en su defecto, destinadas a adaptar la legislación a las necesidades y,

²¹ Incluso en algunos países, como fue el caso de Chile se declaró expresamente la vigencia de la legislación española, como se manifiesta en La Constitución Provisoria de 1818: «ínterin se verifica la reunión del Congreso, juzgarán (los magistrados) todas la causas por las leyes, cédulas y pragmáticas que hasta aquí han regido, a excepción de las que pugnan con el actual sistema liberal de gobierno. En este caso consultarán con el Senado, que proveerá el remedio», Bernardino BRAVO LIRA, *Derecho común y Derecho propio en el Nuevo Mundo*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1989, pp. 47 y 317; del mismo «Derecho patrio o nacional en España, Portugal e Hispanoamérica durante el siglo XVIII y primera mitad del siglo XIX», *Revista Chilena de Historia del Derecho*, núm.10, 1984, Santiago, pp. 121 y ss.; Discurso pronunciado por el profesor de Código penal Señor Don Alejandro Reyes, el 29 de marzo de 1875, en que inauguró el primer Curso Público de este ramo, reproducido por Robustiano VERA, *Código penal de la República de Chile comentado*, Santiago de Chile, Imprenta de P. Cabot, 1883, p. 64.

²² Acerca de la Codificación civil en Chile y su influencia en los posteriores Códigos: Alejandro GUZMÁN BRITO, *La Codificación Civil en Iberoamérica, siglos XIX y XX*, Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile, 2000, del mismo autor, Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y codificación del Derecho civil en Chile, Santiago, Ed. de la Universidad de Chile, 1982, 2 vols.

²³ Carlos SALINAS ARANEDA, «Vigencia del Derecho indiano en Chile republicano. La personalidad jurídica de las congregaciones religiosas», *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XII, 2000, Valparaíso, pp. 299-316, véase p. 299-300. Bernardino BRAVO LIRA, El primer Constitucionalismo en Chile, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XV, 1992-1993, Valparaíso, pp., 303-332, p. 310, 322 y 329; del mismo, *El Estado Constitucional en Hispanoamérica 1811-1991*, México, Ed. Escuela Libre de Derecho, 1992, pp. 22-24; del mismo, *El Absolutismo ilustrado en Hispanoamérica, Chile (1760-1860)*. De Carlos III a Portales y Montt, Santiago de Chile, Ed. Universitaria, 1994; *Historia de las instituciones políticas de Chile e Hispanoamérica*, Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile, 1986. Mario VERDUGO MARINKOVIC, «Los principios del constitucionalismo clásico en los ordenamientos fundamentales de Chile», *Revista de Derecho Público*, 19-20, 1976, Santiago, pp. 117-143. Jayme EYZAGUIRRE, *Historia de las Instituciones Políticas y sociales de Chile*, 5ª ed., Santiago de Chile, Ed. Universitaria, 1976, pp. 124-125. Enrique BRAHM GARCIA, «La discusión en torno al régimen de gobierno en Chile (1830-1840) y (1840-1865)», *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XV, 1992-93, Valparaíso, y XVI, 1994, Valparaíso, pp. 277-302 y pp. 35-56, respectivamente.

sobre todo, a la idiosincrasia nacional. Legislación que tiene un especial interés por poner en evidencia los problemas penales que debieron afrontarse y, especialmente, para mostrar la orientación del legislador.²⁴ Siguiendo una clasificación que, con algunas variantes, se repite en la literatura chilena, esas leyes pueden agruparse de la siguiente manera: a) leyes relativas al ejercicio de la libertad de imprenta con el denominador común de sancionar los abusos en el ejercicio de ese derecho; b) leyes que sucesivamente establecieron, abolieron y restablecieron las penas de azotes; c) leyes destinadas a regular la propiedad, particularmente el hurto y el robo, con precisión de agravantes en la comisión de los mismos; d) diversas leyes relativas a otros delitos (juegos de azar, contrabando, falsificación, conspiración y motín, atentado en contra de líneas telegráficas, en contra de ferrocarriles, porte de armas... etc.) y a cuestiones de procedimiento.²⁵ Se trata de una variada e inconexa legislación compuesta por alrededor de cuarenta leyes promulgadas entre los años 1811 y 1872, de las cuales buena parte de ellas son Decretos con fuerza de ley dictadas entre 1831 y 1837, conocidas como *Leyes Marianas*, obra del jurista Mariano Egaña.²⁶

Pero, evidentemente, ese conjunto de disposiciones que se fueron dictando para complementar la legislación española o para llenar los vacíos más urgentes, no fueron suficientes. Empiezan a surgir las críticas no solo por la pervivencia de la legislación hispana sino también centradas en la legislación de los nuevos gobiernos independientes,

²⁴ Santiago LAZO, *Los Códigos Chilenos Anotados. Código penal Chileno. Orígenes, Concordancias y Jurisprudencia*, Santiago de Chile, Ed. Poblete Cruzat Hermanos, 1917, Introducción, p. VIII; Rafael FONTECILLA RIQUELME, *La pena (evolución natural, jurídica y técnica). Los problemas Modernos y sus influencias en el nuevo Derecho Penal Chileno*, Santiago de Chile, 1930, p. 197; NOVOA MONREAL [18], p. 104. Fenómeno generalizado a todos los países hispanoamericanos, que sería explicable por la existencia en todos ellos de una semejante situación ideológica, política, social y económica, como ha puesto de relieve Manuel de RIVACOBA y RIVACOBA, *Evolución Histórica del Derecho Penal Chileno*, Valparaíso, 1991, p. 18. E incluso hay una coincidencia fundamental en la temática de las disposiciones, como señala para el caso de Argentina: A. SOLER, *Derecho Penal Argentino*, T. I, Buenos Aires-Córdoba, 1940, pp. 86-91.

²⁵ Clasificación realizada por J. RAIMUNDO DEL RÍO, *Derecho Penal*, 3er. T., Santiago de Chile, T. I., 1935, p. 305-309. Entre las normas pertenecientes al tercer grupo contiene la ley de 22 de julio de 1837, sobre hurtos de animales y la ley general de hurtos y robos de 7 de agosto de 1849, que constituye a juicio del penalista Etcheberry una de las más importantes del periodo por constituir una regulación completa de la materia (Alfredo ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, Santiago de Chile, T. I., 1964, p. 35).

²⁶ Bernardino BRAVO LIRA, «Los comienzos de la codificación en Chile. La Codificación procesal», *Revista Chilena de Historia del Derecho*, núm. 9, 1983, Santiago, pp. 191-210. Bravo Lira considera a Mariano Egaña el iniciador de la Codificación de Chile. Elaboró un primer proyecto de Código de procedimiento civil que data de 1835. Si bien esta obra no llegó a ser sancionada como un texto único muchas de sus partes fueron promulgadas como leyes en 1837. Resulta de interés citar, por su sentido humanitario, una de esas llamadas *Leyes Marianas*, de 2 de febrero de 1837, en que se dispone que, mientras no se dicte el Código penal, los jueces deberán atenerse a la legislación vigente, pero «que cuando encontraren que esta es excesivamente dura, suspéndase la ejecución entre tanto se hace presente al Presidente de la República que este Tribunal encuentra que sería a equidad conmutar la pena arriba decretada conforme a la ley, en tal otra».

entre ellas una de las más significativas por su claridad es la realizada por la Cámara de los Diputados de Chile en el inicio de las sesiones del Congreso de 1831:

Mientras la legislación sea un caos insondable e inmenso, no puede mejorar la administración de justicia; treinta y seis mil leyes compiladas y millones de dispersas, sin principio, sin unidad ni relación a las luces, a las costumbres y naturaleza de nuestro Gobierno, no pueden aprenderse ni, sabidas, hacerse decisiones que satisfagan: por ello es preciso comenzar por la redacción de los códigos, reduciéndose tales cuales se hallan a lo vigente; separar lo derogado e inconducente y, suprimiendo los largos prólogos, reducirlos a sus disposiciones genuinas y claras.²⁷

3. LOS INICIOS DE LA CODIFICACIÓN PENAL EN CHILE: LOS DISTINTOS PROYECTOS DE CÓDIGOS

Es a partir de la segunda mitad del siglo XIX cuando surge la necesidad de reemplazar la anticuada legislación penal hispana y adaptarla a las nuevas necesidades de la sociedad recogiendo los nuevos avances que habían aparecido en la doctrina penal. La situación es perfectamente descrita por el Presidente chileno Federico Errázuriz y su ministro de Justicia José María Barceló, en el Mensaje que acompaña al Proyecto de Código penal de 1873: «La legislación española, apenas modificada por leyes patrias especiales, adolecía de graves defectos que hacían inaceptable por más tiempo su subsistencia» y concluye señalando:

[L]a necesidad de una reforma de nuestra legislación penal se hacía sentir de mucho tiempo atrás, para poner en armonía el estado presente de nuestra sociedad, el desarrollo que ha alcanzado en todas las esferas de su actividad, con los preceptos que deben marcar sus límites y su campo de acción propia, fijando las reglas supremas de lo lícito y lo ilícito.²⁸

²⁷ Alejandro GUZMÁN BRITO, *Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y codificación del Derecho civil en Chile*, T. II, Santiago, Ed. de la Universidad de Chile, 1982, Fuentes, Doc. N° 22, anexo 87, p. 53. En el mismo sentido se pronunciaba Alejandro Fuensalida, célebre comentarista del Código de 1874: «Es cierto que la arbitrariedad judicial necesaria con las Partidas y la Novísima, en lugar de compeler con sus inconvenientes a la destrucción de ese vetusto edificio y carcomido, adormecía, por el contrario, todo espíritu innovador; pues la ciencia y la honorabilidad de los tribunales superiores suplían, en lo posible, los defectos de las leyes. Estábamos entregados a la arbitrariedad judicial y al derecho de gracia del Consejo de Estado; mas la causa apuntada como un timbre de honor para nuestra magistratura, no dejaba sentir la necesidad de la reforma», (Alejandro FUENSALIDA, *Estudios sobre el Libro I del Código Penal*, Santiago de Chile, 1876, p. IX., pp. XXXIII y XXXIV).

²⁸ Mensaje del Gobierno acompañando al Código Penal al Congreso, firmado por Federico Errázuriz y José M. Barceló, en *Concordancias del Código Penal, Precedidas de un importante índice alfabético y seguidas de un apéndice que contiene las leyes, ordenanzas, decretos, autos acordados y circulares que se relacionan con el Código*, por un Abogado, Santiago de Chile, 1899, pp. XXXIII y XXXIV.

3.1 Primeras tentativas de codificación hasta mediados del siglo XIX

El proceso codificador se inicia en Chile con el discurso pronunciado por el entonces director supremo Bernardo O'Higgins, el 22 de julio de 1822, en el que propone al Congreso, —en sustitución del Derecho antiguo— la adopción de los cinco códigos napoleónicos.²⁹

Desde 1823 se advierten reiteradas iniciativas para codificar la legislación penal que se expresan en el nombramiento de sucesivas comisiones o de determinadas personas con el fin de redactar un proyecto de código penal. El diecisiete de noviembre de 1823, Don José Alejo Eyzaguirre presenta al Congreso constituyente una moción para recopilar y codificar todas las leyes existentes. El proyecto fue aprobado y se nombró incluso una comisión legislativa pero sin ningún resultado efectivo.³⁰ Más tarde, el 29 de julio de 1826, don Santiago Muñoz Bezanilla propuso al Congreso Nacional que constituyese una comisión de cinco letrados, para que en el plazo de dos años reformase todo el Derecho civil y criminal, reduciéndolos a un solo texto. Supuso un cierto avance puesto que proponía no solo tener a la vistas los códigos napoleónicos, sino también el uso de los códigos españoles que habían regido en Chile y los vigentes en otras naciones.³¹

En 1828, el 27 de marzo, Don Francisco R. de Vicuña propuso al Congreso constituyente designar una Comisión³² para que presentara un proyecto de legislación civil y criminal, o que, en su defecto, se concediese, un premio al mejor proyecto de código civil y criminal que se presentara en el plazo de un año. Se adoptó la opción del premio.³³ Pero como los intentos anteriores, el proyecto no llegó a cristalizar. Es necesario resaltar que a ese certamen se presentó el notable jurista peruano Don Manuel Lorenzo Vidaurre con un proyecto de un código penal, de pensamiento laico, progresista y humanitario.³⁴ En ese mismo año de 1828 la Corte de apelaciones de Santiago pondría al Gobierno la adopción del Código penal español de 1822 por ser «el fruto de la filosofía de la experiencia y de las luces, más análogo a nuestras instituciones,

²⁹ «Sabéis cuan necesaria es la reformatión de las leyes. Ojalá se adoptaren los cinco códigos célebres, tan dignos de la sabiduría de estos últimos tiempos y que ponen en claro la barbarie de los anteriores», (GUZMÁN BRITO [27], T. II, Fuentes, Doc. N° 4, p. 14).

³⁰ *Ibidem*, T. II, Fuentes, Doc. N° 6-9, p. 21 y ss.

³¹ NOVOA MONREAL [18], p. 104. GUZMÁN BRITO [27], Doc. N° 12-13, p. 25 y ss.

³² Integrada por D. Pedro Antonio Pérez, don Gaspar Marín, don Diego Antonio Elizondo, don Juan de Dios Vial del Río y don Carlos Correa de Saa.

³³ R. PEÑA CABRERA, *Derecho Penal peruano*, Parte General, Lima, 1980, p. 83.

³⁴ Proyecto que también elaboró para Lima, destaca por su erudición y valor doctrinal. JIMÉNEZ DE ASÚA [4], p. 1201. El contenido del Proyecto de Chile es reproducido en E. C. LATORRE, «Algunos otros antecedentes para la Historia de la Codificación Nacional: Proyecto de Código Penal para Chile», *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, III, 1978, Valparaíso, p. 303-324. Se desconoce si el Gobierno de Chile tomó en consideración el proyecto de Vidaurre, probablemente no se hizo por razones políticas, por la inestabilidad del Gobierno de Pinto en esos momentos.

ya incompatibles con la antigua legislación penal; el mejor que se conoce en nuestro idioma y proscrito por el Rey de España, que es un mérito entre nosotros».³⁵ En 1831 el Senado facultó al Gobierno para que designara un encargado de formar los códigos legislativos, dotándole de la categoría y el sueldo de Ministro de la Corte Suprema, pero tampoco conocemos los resultados.³⁶ Se vuelve a insistir en la adopción del Código penal español de 1822 el 14 de octubre de 1831 en el informe de Gabriel José de Tocornal a la Cámara de Diputados, proponiendo que sirviera de base el código dictado por las Cortes de España «por los principios liberales y que, por lo mismo se hizo aborrecible para Fernando VII».³⁷ Más tarde, en 1833 don Manuel Camilo Vial presenta un contraproyecto para el nombramiento de una Comisión que extractase la parte dispositiva de las leyes existentes en un lenguaje sencillo y conciso.³⁸ Y, por último, por Ley de dieciocho de septiembre de 1840 se crea una Comisión de legislación para la reforma y codificación de las leyes, sin resultados conocidos.

De esta manera se llega a la mitad del siglo XIX sin que Chile tenga redactado su código penal.

3.2 Los intentos de Codificación penal desde 1846 a 1856

Convencido el gobierno de la urgente necesidad de la reforma penal y con el fin de superar los intentos frustrados descritos se sigue un segundo período en donde se realizan varios intentos de codificación. Por Decreto de 18 de diciembre de 1846 se nombra una Comisión con el fin de elaborar un código penal y otro de procedimiento criminal. En el propio Decreto se establecía que se tomaría como base del primero «el nuevo Código penal de España y las reformas que se hizo en el de la Nueva Granada (Colombia)», se refería, evidentemente, al Código penal de 1822;³⁹ también se hacían constar las orientaciones que debían seguir los codificadores en cuanto a la configuración de los delitos y las penas.⁴⁰

Pero, el hecho de que la Comisión citada anteriormente no desarrollara ninguna labor, no hizo desistir al Gobierno y al Congreso de la tarea codificadora y para tal fin se dicta la Ley de 14 de Septiembre de 1852 que autorizó al Presidente de la República para designar por Decreto Supremo a los juristas que tendrían a su cargo la redacción de los proyectos de código que se estimaba necesario dictar, entre ellos el Penal, el de

³⁵ RIVACOBA Y RIVACOBA [24], p. 31.

³⁶ GUZMÁN BRITO [27], T. II, Fuentes, Doc. N° 57, pp.100 y ss.

³⁷ RIVACOBA Y RIVACOBA [24], p. 38. GUZMÁN BRITO [27], Doc. N° 53, anexo 649, pp. 87 y ss. y N° 54, pp. 91 y ss., pp.100 y ss.

³⁸ GUZMÁN BRITO [27], Doc. N° 4, p. 14.

³⁹ El Decreto estaba firmado por el Presidente Bulnes y refrendado por Manuel Camilo Vial. La Comisión estaba compuesta por los principales penalistas del país: D. Antonio Varas, José Victorino Lastarria, Antonio García Reyes y Manuel A. Tocornal. LAZO [24], Introducción, pp. IX-X.

⁴⁰ LAZO [24], Introducción, pp. IX-XX. FONTECILLA [24], p. 199.

Procedimientos, el de Comercio, el de Minas, el Código militar o de guerra y marina. Se facultó al Presidente para asignar una renta (equiparada a la de los Ministros de la Corte Suprema) a las personas que comisionara para preparar proyectos de reforma de códigos. En consecuencia, por Decreto de 26 de octubre del mismo año, se comisionó a Don Antonio García Reyes para formar un proyecto de código penal, debiendo someter al Gobierno las bases, para que fueran previamente examinadas y discutidas por una comisión que se nombraría al efecto. Pero, este encargo no pudo ser cumplido por el fallecimiento de aquel.⁴¹

Ante la falta de resultados de las anteriores iniciativas, el Gobierno designó en 1856 a don Manuel Carvallo con igual objeto. Este desempeñó su cometido elaborando un Proyecto de Código Penal para la República de Chile, compuesto de dos libros y quinientos cincuenta y cinco artículos —conocido como Proyecto de Carvallo—. En ese tiempo, además, el propio Carvallo tradujo al castellano, por encargo del Gobierno, el Código penal belga de 1867, que se publicó por la imprenta nacional chilena en 1869, hecho que tendría una especial relevancia en la redacción del Código penal chileno de 1874 como veremos a continuación. A pesar del trabajo realizado, el proyecto de Carvallo quedó incompleto y no llegó a sancionarse como ley.⁴²

4. EL CÓDIGO PENAL CHILENO DE 1874

4.1 Proceso de elaboración, aprobación y discusión en las Cámaras

4.1.1 Origen, composición y trabajos de la Comisión redactora del Código penal chileno de 1874

Después de tantos intentos fallidos se vuelve a nombrar una nueva Comisión de Códigos el 17 de enero de 1870 encargada de la redacción del Proyecto de Código penal para la República, que inicia sus trabajos el 8 de marzo de 1870 y los termina el 22 de octubre de 1873.⁴³ Durante todo ese tiempo hay que poner de relieve que

⁴¹ Acerca del contenido y las vicisitudes del trabajo de García Reyes, con una reproducción del sumario del proyecto que preparaba y una aproximación a la ideología y doctrina que informaban al autor, véase A. URIBE ARCE, «La preparación de un Código Penal», *Revista de Ciencias Penales de Santiago de Chile*, XXV, 1966, pp. 92-98, especialmente pp. 94-98. Alejandro GUZMÁN BRITO, «Bibliografía de las primeras ediciones de los proyectos de códigos para Chile, de las actas de sesiones de sus comisiones redactoras o revisoras y de los códigos promulgados, hasta 1906», *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XV, 1991, Valparaíso, pp. 335-358, p. 341.

⁴² El primer libro se publicó en 1856 relativo a los delitos y a las penas, y el segundo en 1859, regulando en ocho títulos los delitos privados. JIMÉNEZ DE ASÚA [4], T. I, p. 1.166. LAZO [24], Introducción, p. X. FONTECILLA [24], p. 199. GUZMÁN BRITO [41], p. 341.

⁴³ Formaban la Comisión: Alejandro Reyes —que fue nombrado su Presidente—, Eulogio Altamirano, José Clemente Fabrés, José Antonio Gandarillas, José Vicente Abalos, por renuncia de éste se agregó dos años después Adolfo Ibañez, Manuel Renjifo, Diego Armstrong. Y conforme a las actas de la Comisión redactora fueron secretarios de la misma: D. Julio Prieto Urriola hasta julio de 1870, Robustiano Vera,

en España habían surgido dos nuevos códigos penales en 1848 y 1870. La Comisión comenzó sus trabajos sin tener en cuenta los proyectos de código penal anteriormente realizados y a pesar del mandato oficial de tomar como modelo el Código penal belga de 1867 decidió trabajar sobre la base del español de 1848.

La redacción del proyecto debió de encargarse a Don Manuel Rengifo, y se le asignó un sueldo especial. La Comisión redactora estuvo presidida por el Señor Reyes, celebró 174 sesiones,⁴⁴ concluyendo los trabajos el 22 de octubre de 1873. El 2 de septiembre de 1872 el Proyecto de Código penal ya estaba redactado (se le dedicaron las sesiones de la una a la 114). Los trabajos se interrumpieron hasta el 2 de marzo de 1873 debido a la necesidad de imprimir el proyecto para que los comisionados dispusieran de un ejemplar y comenzar así la revisión del proyecto (sesión 115 hasta la 174). De todas y cada una de las sesiones de trabajo se levantó cuidadosamente la correspondiente acta, publicándose en un volumen del mismo año 1873.⁴⁵

4.1.2 Debates y tramitación parlamentaria

Después de tres años de constante labor, la Comisión dio término a su cometido. El proyecto fue enviado al Gobierno, acompañado de un corto mensaje exponiendo los

hasta julio de 1871 y Osvaldo Renjifo, quien puso fin a la obra. VERA [21], p. 51. Se critica la escasa formación penal de sus miembros, y en general las innovaciones introducidas se debieron a la influencia de las críticas de Pacheco. Las pocas que se deben a la originalidad de la comisión Redactora no fueron muy afortunadas. Alfredo ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, 2ª ed., Santiago de Chile, 1976, T. I, p. 32. Mucho antes había escrito Alejandro Fuensalida: «Creemos que el Código, con hombres especiales en la ciencia penal, pudo ser una obra perfecta», (*Concordancias y comentarios del Código penal chileno*, Lima, Imprenta comercial Calle del Huallaga, 1883, T. I, p. X).

⁴⁴ Suele decirse que la Comisión redactora del Código penal chileno celebró 175 sesiones. Sin embargo, como ha puesto de manifiesto Rivacoba, fueron 174. Existe un salto de la sesión 117, en 17 de mayo de 1873, a la 119, explicable por un error en la numeración, que se comprueba por el ritmo que tenían entonces las sesiones y el orden y la sucesión de las materias tratadas en la 117 y en la 119.

⁴⁵ *Actas de las sesiones de Comisión Redactora del Código Penal Chileno*, Sesión 114, 2 de septiembre, 1872. Finalizados los trabajos la Comisión mandó que se imprimiera el proyecto para facilitar la revisión. Se conoce una edición de ese proyecto editado en Santiago de Chile por la Imprenta Nacional en 1872, consta de 119 páginas y solo contiene los libros II y III, lo que se explicaría por una posible edición anterior del Libro I mandado hacer por la Comisión redactora en la Sesión 23, de 15 de marzo de 1871, para el manejo particular de los redactores, pero no se ha conservado ningún ejemplar de esa edición privada si es que se llegó a realizar, GUZMÁN BRITO [41], pp. 341-342. Además de esa interrupción para la edición del proyecto hubo otras interrupciones en los trabajos (entre la sesión N° 22, el 30 de julio de 1870, y la 23, el 15 de marzo de 1871, y entre la 68, el 9 de diciembre de este año, y la 69, el 3 de abril siguiente), lo que dio lugar a que en la sesión N° 129, del 2 de mayo de 1873, el señor Reyes hubiera de dar «lectura a una nota pasada por el señor Ministro de Justicia, en que a nombre de S. E. el Presidente de la República, pide a la Comisión que arbitre un medio para activar sus trabajos, a fin de que pueda el Código presentarse a la aprobación del Congreso, en las sesiones del año actual». *Actas de las sesiones de Comisión Redactora del Código Penal Chileno*, (en adelante *ASCR*). Manejo la edición publicada con motivo del centenario del Código Penal chileno que reproduce la primera edición publicada en Santiago de Chile en 1873, en *Código penal de la República de Chile y Actas de las sesiones de la Comisión redactora del Código Penal chileno*, Valparaíso, Ed. Edeval, 1974.

puntos principales y las fuentes de donde se había tomado, cuyo redactor fue el señor Rengifo. Aceptado por el Gobierno el proyecto y el mensaje, los remitió a su vez, con las firmas del Presidente Errázuriz y del Ministro Barceló, al Senado, el 29 de octubre de 1873, proponiendo, además, que el nuevo código comenzase a regir el primero de junio de 1874.

Comenzaron las discusiones y tanto el Senado, como la Cámara de los Diputados, apartándose de la antigua práctica de aprobar por completo los códigos sin entrar en discusiones particulares, creyeron que esta vez era preciso no aceptar alguna de las disposiciones contenidas en dicho proyecto. Los diversos partidos políticos en ambas Cámaras, fueron esta vez intransigentes. «Notables discursos ilustraron el debate y el país entero aplaudió la actitud noble y elevada de esa discusión»,⁴⁶ dándose por agotado el debate en noviembre de 1874, es decir, un año después de su presentación al Congreso.

Tanto, primero, en el Senado, como luego en la Cámara de los Diputados, los debates fueron acalorados, con muchas incidencias.⁴⁷ Las preocupaciones religiosas de la época y las controversias a que esto daba lugar apasionaron los ánimos y explican que la mayor parte de las discusiones se centraran alrededor de las facultades de las autoridades eclesiásticas frente al poder civil y de la preeminencia que este reclamaba para sí. El Arzobispo de Santiago y los Obispos de Concepción y Ancud llegaron a formular una presentación escrita, a la que cuatro días más tarde se adhirió el Obispo de la Serena, objetando determinados preceptos, y, como también varios senadores se opusieran a diversos artículos, el Senado acordó discutir en particular los siguientes: art. 10, N° 11; art. 12, N° 17; art. 81; arts. 118; 261; 291; 312; 347; 391; 397; 407 a 412; 486, y art. 497, números 13 y 14. Despachado el Proyecto con algunos cambios en el Senado, en la Cámara de los Diputados se consideraron en particular los siguientes puntos: art. 10, N° 14, (agregado por el Senado), art. 12, N° 17; art. 118, art. 119, art. 139, art. 215; y artículos 261 y 452.⁴⁸

Para abreviar, nos bastará decir que de todas las objeciones del Congreso, solo en definitiva se aceptaron las siguientes: Primero, suprimir los artículos que contemplaban sanciones especiales para los eclesiásticos que publicaren o ejecutaren Bulas pontificias, contraviniendo las leyes de la República, que incitaran a la desobediencia de leyes o decretos en sus sermones y que rehusaren remitir al tribunal civil autos canónicos requeridos para la decisión de un recurso de fuerza: art. 118 (en este caso al existir discrepancia entre lo dispuesto por el Senado y el Congreso, de acuerdo con lo que preceptúa el art. 42 de la misma Constitución, el artículo 118 se entendió rechazado y se suprimió del proyecto), artículos 261 y 262 del proyecto. También, se

⁴⁶ VERA [21], p. 40.

⁴⁷ LAZO [24], Introducción, p. XII. NOVOA MONREAL [18], T. I, p. 106.

⁴⁸ LAZO [24], Introducción, p. XIII.

aceptó modificar los artículos 11949,⁴⁹ 215, 292, 397 y 48650.⁵⁰ En la disposición que sanciona el infanticidio (art. 394) se suprimieron los tres últimos apartados que hacían referencia a la rebaja de pena establecida para el que lo ejecutare para salvar la honra de la madre, atendida la posición social. Se dio así por agotado el debate en noviembre de 1874, es decir, un año después de su presentación al Congreso.

4.1.3 *Aprobación y vigencia del Código penal chileno de 1874*

Terminada la discusión del Proyecto, se dictó la ley aprobatoria, con fecha de 12 de noviembre de 1874. El Presidente de la República, don Federico Errázuriz, y el Ministro de Justicia, don José María Barceló, firmaban el decreto promulgador del código como ley de la República. Ahora bien, como el Congreso había suprimido del Proyecto cuatro artículos y un parágrafo, y esto había alterado la numeración del código, con la misma fecha 12 de noviembre de 1874 se dictó otra ley, autorizando al Presidente de la República para que, al promulgarlo en los términos en que lo había sancionado el Congreso, alterase las referencias de unos artículos a otros, tomando en cuenta las supresiones hechas al proyecto primitivo.⁵¹

En un artículo final, de carácter transitorio, el mismo código establece que comenzará a regir el 1º de marzo de 1875 y que «en esa fecha quedarán derogadas las leyes y demás disposiciones preexistentes *sobre todas las materias que en él se tratan*». Esta cláusula derogatoria plantea graves problemas de interpretación acerca de si se refiere a la derogación de todas las materias relativas al Derecho penal recogido y tratado en el código, lo que derogaría completamente el Derecho penal previo a él, o si por el contrario se refiere exclusivamente a aquellas materias, consideradas en su individualidad y en concreto, que él trata. En este segundo caso habrían quedado derogadas las que regulaban las materias que él contempla, pero subsistirían las que regulasen otras, no tratadas o insuficientemente tratadas en él.⁵²

⁴⁹ ASCR, Sesión 45 y Sesión 46. En la Cámara de Senadores, el senador Larraín Moxó presentó una propuesta en el sentido de aumentar la pena. *Boletín de Sesiones del Senado*, 1874, p. 64-66. Cámara de los Diputados, *Boletín de Sesiones*, 1874, pp. 38, 66 y 96.

⁵⁰ Respecto del comerciante que sufre las consecuencias de un incendio se le agregó la siguiente frase: «u otra clase de prueba» después de la palabra documentos.

⁵¹ LAZO [24], Introducción, p. XIII reproduce la ley con dos artículos en los que describe la entrada en vigor del Código.

⁵² Se plantea el mismo problema que en el código civil español. RIVACOBAY RIVACOBAY [24], pp. 52-53 se inclina por entenderlo en el segundo sentido. Esta cuestión también fue intuida por Alejandro Fuenzalida cuando dijo de las leyes españolas que habían regido en Chile hasta la vigencia del Código penal, que «todas estas leyes ya no existen en su forma pero como frutos de la inteligencia y de la conciencia humana, su espíritu vive en este Código; el alma es inmortal e inmortales son sus obras». FUENZALIDA [43], p. 106.

4.2 Códigos modelos: fundamentación doctrinal y orientación político-criminal

Tal y como hemos descrito, el Gobierno chileno, en el propio Decreto de constitución de la comisión redactora del código, señaló que se tomara como modelo de los trabajos de redacción del proyecto el Código penal belga de 1867 que había sido traducido al castellano por Carvallo. Sin embargo, y a pesar de la defensa realizada por el entonces Ministro Blest Gana,⁵³ los propios comisionados mostrarían su discrepancia con esta decisión ya que, en la misma sesión preparatoria, uno de sus miembros, Alejandro Reyes, propondría adoptar como modelo el Código penal español de 1848, en su versión reformada de 1850.⁵⁴ La propuesta suscitó una viva discusión que culminaría en la siguiente sesión con el acuerdo de «tomar el método seguido por el Código español como orden de la discusión e ir registrando las disposiciones de los distintos códigos a medida que fueran oportunas». Las razones que se tomaron en consideración fueron que el Código español era más completo, su división más lógica y estaba más en consonancia con las costumbres del pueblo chileno, constituyendo una verdadera reforma de la vieja legislación que aún regía en Chile, lo que no ocurría con el belga.⁵⁵ A ello se había de añadir la ventaja de contar con la obra de Joaquín Francisco Pacheco, quien no solo había comentado aquel código sino que lo había comparado con los precedentes españoles y seis de los códigos más recientes de la época, lo que favorecía el conocimiento de la materia.⁵⁶

La decisión de la Comisión merece la opinión favorable de los penalistas, ya que el Código penal español, pese a su fecha, era muy superior al belga por su orientación doctrinal y técnica; no en vano el Código belga era una revisión del francés, y a pesar de su fecha resultaba menos evolucionado y más antiguo que el español.⁵⁷

⁵³ *ASCR*, Primera sesión preparatoria, 8 de marzo de 1870: «aunque un tanto deficiente, su precisión, claridad i sencillez lo hacían superior a cualquiera otro para servir como base o punto de partida en la reforma de nuestra legislación penal. La época reciente de su publicación, por otra parte, i el largo período de veinte años que se había gastado en su revisión para la que se tuvieron en vista los cambios operados en las legislaciones penales de toda la Europa en los últimos tiempos, daban, a su juicio, una ventaja inmensa en el trabajo que se iba a emprender, al Código belga sobre todos los demás».

⁵⁴ *ASCR*, Primera sesión preparatoria, 8 de marzo de 1870: «El señor Reyes disconforme con las ideas emitidas por el señor Ministro sobre la superioridad del Código belga para servir de base a la discusión, opinó que porque ella versara sobre el Código español, cuya división más lógica que la del belga era más adecuada al objeto. Agregó, entre otras razones, que sería hasta cierto punto más natural la adopción del Código español, por cuanto era una reforma verdadera de nuestra legislación vigente».

⁵⁵ *ASCR*, sesión 2ª, 8 de marzo de 1870.

⁵⁶ Del mismo modo, el señor Reyes adujo como argumento a favor del Código español «No siendo pequeña razón para esta preferencia también la de tener un comentador como el señor Pacheco, cuyos estudios se hallaban concordados a la vez con las disposiciones de seis Códigos distintos, que servirían inmediatamente para ilustrar la materia», *ASCR*, Sesión 2ª, 8 de marzo de 1870.

⁵⁷ JIMENEZ DE ASÚA [4], T. I, p. 1166 considera acertada la decisión de la Comisión redactora por considerar el Código español superior al belga y más moderno, por su contenido y estructura. Y, como ejemplo, hace constar que el Código belga todavía recogía la legítima defensa, como homicidio

Ahora bien, lo cierto es que mucho más que un orden de discusión o un punto de partida para los debates, el Código de 1848 fue en realidad un modelo que el proyecto chileno siguió tan de cerca que, en definitiva, resultó un código muy semejante y, en muchas partes hasta idéntico, pues mantuvo la misma redacción, salvo leves modificaciones.⁵⁸ Pero, como en el período en que se redactó el Código chileno —los trabajos se inician en 1870 y en 1873 ya se había finalizado el proyecto— en España había surgido un nuevo código penal, el de 1870, se ha discutido entre los penalistas cual fue el texto español o la versión utilizada como modelo por la comisión redactora.⁵⁹ La solución al problema nos la proporciona el análisis de las propias Actas de la Comisión redactora del Código chileno, en donde queda de manifiesto que los comisionados trabajaban sobre el Código penal español reformado de 1850 pero teniendo en cuenta también la redacción original de 1848. El ejemplo más claro, y definitivo, se encuentra en la regulación de la proposición y conspiración para delinquir, que constituyó el punto fundamental de la reforma del Código español de 1848 llevada a cabo en 1850. En este caso los redactores chilenos, en el art. 8, optaron por el primer párrafo del art. 4 del Código del 48, penando solo la proposición y la conspiración en los casos expresamente previstos en la ley, y los demás apartados acogieron la versión reformada de 1850.⁶⁰ Sin embargo, a tenor de las mismas Actas, se comprueba que los comisionados no desconocían el Código penal español de 1870, aunque ninguna de sus disposiciones pasaron al chileno.⁶¹

justificado, al tratar de los delitos contra las personas, como hacían los antiguos Códigos como Las Partidas, o el Código francés de 1810.

⁵⁸ Francisco GRISOLÍA, «La reforma penal en Chile», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, XX, 1967, Madrid, fascículos I y II, pp. 291-332, en particular p. 296. NOVOA MONREAL [18], T. I, p. 104: «la enorme mayoría de las disposiciones fueron tomadas del Código penal español, manteniendo la misma redacción de este, salvo leves modificaciones». QUINTANO RIPOLLÉS [3], p. 107.

⁵⁹ Las opiniones son muy dispares: por el texto de 1850 se inclina JIMÉNEZ DE ASÚA y CARSI ZACARÉS [3], T. I, p. 190; también JIMÉNEZ DE ASÚA [4], T. I, pp. 1371 y 1166: «Conforme al Código de España de 1848, en su redacción de 1850 fue compuesto el chileno de 1874»; Rafael Fontecilla, indica, en cambio, el de 1848: «nuestro Código penal promulgado en el año 1874 es, como se sabe, una copia casi literal del Código español de 1848», (Rafael FONTECILLA RIQUELME, *El Código penal chileno ante las nuevas orientaciones de la ciencia penal*, conferencia dictada en el Colegio de Abogados de Valdivia, el 21 de diciembre de 1931, Santiago de Chile, 1932, p. 7). NOVOA MONREAL [18], T. I, p. 105. La versión de 1870 como modelo es mantenida por Gustavo LABATUTT, «La peligrosidad de las personas naturales en el Proyecto de Código penal Chileno de 1938», *Revista de Ciencias Penales*, IV, N° 21 (julio-agosto de 1938), pp. 289-296, p. 289, y curiosamente también por Eugenio CUELLO CALÓN, «El Proyecto de Código penal chileno», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Año LXXIX, Tomo 157, número I, julio 1930, Madrid, pp. 5-28, p. 6.

⁶⁰ Decisión alabada en general por los penalistas por ser de un mayor carácter liberal ya que, como es bien conocido, la mayor rigurosidad de la versión reformada del Código español de 1850 obedecía al intento de Narváez de prever con contundencia, en España, las posibles consecuencias de la Revolución del 48 en Europa.

⁶¹ El Código español de 1870 fue aprobado y promulgado cuando la Comisión redactora del chileno ya llevaba tiempo funcionando, pero, sin mencionarlo expresamente en las actas, queda demostrado que los comisionados lo conocían, al menos, en 1873. En plena tarea de revisión, *ASCR*, sesión número 116,

Si bien la influencia del texto español de 1850 fue preponderante, del análisis del código y de las actas de la comisión redactora se deduce, también, la influencia —además del Código belga— de otros códigos penales con carácter secundario como el austríaco, especialmente en las circunstancias atenuantes de la responsabilidad.⁶² E incluso Jiménez de Asúa apunta la influencia de los primeros proyectos italianos.⁶³

La utilización de estos modelos, en especial el español, no quiere decir que el Código chileno no tuviera personalidad propia. Desde el principio, el Código nacional chileno nació con diversas modificaciones, como después veremos, unas fruto del debate de la propia comisión redactora, otras de la legislación nacional, especialmente de la Ley de hurtos y robos de 1849, y otras, en fin, de la opinión de Pacheco expuesta en sus obras.⁶⁴

El Código chileno nació en un contexto social presidido por el asentamiento de élites ilustradas en el poder, con intereses coincidentes con los de las nuevas metrópolis; se trataba de una sociedad aristocrática y señorial con una fuerte tendencia a la oligarquía y en donde no contaban apenas las clases populares campesinas e indígenas.⁶⁵ En cuanto a la orientación doctrinal y la fecha de los códigos inspiradores, —el Código español corresponde a la primera mitad del siglo XIX y el belga, aunque de fecha posterior, refleja la orientación doctrinal de principios de siglo— los antecedentes legislativos del Código penal chileno se encuentran en la primera mitad del siglo XIX. Desde el puro plano político, responde, por tanto, a la ideología del Estado

14 de marzo de 1873, el señor Gandarillas propuso una redacción para el párrafo tercero del artículo 1º prácticamente idéntica al texto español de 1870. Manuel de RIVACOBAY RIVACOBAY, «El principio de culpabilidad en el Código penal Chileno», *Actas de las jornadas internacionales de Derecho penal en conmemoración del Centenario del Código penal Chileno*, Valparaíso, Ed. Edeval, 1975, pp. 49-126.

⁶² Según las actas, en la Sesión 8ª de la Comisión redactora, del 17 de mayo de 1870 «el señor Reyes hizo presente que había en el Código austriaco consignadas otras circunstancias atenuantes que convendría asentar en el Código», siéndole unánimemente aceptada la indicación y, tras corto debate, aprobadas las circunstancias 6ª y 8ª (que en la redacción definitiva pasaron a la 7ª y la 9ª), tomadas del artículo 39 del Código austriaco. Según Rivacoba la versión utilizada fue el Código austriaco de 1803 y no el de 1852, porque en realidad la Comisión pudo basarse más en los Comentarios de Pacheco, que por su fecha utiliza la versión del texto austriaco de 1803; e incluso, avanza, que también pudieron ser tomadas del Código penal español de 1822. NOVOA MONREAL [18], Tomo II, pp. 36-45, así como PACHECO [11], T I, pp. 209-210.

⁶³ El Código penal chileno «si bien está enfeudado al español, contiene disposiciones de los primeros proyectos italianos». JIMÉNEZ DE ASÚA [4], T. I, 4ª ed, 1957, p. 446. Rivacoba hace hincapié en que este comentario de Jiménez de Asúa no aparece en la primera edición de la obra y sí en la segunda y posteriores, precisando que dichas influencias «no se ven muy claras y seguras». RIVACOBAY RIVACOBAY [24], p. 68.

⁶⁴ GRISOLÍA [58], p. 266. Alfredo ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, «Centenario del Código penal chileno: ¿permanencia o caducidad?», *Actas de las jornadas internacionales de Derecho penal en conmemoración del Centenario del Código penal Chileno*, Valparaíso, Ed. Edeval, 1975, pp. 373-379.

⁶⁵ Acerca de la desconexión del liberalismo jurídico de los códigos con la realidad social y los hechos punitivos que nos interesan, véase ZAFFARONI [13], T. I, pp. 35-36, y también Alejandro GUZMÁN BRITO, *La Codificación Civil en Iberoamérica, siglos XIX y XX*, Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile, 2000, pp. 278-279. También un análisis de la influencia de la clase social dirigente en EYZAGUIRRE [23], pp. 60, 69 y 141.

liberal de Derecho, y por su fundamentación doctrinal el código pertenece a lo que los penalistas han dado en llamar Escuela Clásica.⁶⁶

Doctrinalmente, en el código predominan dos orientaciones penales: por un lado, con carácter prioritario, la orientación ecléctica de Pellegrino Rossi, —que domina en su modelo español— quien aplicó el eclecticismo filosófico de Cousin al Derecho penal mediante un sistema ecléctico en el que la justicia prevalecía sobre la utilidad, fundamentando el derecho de penar en el orden moral.⁶⁷ La ideología de Rossi será recogida en la obra de Francisco Pacheco, que como es bien sabido informaría de manera decisiva el Código penal español de 1848.⁶⁸ Y por otro lado, aunque de manera secundaria, a través del Código belga llegarán las ideas utilitarias y preventivistas de Bentham que informaron el Código francés modelo de aquel.⁶⁹

El profesor Rivacoba, en un Estudio preliminar realizado con motivo de la reedición de las actas de la Comisión codificadora, describe con gran claridad los preceptos e instituciones en donde se manifiesta la orientación doctrinal del Código chileno:

Su humanitarismo es muy relativo, pues mantiene penas sumamente crueles (de muerte, las perpetuas, la de cadena o grillete y la de encierro en celda solitaria), pero hay que juzgarlo por las prácticas o instituciones de su tiempo, a que se opone o que suprime..... El racionalismo combinado con el liberalismo resplandece, sobre todo, en la reiteración con que se consagra el principio de legalidad de los delitos y de las penas en sus diferentes manifestaciones (ART. 1, 18 y 80) y, alado con el retribucionismo, se expresa en el prurito de disponer de numerosísimas penas, diferentes entre sí por su diversa naturaleza y duración, para castigar cada delito con la condigna según la distinta entidad y gravedad. Del liberalismo tal como se entendía en aquella época proviene la desconfianza en el arbitrio judicial que, unida al principio retribucionista, lleva a los largos catálogos de circunstancias atenuantes y agravantes, a las escalas graduales de las penas y

⁶⁶ Marino BARBERO, «La fundamentación doctrinal y la orientación político-criminal del Código penal chileno en el panorama actual del Derecho Penal», *Actas de las jornadas internacionales de Derecho penal en conmemoración del Centenario del Código penal Chileno*, Valparaíso, Ed. Edeval, 1975, pp. 38-39. Waldo DEL VILLAR BRITO, «Cien años de legislación penal codificada en Chile», *Actas de las jornadas internacionales de Derecho penal en conmemoración del Centenario del Código penal Chileno*, Valparaíso, Ed. Edeval, 1975, pp. 361-364. Rafael FONTECILLA [24], p. 119. NOVOA MONREAL [18], T.I, p. 434-435.

⁶⁷ Pellegrino ROSSI, *Traité du Droit Pénal*, Paris, 1929, traducida al español por Cayetano Cortés en 1839.

⁶⁸ Joaquín Francisco PACHECO, *Estudios de Derecho Penal. Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid en 1839 y 1840*, Madrid, 1868, 3ª ed.. Para Pacheco el principio fundamental del Derecho penal es «la justicia absoluta, que nos da el límite hasta donde la justicia puede llegar», principio que se exterioriza en la expiación. Pero existe otro principio a tener en cuenta «la utilidad pública, la conveniencia, el bien general de la nación», pp. 11, 56 y 200 y ss.

⁶⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA [4], T. I, pp. 322 y 354. Adolphe PRINS, *Ciencia pénale et droit positif*, Bruselas-Paris, 1899, p. 33. Derecho penal Belga en *Legislación penal comparada*, de Franz VON LISTZ, T. I, Madrid, 1896.

a la complicadísima serie de reglas para aplicar éstas; y de la mejor significación liberal es reducir la punición de la conspiración y la proposición para delinquir a los solos casos en que las contempla especialmente la ley. El principio utilitario y preventivo se advierte en la publicidad de la pena capital, las penas para los que delinquen de nuevo y, de manera muy notoria, en múltiples excusas (ART. 8, 153, 154, 192, 295... etc. Y la preocupación por el individualismo y la igualdad constituyen al código en un documento característico del derecho penal de acto, en que no se estima ni interesa la personalidad del sujeto mas allá de lo imprescindible para determinar la culpabilidad de su actuar delictuoso. Ese acusado individualismo hace, por otra parte, que obtenga menguado relieve y protección en el código, la solidaridad humana [...].⁷⁰

4.3 Estructura

En cuanto a su estructura, el código no es muy largo. Consta de 501 artículos; y está dividido en tres libros. El Libro I, sin rúbrica, con cinco títulos, comprende la Parte General; el Libro II, con diez títulos, *los Crímenes y simples delitos y sus penas* y el Libro III, también sin rúbrica, está dedicado a las faltas o contravenciones, con sus correspondientes penas. Las faltas se encuentran repartidas en cuatro artículos según la pena que les asigna la ley, en un orden de mayor a menor gravedad, lo que hace que en cada uno de tales artículos se agrupen infracciones sumamente heterogéneas.

Adopta, por lo tanto, la tripartición francesa de infracciones en lugar de seguir la tradicional española de delitos graves, menos graves y faltas. Y sigue la peculiar tradición de los códigos chilenos de dividir los títulos en párrafos o párrafos.⁷¹ Clasifica las infracciones punibles, por su gravedad, en crímenes, simples delitos y faltas (art. 3º), y, congruentemente, las penas, en penas de crímenes, de simples delitos y de faltas, mas penas comunes a las tres clases anteriores y penas accesorias de las de los crímenes y simples delitos.⁷² Y, para denominar los delitos culposos, emplea el término *cuasidelitos* (art.2º), y, correspondientemente, existen los *cuasicrímenes* y las

⁷⁰ RIVACOBIA Y RIVACOBIA [24], pp. 63-64.

⁷¹ Manuel DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, «Estudio Preliminar» pp. XXVIII-XIX, en *Código penal de la República de Chile y Actas de las sesiones de la Comisión redactora del Código Penal chileno*, Valparaíso, Ed. Edeval, 1978. En el lenguaje jurídico chileno suele llamárseles párrafos. Únicamente no están divididos en párrafos los títulos segundo y quinto del libro primero; los títulos primero, segundo y décimo del libro segundo, y los dos títulos del libro tercero.

⁷² Uno de los más acertados comentaristas del Código, Alejandro Fuensalida, después de realizar un detallado análisis de los Códigos belga y francés, y de los penalistas de la época, critica esa decisión de la Comisión redactora por considerar que no se adaptaba a la organización de los tribunales chilenos de acuerdo con la entonces vigente Ley de «Organización de los Tribunales». FUENSALIDA [43], T. I, pp. 3-7.

cuasifaltas, de origen civilista, designando con ella el título décimo y último del libro segundo.⁷³

4.4 Parte General: configuración del delito y la pena

La *Parte General* está dedicada a los delitos y a las penas, siguiendo la metodología española, con algunas variantes.⁷⁴

4.4.1 En lo concerniente a la *ley penal*, si bien, en el código no aparece ningún título especial dedicado a ella, sí están expresados plenamente los principios penales fundamentales que informan el Derecho penal chileno, característicos del Derecho penal liberal y enraizados en el iusnaturalismo racionalista. De esta manera aparecen formulados: el principio de *legalidad* de los delitos y las penas, (art. 1 y arts. 18, y 80) que es, además, de rango constitucional, (art. 11 de la Constitución Política del Estado, que curiosamente está situado entre las garantías constitucionales del individuo); los de *territorialidad* (art. 5) y de *defensa*, si bien este último con carácter excepcional (art. 6), y el de *retroactividad de la ley penal más favorable*, siempre que se haya promulgado después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término (art. 18, inciso 1º y 2º, art. 11 de la Constitución y art. 5 del Código Civil).⁷⁵

4.4.2 La *definición de delito* aparece en el art. 1, siguiendo de forma casi textual el Código español de 1848/50: «Es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley», añadiéndole, quizás por influencia de Pacheco, el inciso final»en todo caso no se tomarán en consideración las circunstancias, no conocidas por el delincuente, que agravarían su responsabilidad, pero sí aquellas que la atenúen». ⁷⁶ En esa definición legal el delito aparece caracterizado por los siguientes elementos: a) la acción u omisión,

⁷³ División que Fuensalida considera «impropia... y prácticamente inútil... y en el mundo no hay Código alguno que contenga tales términos; la imprecisión resulta de no haber ningún hecho punible que pueda llamarse cuasi-falta; y su inutilidad la prueba que el Código en un mismo artículo pena delitos y cuasidelitos sin distinción alguna, y que enumera entre las faltas a ciertos cuasi-delitos que castiga con la pena de aquellas». FUENSALIDA [43], T. I, p. 13.

⁷⁴ Jorge de la RUA, *La codificación penal latinoamericana*, Caracas, 1982, p. 31.

⁷⁵ Quedan patentes en todos los comentaristas del Código. VERA [21], p. 152. LAZO [24], pp. 21-22 y 25. FUENSALIDA [43], T. I, pp. 14-16 y 161 y ss.

⁷⁶ ASCR, como ya vimos en la Sesión 2ª, se hace mención a la influencia de la obra de Pacheco en los redactores chilenos, Sesión 116, 14 de marzo 1873. A indicación del señor Fabres, «se manifestó que era necesario ampliar el inciso final (del art. 1º) para dejar consignada de un modo expreso la inteligencia y alcance que él tiene, de manera que en los delitos o faltas cometidos equivocadamente contra una persona distinta de aquella, contra quien se había intentado obrar, si resultare un hecho más grave que el proyectado, solo se imponga la pena que a éste corresponda; pero si el delito efectivo fuese menor que el que se pensó cometer, únicamente se aplique la pena merecida por el hecho real». En esa misma sesión, como ya hemos dicho, (véase nota Nº 79), quedó de manifiesto que la Comisión conocía el Código penal español de 1870 ya que el señor Gandarillas propuso una modificación del inciso tercero en los mismos términos que figuran en dicho texto legal, pero su propuesta no prosperó. LAZO [24], pp.21-22.

como elemento material, que corresponde al hecho objetivo y externo que presenta todo delito; b) la penalidad, como elemento legal del delito, dicha acción u omisión está penada por la ley; y c) la voluntariedad, como cualidad que se exige a las acciones u omisiones.⁷⁷ Como es bien sabido, la interpretación del término «voluntarias» del art. 1º del Código español dio lugar a una amplia polémica entre los penalistas españoles acerca de su alcance y significado, si bien la opinión general fue la de que se había de interpretar como dolo, malicia.⁷⁸ Dicha discusión está totalmente fuera de lugar en el Código chileno, donde se habla de delitos culposos, que se denominan cuasidelitos en el art. 2º, con lo cual en el texto chileno queda claro que el término voluntarias se ha de interpretar como dolosas, maliciosas, intencionales. Sin dolo no hay delito, según el párrafo primero del art. 1º, transcrito.⁷⁹

El Código chileno, no siguiendo ya en esto el modelo español, pero inspirándose en él, define en el art. 2º, por exclusión del dolo o malicia, lo que llama *cuasidelito*, cometido con culpa: «las acciones u omisiones que, cometidas con dolo o malicia, importarían un delito, constituyen cuasi-delito si solo hay culpa en el que las comete». La definición se completa con el art. 4º, —en donde a propósito de la división de los cuasidelitos por su gravedad establece que solo se castigan por excepción en los casos especiales que determina el propio código—, y la eximente 13 del art. 10, que declara exento de responsabilidad «el que cometiere un cuasidelito, salvo los casos expresamente penados por la ley».⁸⁰

La definición del delito y del cuasidelito fue ampliamente debatida por la Comisión redactora, tal y como se puede comprobar por el examen de las actas, dedicándole varias sesiones. Así en la 3ª se estableció, a instancias del señor Fabres, «que

⁷⁷ La noción moderna de delito como acción típica, antijurídica, culpable y punible, aparece ya en el siglo XX, unida a Beling y von Liszt, y no pudo estar presente ni en el legislador del Código penal chileno, ni en el de su antecedente, el español de 1848.

⁷⁸ Pacheco aclarando el art. 1º afirma que la acción u omisión voluntaria supone «libertad, inteligencia e intención». PACHECO [11], T. I, pp. 79-81. En el mismo sentido otros comentaristas como Viada y Vilaseca, Castro y Orozco. Rodríguez Devesa afirma que la voluntariedad aparece como nota definitoria del delito ya en Aristóteles, San Agustín y Santo Tomás, así como en juristas y teólogos españoles del siglo XVI y XVII, y se hace constar como nota esencial «en todos nuestros Códigos y Proyectos» (José María RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal*, Parte General, 5ª ed., Madrid, 1976, pp. 284-286). JIMENEZ DE ASÚA [4], T. III, pp. 82-83.

⁷⁹ En ese sentido de dolosas lo interpretan los comentaristas del Código: FUENSALIDA [43], T. I, pp. 7 y 10-11. También VERA [21], pp. 80-82. Y modernamente: LABATUT GLENA-CENTENO VARGAS, *Derecho penal*, Parte General, 6ª ed., 1972, pp. 145 y ss., NOVOA MONREAL [18], T. I, 1960, pp. 230 y ss.

⁸⁰ El Código penal español de 1822, definió en el art. 2º los hechos cometidos con culpa, pero no fue recogido por el Código del 48, que solamente se refería a la «imprudencia temeraria» en la Parte Especial. Los Artículos 2º y 4º fueron una de las creaciones de la Comisión redactora del Código, basándose tal vez en el Código de 1848 y teniendo en cuenta los arts. 44, 1459, 2284 y 2314 del Código civil y siguientes. José María RODRÍGUEZ DEVESA, «Cuasidelitos y delitos culposos en el Código penal Chileno», *Actas de las jornadas internacionales de Derecho penal en conmemoración del Centenario del Código penal Chileno*, Valparaíso, Ed. Edeval, 1975, p. 132-133, también en RODRÍGUEZ DEVESA [78], pp. 284-292. RIVACOBA Y RIVACOBA [61], pp. 49-126, p. 60.

la definición de delito del art. 1º comprende el delito», consignando que «si después se creía necesario definir el cuasidelito en materia criminal» se procedería a ello. Posteriormente, ya en la revisión del proyecto, en la sesión 116, se consideró preciso definirlo, por no estarlo ni en los verdaderos delitos ni en las faltas, y que, mientras en estos se requiere voluntad o malicia, en aquel bastaba la imprudencia o culpa. Fue la Sesión 117 la que definió el cuasidelito en lo que pasó a ser el art. 2º, teniendo presente que no todo delito se convierte en cuasidelito por haber en él culpa y no dolo, sino solo aquellos que la ley castiga de modo expreso; en la sesión 120, el señor Rengifo propuso suprimir la definición del art. 2 ya que «examinando la definición contenida en el art. 1º del delito... en ella se comprende también el cuasidelito, pues se habla en él de todo acto u acción voluntarios, y esta última palabra se aplica tanto al dolo como a la culpa»; se desechó su indicación. Sin embargo la Comisión acordó mantener dicho art. 2º, «aceptada por el Código civil, a fin de uniformizar con esta legislación la penal» y por existir «casos especiales de cuasidelitos castigados en el código, era necesario definir antes la materia a que esos castigos deben aplicarse». Por último en la sesión 43, discutiendo el que vino a ser en definitiva el art. 197, se suprimieron las palabras o *con intención de causarlo*, «porque siempre es necesario que haya dolo para que un acto se considere delito». Finalmente, en la sesión N° 117, el art. 4 fue introducido como párrafo 2º del art. 2º por iniciativa del señor Fabres. Más tarde en la Sesión 121, se vuelven a redactar a instancias del señor Rengifo los cuatro primeros artículos, quedando el art. 4º tal y como aparece en la redacción definitiva.⁸¹

En conclusión, de acuerdo con lo expuesto, y a tenor de las actas, resulta, siguiendo a Novoa: «que la Comisión redactora entendió: a) que el inciso 1º del art. 1º solamente se refiere a los hechos punibles dolosos; b) que la voluntad está tomada en sentido de dolo; c) que el cuasidelito está definido en el art. 2º».

Pero además, como muy bien ha puesto de relieve Rodríguez Devesa, ni el Código Chileno, ni su modelo español, aportan un completo concepto de delito en el art. 1º, en el sentido de que enuncie todos los elementos del mismo. Sin embargo, el legislador chileno recoge, —al margen de los citados arts. 1º y 2º—, dos caracteres del delito que han sido considerados pacíficamente por la doctrina penal como elementos fundamentales, nos referimos a la antijuricidad y la culpabilidad.⁸²

⁸¹ ASCR, Sesión 3ª, las restantes sesiones corresponden ya a la revisión del proyecto: Sesión 116, 14 de marzo; Sesión 117, 17 de marzo, Sesión 120, 21 de marzo de 1873. Acerca de la oportunidad y conveniencia de la distinción entre delito y cuasidelito, véanse los comentarios de FUENSALIDA [43], T. I, pp. 7-11.

⁸² José María Rodríguez Devesa a propósito del análisis del art. 1º hace una interesante reflexión acerca del papel desempeñado por el citado artículo en el Código, ya que algunos autores lo han considerado superfluo, dado que no contiene una definición completa del delito, afirmando que la función principal del art. 1º es sentar la regla general de que «los delitos dolosos constituyen la referencia a la que están subordinadas todas las conductas punibles. Regla a la que se establecen repetidas excepciones en la ley». Véase José María RODRÍGUEZ DEVESA [80], pp. 132-133; también en RODRÍGUEZ DEVESA [78], p. 291.

Respecto a la *antijuricidad*, el legislador no expresa cuándo una acción es positivamente antijurídica, sino que se limita a señalar los casos en que no hay responsabilidad por falta de injusto, por lo tanto para su construcción se deberán tener en cuenta las causas de justificación que se encuentran recogidas en el art. 10 dedicado a las eximentes. Serán causas de justificación: la legítima defensa, distinguiéndose entre legítima defensa propia, legítima defensa de pariente y legítima defensa de extraños;⁸³ el estado de necesidad,⁸⁴ si bien su regulación se ha de completar con lo dispuesto para el caso específico del delito de violación de morada en el art. 145.⁸⁵ También son causas de justificación, el obrar en cumplimiento de un deber, o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo,⁸⁶ y el que incurre en alguna omisión, hallándose impedido por causa legítima o insuperable.⁸⁷

⁸³ Art. 10, números 4, 5 y 6, *ASCR*, en la Sesión 6ª, 10 mayo de 1870, el señor Fabrés criticó por ilimitada, vaga y difícil de llevar a la práctica, la palabra «derechos» usada por el texto español, sin embargo hubo acuerdo de la Comisión en dejarla subsistente y quedó aprobado, en la misma forma que el Código español. En la Sesión 120, 21 de marzo de 1873, pidió el señor Gandarillas que expresamente se tomara en consideración, aunque solo como atenuante, «la defensa de un derecho sobre nuestras cosas, pues pudiendo ser muy insignificante, daría sin embargo motivo aun para matar a otro, a pretexto de rechazar un ataque contra nuestros bienes». La contestación adujo que la «disposición exigía además varias otras circunstancias para que la defensa de un derecho exima de responsabilidad, y entre ellas el de que no haya otro medio racional de impedir o repeler la agresión, circunstancia que solo en raros y extremos casos existe, tratándose de defender cosas, pues siempre queda expedito el camino para ocurrir a la justicia en demanda de reparación».

⁸⁴ Art. 10, números 7. *ASCR*, Sesión 6ª, al discutirse el número 7, indica el señor Gandarillas que con vendría agregar la palabra «todas» a la frase «siempre que concurran» del texto español. Rebatida esta idea por el señor Reyes que observa que no vendría a ser sino una agregación viciosa, desde que la palabra concurra sin complemento alguno, indica que las circunstancias a que se refiere deben acompañar el hecho copulativamente, quedó aprobado el número por unanimidad», Sesión 121, 24 de marzo de 1873, se consideró la opinión del señor Fabres, quien proponía conceder la exención no solo en el caso de un mal mayor, sino también cuando fuera igual al que se cause. La Comisión desechó ese parecer «porque no sería justo autorizar el mal ajeno cuando no se reporta ventaja alguna causándolo». También en esa misma sesión 121, se agregó por la Comisión redactora la frase «peligro inminente», por considerar que significa algo más lejano de la consumación del daño de lo que indica la palabra realidad, si bien precisando que dicha corrección no modificaba el sentido del número correspondiente del Código español. FUENSALIDA [43], T. I, p. 59.

⁸⁵ Art. 145, que libera de responsabilidad penal al que entra en morada ajena para evitar un mal grave así mismo, a los moradores o a un tercero y al que lo hace para prestar algún auxilio a la humanidad o a la justicia.

⁸⁶ Art. 10, números 10. Se trata de una causa de una gran amplitud en la que se podría encontrar incluidas todas las demás, Respecto a la obediencia debida, la Comisión redactora en su Sesión 7ª, 14 de mayo de 1870, «Puesto en discusión el inciso 10, tomando por base los incisos 11 y 12 del art. 8 español», la comisión desechó lo dispuesto en el inciso 12, «por observación del señor Ábalos quien subrayó el inconveniente de conceder a todo subordinado el derecho de examinar la legitimidad del mandato de su superior, ... quedó aceptado el 11 del Código español tal y como figura en N° 10». Fuensalida se pronuncia a favor de la supresión de esta causa de exención por considerarla «inútil», lo que no significa «que con la supresión se haya exonerado a los subordinados del derecho i del deber de examinar la legitimidad de los mandatos del superior, para saber si pueden obedecer sin responsabilidad, como se indicó en la comisión». FUENSALIDA [43], T. I, p. 63-64.

⁸⁷ Art. 10, N° 12.

Por otra parte, la *culpabilidad* no aparece mencionada por el legislador como uno de los elementos del delito. Sin embargo el análisis conjunto de los art. 1º (definición del delito), art. 2º (definición de cuasidelito), ya mencionados, y las eximentes del art. 10, manifiesta con claridad que para el legislador chileno la noción jurídica de delito se integra con el reproche que la ley hace al hombre que, siendo racional y libre, pudo actuar conforme a derecho y no lo hizo. Como es bien sabido características básicas de la culpabilidad son la imputabilidad y sus formas: el dolo y la culpa.

La *imputabilidad* es la capacidad de actuar culpablemente, y se reconoce en principio a todo hombre dotado de inteligencia y libertad, por lo tanto, la imputabilidad del ser humano es la regla general, y la inimputabilidad la excepción. Pero, según se ha expuesto anteriormente, el Código chileno no indica los requisitos de la imputabilidad, que han de deducirse de los casos sobre la inimputabilidad, que si aparecen recogidos en los tres primeros números del art. 10, —sobre la base del art. 8 del Código español—, y de donde se deduce que el código utiliza una fórmula biológica de inimputabilidad. Así, son inimputables:

- a) El loco o demente, a no ser que hay actuado en un intervalo lúcido y el que, por cualquier causa, independiente de su voluntad, se halla privado totalmente de razón.⁸⁸ El Código chileno se apartó de su modelo español añadiéndole el último inciso «se halle privado totalmente de razón», para darle mayor amplitud y «comprender varios casos análogos, como el del sonámbulo, pero sin autorizar abusos como la completa ebriedad».⁸⁹

⁸⁸ Art. 10, N° 1. Aunque, por su época y por sus fuentes de inspiración dominaba la mentalidad de sus autores la idea del libre albedrío como fundamento de la inimputabilidad, de acuerdo con la terminología del Código, loco o demente son personas que han perdido el juicio o carecen de él. FUENSALIDA [43], T. I, p. 41.

⁸⁹ ASCR, Sesión 5ª, 7 de mayo de 1870. Probablemente en la Comisión influyó la doctrina de Pacheco, quien en sus comentarios había precisado que solo se había contemplado la locura y la demencia y no se hacía referencia alguna al que obra dormido, ni al sonámbulo. PACHECO [11], T. I, p. 135 y ss. Respecto a la ebriedad Alejandro Fuensalida, destaca que probablemente la Comisión redactora quiso conservar lo dispuesto en la Ley de 20 de Octubre de 1831, que derogaba las leyes 6ª, Título 2º y 5ª, título 8º de la Séptima Partida, y por la cual la embriaguez no eximía de la pena asignada a un delito en ningún caso. Si bien el acta solo se refiere a la embriaguez completa y nada dice de la involuntaria, Fuensalida era partidario de reprimir los delitos que pudieran efectuarse en estado de embriaguez como delitos culposos (cuasidelitos), y llega a decir que «un hombre que se embriaga voluntariamente i que durante su embriaguez comete una acción punitiva, debe ser castigado por la imprudencia de haberse embriagado; pero no puede responder moralmente de una acción que, por la ausencia de inteligencia, no puede conocer», (FUENSALIDA [43], T. I, pp. 46-48). En la sesión 121, 21 marzo 1873 ya en la revisión del proyecto, se dejó constancia de que «habiéndose preguntado si esta disposición (en referencia al art. 10, 1º) comprende al que comete un delito en caso de *delirium tremens* producido por el exceso de licor, se resolvió unánimemente que no podía tener tal alcance, pues el artículo exige que la falta de razón provenga de causas totalmente independientes de la voluntad del hechor, lo que no sucede en el caso propuesto». Haroldo BRITO CRUZ y Marcelo FAINE CABEZÓN, «La formula de la inimputabilidad en el Código penal Chileno», *Actas de las jornadas internacionales de Derecho penal en conmemoración del Centenario del*

- b) También es inimputable, el menor de diez años y el mayor de diez y menor de dieciséis años, a no ser que conste que ha obrado con discernimiento.⁹⁰

Para finalizar, son formas de la culpabilidad: el *dolo* y la *culpa*. El código, siguiendo a sus modelos, no los define. Ya hablamos del dolo al referirnos al significado del término voluntarias del art. 1º, y el art. 2º, donde se toma como sinónimas expresiones como «dolo» y «malicia». La culpa o imprudencia no aparece en la Parte General, sino en la Parte Especial (Título X, Libro II) con la denominación de «cuasidelitos», como ya hemos dicho, (art. 2º y art. 4º), de origen civilista, pero prácticamente se regula igual que la española. Sí es una aportación chilena la limitación de la culpa o cuasidelito a los delitos contra las personas, (Título VIII, Libro II), distinguiéndose entre imprudencia temeraria, mera imprudencia o negligencia.⁹¹ Del análisis realizado, se llega siempre a la conclusión de que el concepto de delito del Código chileno está integrado, entre otros elementos, por la culpabilidad, sin restricciones, sea dolosa o culposa, sin que se reconozca ninguna otra especie o forma de culpabilidad.⁹²

4.4.3 *Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*

El legislador chileno adoptó la sistemática española de un catálogo previo de circunstancias modificativas de la responsabilidad en la Parte General. Ello supone la ventaja de facilitar una mayor precisión en la individualización de la pena y de salvaguardar el principio de legalidad, así como de limitar la arbitrariedad judicial que tanto preocupaba a los redactores, con lo que, se las puede considerar, también, una salvaguarda de los derechos de los ciudadanos contra la posibilidad del abuso judicial.⁹³ Se distingue entre eximentes, atenuantes y agravantes, todas ellas con la denominación de «circunstancias».

El código recoge las *causas de inculpabilidad* en un único artículo, el art. 10, siguiendo, casi textualmente, el modelo español (art. 8), si bien abandona la técnica española de un catálogo cerrado de circunstancias, al añadir a las eximentes del art. 10, la número 13: «el que cometiere un cuasidelito, salvo en los casos expresamente penados por la ley», y el número 11 del art. 10: el uxoricidio por razón de la honra del marido que da muerte, hiere o maltrata a su mujer y a su cómplice. El art. 10,

Código penal Chileno, Valparaíso, Ed. Edeval, 1975, pp. 154-165. Ambos autores han señalado que esa regulación de la ebriedad conduce a supuestos de responsabilidad objetiva, p. 163.

⁹⁰ ASCR, Sesión 6ª, 10 de mayo de 1870, se redactaron de esta forma los N° 2 y 3 del art. 10 para ponerlos en armonía con el art. 233 del Código civil. En la actualidad, de acuerdo con Ley N° 11.183, de 1953, el párrafo primitivo del Código ha sido sustituido por «el mayor de dieciséis años y, menor de dieciocho, puede serlo si obtiene una declaración previa de no discernimiento, y en todo caso, recibe un tratamiento especial».

⁹¹ Véase, RODRIGUEZ DEVESA [80], pp. 132-133 y RIVACOBA Y RIVACOBA [61], p. 61.

⁹² RIVACOBA Y RIVACOBA [61], pp. 49-126, p. 64.

⁹³ QUINTANO RIPOLLÉS [3], p. 203.

dedicado a las eximentes, viene a resultar como una especie de cajón de sastre en donde se encuentran toda una serie de circunstancias heterogéneas, sin especificar su naturaleza, que, en definitiva, determinan la falta de alguno de los elementos del delito, tal y como hemos visto anteriormente al analizar muchas de ellas como causas de justificación, y por lo tanto de exclusión de la antijuricidad, y otras como causas de inimputabilidad.⁹⁴ El N° 9 del art. 10, recoge el supuesto del «que obra violentado por una fuerza irresistible o impulsado por un miedo insuperable». La Comisión redactora, una vez más parece ser por influencia de Pacheco,⁹⁵ suprimió la frase «de un mal mayor» que en el texto español calificaba el miedo insuperable.⁹⁶ También se apartaron los redactores chilenos del modelo español añadiendo al catálogo de eximentes del art. 10, el apartado 11: «el marido que en el acto de sorprender a su mujer *infraganti* en delito de adulterio, da muerte, hiere o maltrata a ella i a su cómplice, con tal que la mala conducta de aquel no haga excusable la falta de ésta». Se trata del viejo supuesto, recogido por la tradición jurídica española, de uxoricidio por razón de la honra del marido, en donde la Comisión redactora se mostró mucho más conservadora que la española, que ya había derogado dicho precepto.⁹⁷ Durante la aprobación del código en el Senado se levantaron voces contra este precepto, pero finalmente fue aprobado y no fue eliminado hasta 1953.⁹⁸ Las circunstancias eximentes de responsabilidad se cierran

⁹⁴ PACHECO [68], pp. 75 y ss. emplea el término «causas de justificación» para englobar todas la eximentes, que clasificaba en tres grupos: por la legitimidad del hecho que ha causado el mal, por error o ignorancia y la coacción o violencia ejercida.

⁹⁵ PACHECO [8], T. I, p. 172.

⁹⁶ ASCR, Sesión, 120. Fuensalida critica la vaguedad del precepto y defiende la analogía con el N° 7, exigiendo los requisitos prescritos por este para poder dañar la propiedad ajena sin responsabilidad. FUENSALIDA [43], T. I, pp. 61-63.

⁹⁷ ASCR, Sesión 7ª: El precepto se introdujo a petición del Señor Altamirano, por considerarlo tradicional en la legislación española. Le contestó el señor Reyes que el mismo derecho debía corresponder a la mujer, y que más que como exención de responsabilidad debía ser considerado como circunstancia atenuante. Se aprobó la propuesta de Altamirano. Sin embargo, posteriormente, en la sesión 8ª se volvió sobre el asunto, por considerar que «por la gravedad del caso, sería conveniente, dar una explicación más minuciosa... del alcance que el principio podía tener en la práctica» a lo que se añadía la dificultad de definición del delito *infraganti*. Como consecuencia se encargó al señor Rengifo la redacción de un segundo inciso en donde se hacía referencia tanto a la mujer como al marido al determinar «que no queda exento de responsabilidad el cónyuge que mata a su mujer o marido junto con su cómplice en el adulterio, sorprendidos en delito *infraganti*, solo cuando se pruebe que intencionalmente no hizo lo posible para matar a ambos». Sin embargo en la Sesión 121, se limitó la autorización solo al marido. Fuensalida, muestra su rechazo por considerar que se trataba de un precepto que no aparecía en ningún Código, ni siquiera en el español, y que era totalmente contrario al art. 1º. FUENSALIDA [43], T. I, p. 66.

⁹⁸ Este Artículo 10, N° 11, fue objeto de una importante discusión en el Senado, siendo objeto de distintas propuestas que oscilaban desde su supresión y la consideración como atenuante, o, por el contrario, que se impusiera al marido la pena de extrañamiento. Por último los señores Reyes y Concha rechazaron toda modificación, «porque no hay en el caso termino medio, o el delincuente está en su sana razón y debe imponérsele toda la pena de parricidio, o está enajenado y debe eximirse de toda pena». Sometido a votación fue aprobado sin modificaciones por 11 votos contra cinco. *Boletín de Sesiones del Senado*, 1874, p. 115. LAZO [24], p. 35.

con el N° 13 del art. 10, en donde se previene «el que comete un cuasidelito, salvo en los casos expresamente penados por la ley», en donde lo que se hace en definitiva es afirmar que la ausencia de tipicidad excluye la pena.⁹⁹

También recoge el código un amplio catálogo de circunstancias atenuantes (art. 11) y agravantes (art. 12), y una circunstancia que puede operar tanto como agravante como atenuante (art. 13).

Respecto a las *Atenuantes*¹⁰⁰ se sigue en el art. 11 chileno prácticamente el modelo español del art. 9 con algunas excepciones como: a) la conducta anterior irreprochable del delincuente (art. 11, 6ª); b) si ha procurado con celo reparar el mal causado, o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias (art. 11, 7ª); c) si pudiendo eludir la acción de la justicia por medio de la fuga u ocultándose, se ha denunciado y confesado el delito (art. 11, 8ª); y d) la espontánea confesión del reo como único antecedente en el proceso (art. 11, 9ª). Es estos cuatro apartados, la Comisión redactora se apartó del modelo español y en los números 6, 7 y 8 recurre al Código penal Austríaco, mientras que en el N° 9 adopta como modelo el Código penal español de 1822.¹⁰¹ Se trata de circunstancias de atenuación, que toman en cuenta conductas o actos ajenos al delito de que se trata, y resulta curioso que la Comisión, aunque agregó una 10ª circunstancia hallándose ya en plena tarea de revisar el proyecto, a propuesta del señor Fabres: «Haber obrado por celo de la justicia». Le rechazó, en cambio, otra que propuso al mismo tiempo y que hubiera tenido una significación semejante a las anteriores, es a saber, la de contar el reo con más de setenta años de edad.¹⁰²

Lo mismo ocurre con las *agravantes* consignadas en el art. 12, que siguen el texto español en su art. 10, destacando la novedad de refundir las circunstancias 6ª y 7ª españolas en el N° 5 chileno y limitándola a los delitos contra las personas.¹⁰³

⁹⁹ El N° 13 del art. 10, fue objeto de críticas por parte de Fuensalida por considerar que la Comisión redactora no tuvo en cuenta lo dispuesto en el art. 1º, a cuyo tenor son perfectamente lícitas todas las acciones u omisiones culpables o intencionales que no tengan penas determinadas, ni tampoco que era redundante con lo dispuesto por el art. 4º. (FUENSALIDA [43], T. I, p. 77). En el mismo sentido se pronuncia en la actualidad RODRÍGUEZ DEVESA [80], p. 132-133.

¹⁰⁰ ASCR, Sesiones 7ª, 8ª, y 122.

¹⁰¹ LAZO [24], p. 38. FUENSALIDA [43], p. 89. Según las actas, en la sesión 8ª de la Comisión redactora, del 17 de mayo de 1870 «el señor Reyes hizo presente que habían en el Código Austríaco consignadas otras circunstancias atenuantes que convendría asentar en el Código», siéndole unánimemente aceptada la indicación y, tras corto debate, aprobadas las circunstancias 6ª, 7ª y 8ª, que proceden, del artículo 39, números 2º, 7º y 8º, del Código penal austríaco de 1803, mientras que la 9ª, procede del Código español de 1822, en el mismo artículo, circunstancia 6ª. NOVOA MONREAL [18], Tomo II, pp. 36-45. PACHECO [11], T. I, pp. 209-210. Rivacoba considera que tal vez lo que manejaban los redactores no eran más que los comentarios de Pacheco con sus concordancias, que, por la fecha en que están escritos, no podían referirse sino al Código de 1803 y añade que la elección de modelos como el austríaco son la causa de muchos de «sus sinsentidos, que entrañan ingentes dificultades interpretativas, o en contrasentidos, que le hacen oponerse, en ciertos puntos, a sus propias líneas directivas». RIVACOBA Y RIVACOBA [24], pp. 66.

¹⁰² ASCR, en su sesión 122, de 23 de marzo de 1873. LAZO [24], p. 37.

¹⁰³ ASCR, Sesión 9ª, 31 de marzo de 1873. FUENSALIDA [43], T. I, p. 100. LAZO [24], pp. 41-42.

Se modificó también en la 7ª el tenor de la regulación española haciendo constar «cometer el delito con abuso de confianza». ¹⁰⁴ Como resultado de la original labor de la Comisión redactora aparece como agravante: el realizar el hecho durante el cumplimiento de la condena o de su quebrantamiento, en donde se aprecia la reincidencia como agravante (art. 12, 14ª). ¹⁰⁵

El cuadro de las circunstancias modificativas de responsabilidad se completa con una *circunstancia mixta*, en el art. 13, en donde el parentesco se trata según la naturaleza y accidentes del delito, como circunstancia agravante o atenuante, y en cuya regulación es patente la influencia de los comentarios de Pacheco. ¹⁰⁶

4.4.4 *Las formas de aparición del delito*

La *proposición* y la *conspiración para delinquir* se castigan en el Código chileno, excepcionalmente, en el art. 8, siguiendo el Código penal español, no en la versión de 1850, sino en la de 1848. Esta opción tiene un especial significado porque la evolución de los actos preparatorios en los distintos códigos españoles nos da un indicio del carácter más o menos liberal de cada uno de ellos, ya que su regulación se orienta hacia un progresivo endurecimiento, castigando en todos los casos (Código penal español de 1850), o solo cuando lo diga la ley (Código penal de 1850, 1870 y 1932). ¹⁰⁷ En esta ocasión la Comisión redactora del texto chileno, —como hemos comentado en el apartado referente a la orientación doctrinal— se decantó por la orientación

¹⁰⁴ ASCR, Sesión 122, 21 de mayo de 1870, 16 mayo de 1873, 20 mayo de 1873. FUENSALIDA [43], p. 109.

¹⁰⁵ Esta agravante no existía en el modelo español. Se introdujo en la Sesión 138, por la Comisión redactora, a indicación del señor Fabres, con ocasión de estudiar lo que hoy es el art. 91 del Código penal, que corresponde al art. 125 español, destinado a regular la situación de los que habían sido condenados por sentencia ejecutoria y delinquieran nuevamente durante su condena. Sobre la reincidencia Pacheco sostenía que solo la específica debería tenerse como agravante: «el que conspira por segunda vez, después de penado la primera acredita que es un incorregible conspirador; el que conspiró una vez y después riñe con otro, no acredita nada que sea análogo». PACHECO [11], T. I, pp. 238-239. FUENSALIDA [43], T. I, pp. 108-109. NOVOA MONREAL [18], T. II, p. 48.

¹⁰⁶ ASCR, en su Sesión 9ª, 21 de mayo de 1870, la Comisión redactora aprobó en un principio la disposición del art. 10 del Código español de 1850; que consideraba el parentesco como agravante. Dicho artículo fue objeto de una dura crítica por parte de Pacheco por considerar que podría tener, también, efectos atenuantes de la responsabilidad penal. Después, dominados por la doctrina del Código del Brasil los comisionados habían considerado la superioridad del pariente ofendido solamente para agravar la pena del ofensor, (Sesión, 122, 26 de marzo de 1873). Por fin, en la Sesión 123, 28 de marzo de 1873, la Comisión observó que el parentesco puede considerarse en muchos casos como atenuante, decidiendo dejar su apreciación «a la prudencia de los tribunales», suprimiendo la disposición que lo daba por agravante y creando una disposición nueva que iría como párrafo independiente con la rúbrica «de las circunstancias que atenúan o agravan la responsabilidad, según la naturaleza o accidentes del delito», FUENSALIDA [43], T. I, p. 121. LAZO [24], p. 47. GRISOLIA [58], pp. 298-303. NOVOA MONREAL [18], T. II, pp. 110-111.

¹⁰⁷ Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, «La punición de los actos preparatorios», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 21 (Madrid, 1968), Fasc. II, p. 277-304, p. 278.

político criminal de signo más liberal como era la regulación del texto de 1848 en comparación con su versión reformada de 1850.¹⁰⁸ El art. 8, castiga la proposición y la conspiración a título excepcional, —«en los casos en que la ley las pena especialmente»—, es decir, en los supuestos de delitos contra la soberanía o seguridad interior y exterior del Estado, en los artículos 106, 111 y 125.

El Código penal chileno también declara punibles las *formas imperfectas de ejecución del delito* en el art. 7 «son punibles no solo el crimen o simple delito consumado, sino el frustrado y la tentativa», distinguiendo entre: *delito frustrado* «cuando el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consume y esto no se verifica por causas independientes a su voluntad» (art. 7, apartado 2º) y la *tentativa*, «cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento» (art. 7, apartado 3º). Son objeto de un tratamiento penal más benigno que para el delito consumado, al disponer los Artículos 51 y 52 una rebaja de pena en relación con el hecho consumado, un grado para el delito frustrado y dos grados por la simple tentativa. El art. 7 suscitó un largo debate entre la Comisión redactora, Sesión 4ª, 3 de Mayo de 1870, que por fin lo redactó sobre la base de los art. 3º del Código español y el art. 69 del Código penal napolitano.¹⁰⁹

El desistimiento solo está previsto expresamente en la proposición y conspiración, pero se sostiene sobre la base de la definición legal del delito frustrado que el desistimiento también cabe en la tentativa y en la frustración.

4.4.5 *La participación criminal*

Esta materia es tratada en el Título II del Libro I, con la rúbrica *De las personas responsables de los delitos*. Y en su regulación es ostensible la influencia de los comentarios de Pacheco.¹¹⁰

¹⁰⁸ Como es sabido la reforma del Código penal español en 1850 acentúa el carácter autoritario del Código, que se explica por la posición tomada por Narváez frente a los acontecimientos revolucionarios ocurridos en Europa en 1848. PACHECO [11], p. 101 y ss. ASCR, Sesión 5ª, 7 de Mayo de 1870. LAZO [24], p. 26. FUENSALIDA [43], T. I, p. 34.

¹⁰⁹ ASCR, Sesión 4ª, 3 de Mayo de 1870. Se rechazó la propuesta del señor Altamirano en contra del modelo español por considerar que la división que hacía del delito en tres partes era de «difícil aplicación práctica». Se aceptó la propuesta del señor Reyes de tomar la definición de delito frustrado del art. 69 del Código napolitano, lo que se hizo con ciertas variaciones. La tentativa fue redactada de acuerdo con la propuesta del señor Rengifo sobre la base del art. 3 del Código español, pero limitando la expresión «que no sea por su propio y voluntario desistimiento», con lo cual dejaba pendiente la cuestión de que ocurría cuando la generación del delito puede terminar en estado de tentativa no solo por causas independientes de la voluntad del culpable, sino también por propio desistimiento. Fuensalida afirma que ese problema fue resuelto por los tribunales chilenos de acuerdo con la legislación anterior al Código Penal, en concreto la Ley 2ª, Tit. 31 del la Partida Séptima. (FUENSALIDA [43], T. I, pp. 18-33). VERA [21], pp. 88-92.

¹¹⁰ Véase nota N° 6 y 56.

El art. 14 distingue entre autores, cómplices y encubridores calificándolos como «responsables criminalmente de los delitos», siguiendo textualmente el art. 11 del texto español, a excepción de la eliminación de la expresión «y faltas».¹¹¹

El art. 15 proporciona un concepto muy amplio de *autor*, regulándolo de forma casuística y asimilando diversas modalidades de actuación a la autoría ya que entre los autores quedan comprendidos: a) los que toman parte directa en la ejecución del hecho, sea de manera inmediata o directa, sea impidiendo o procurando impedir que se evite (art. 15, N° 1); b) los que inducen o fuerzan directamente a otros a ejecutarlo, —el instigador o inductor— (art. 15, N° 2) y, c) los que cooperan en la ejecución con actos esenciales, —el auxiliador no necesario— (art. 15, N° 3). Esa desmesurada amplitud del concepto de autor es reconocida tanto por los comentaristas más antiguos del código, como por los penalistas más modernos como Novoa. Este autor precisa que «por razones prácticas prefirió la ley un concepto muy extensivo, que de hecho se aparta del significado común de la palabra autores y que incluye actuaciones que propiamente no cabían en ella».¹¹² Lógicamente la consecuencia fue un concepto de cómplice reducido al mínimo. Los orígenes de esa concepción de autor se encuentra en la propia Comisión redactora tratando de aclarar el contenido del art. 12 del texto español, que le sirvió de base, adicionándolo en sus números 1° y 3°. Con ello se dio una extensión aún mayor de la que tenía el precepto español y se hizo necesario puntualizar que los diversos casos que comprende sobrepasan aquellos que comúnmente se entiende por autoría.¹¹³ En conclusión, el art. 15, es un precepto casuista, de un

¹¹¹ ASCR. En la Sesión 125, 4 de abril 1872, se suprimió la palabra falta «porque estando estas comprendidas en la denominación general de «delitos», es inútil que se exprese por separado».

¹¹² FUENSALIDA [43], T. I, pp. 137, 145 y 147. VERA [21], p. 138. Pedro Javier FERNÁNDEZ, *Código penal de la República de Chile, explicado y concordado*, I, Santiago, 1899, p. 128. NOVOA MONREAL [18], T. II, p. 206-207. La explicación se encuentra en las labores de la Comisión redactora que basándose en el art. 12 del Código español y temiendo que no fuera «lo suficientemente claro, lo adicionaron en sus números 1° y 3°, sin haber profundizado debidamente en la teoría del concurso de personas. El resultado fue una indicación de tipo empírico y un mayor ensanchamiento del concepto de autor».

¹¹³ ASCR, La Comisión redactora con el fin de precisar el significado del art. 12 español, lo sometió a diversas modificaciones en las sesiones 10, 125 y 126. En la Sesión 10ª, 24 de mayo de 1870, ya se propuso por el señor Reyes modificar el inciso 2° del español de acuerdo con lo dispuesto por el art. 4 del Código penal belga, pero los comisionados mantuvieron el texto español si bien precisando el sentido de los términos fuerza e inducción. Ya en la revisión del proyecto en la sesión 125, 4 de abril de 1873, se decidió modificar la redacción de los tres números del art. 15... «a fin de comprender con bastante claridad: 1° al ejecutor directo; 2° al agente que le ayuda a realizarlo con su cooperación o mera presencia ampara o autoriza su perpetración; y 3°, por último, al que ordena u obliga a ejecutar el delito». En la sesión 126, 16 de abril de 1873, se aprobó la redacción dada por el señor Rengifo al art. 15, muy influida por los comentarios de Pacheco y que quiso precisar mejor los casos de coautoría principal (la que figura de forma definitiva en el Código), pero añadiendo que «en el tercer caso —art. 15, N° 3— es necesario que exista copulativamente con las otras dos circunstancias, facilitar los medios o presenciar el delito, el concierto previo para cometerlo; sin este requisito se considerará al reo cooperador pero no autor. Además, es necesario que en la primera circunstancia el acto se lleve a cabo con los medios facilitados, pues si se usara de otros no tendrá aplicación este artículo sino el siguiente». Fuensalida, critica esa regulación del N° 3 y considera que se debía de incluir en el N° 1°. FUENSALIDA [43], T. I, p.137.

valor esencial ya que fija los criterios respecto a la autoría y la participación, y en el que cabe distinguir: a) casos de autoría directa o de autores ejecutores, en que es necesario haber realizado una acción típica, o por lo menos actos ejecutivos (art. 15, N° 1); b) casos de coautoría en que varias personas realizan conjuntamente, cada uno en diversas funciones, el hecho delictivo (art. 15, N° 3,) y c) un caso de autoría directa, diversas modalidades de autoría mediata, en que el hecho es realizado mediante otras personas y por extensión excepcional, una situación no de autoría sino de participación, como es la del instigador (art. 15, N° 2).¹¹⁴

La *complicidad* se regula en el art. 16 del código si bien con un carácter muy restringido. Debido a la amplitud con que se regula la noción de autor: «son cómplices, los que no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos», por lo cual su elemento esencial es la mera cooperación. Opera de forma subsidiaria o residual, a causa de la construcción casuística de esta materia, que excluye de la complicidad a todos los que intervienen en alguna de las formas señaladas en el art. 15, siendo así raras las situaciones de complicidad que se pueden encuadrar en este art. 16.¹¹⁵

Por último el Código chileno, siguiendo a su modelo español, consideró como una forma de participación criminal el *encubrimiento*, excluyéndolo de las faltas. El art. 17 exige tres condiciones para que se califique de encubridor: 1ª) conocimiento de la perpetración de un crimen o simple delito o de los actos ejecutados para llevarlo a cabo; 2ª) que no se haya participado en ellos ni como autor ni como cómplice; 3ª) que la intervención sea posterior a la ejecución del crimen o simple delito y precisamente de algunos de los modos que enumera.¹¹⁶ De lo establecido por el

¹¹⁴ Sergio YÁNEZ PEREZ, «Problemas básicos de la autoría y de la participación en el Código penal chileno», *Actas de las jornadas internacionales de Derecho penal en conmemoración del Centenario del Código penal Chileno*, Valparaíso, Ed. Edeval, 1975, pp. 165-181.

¹¹⁵ Novoa señala que los comentaristas han tratado de buscar ejemplos de complicidad, como lo hace Alejandro Fuensalida (FUENSALIDA [43], T. I, p. 146), e incluso la propia Comisión redactora en la Sesión 126, que señala el supuesto del que facilita los medios con que se lleva a efecto el hecho sin que medie con los ejecutores el concierto que exige el N° 3 del art. 15. NOVOA MONREAL [18], T. II, p. 218.

¹¹⁶ La Comisión redactora utilizó como base el art. 14 del Código español, en la Sesión 126, el 16 de abril de 1873, agregó en el número 3º «la traición a la patria entre los delitos que allí se enumeran». Vuelve a tratar del encubrimiento en la sesión 127, 18 de abril de 1873, y sustituyó la frase del modelo español «auxiliando a los delincuentes para que se aprovechen de los efectos del delito» para precisar el significado de la palabra auxilio: «comprende toda clase de auxilio, aunque sea inocente y no contribuya a ayudar al culpable para que se sustraiga a la acción de la justicia que debe ser la mente de la ley», y por considerar el señor Gandarillas que se dijera «facilitando a los delincuentes medios para que se aprovechen de los efectos del delito», lo que aclaró Fabres: «los medios suponen una cooperación directa y de importancia, excluyendo los meros consejos o auxilios inocentes que se prestan tanto al culpable como al que no lo es, sin responsabilidad alguna». En esa misma sesión se incorporó la exigencia de que las circunstancias agravantes deben estar en conocimiento del encubridor, haciendo constar que la última frase se refiere no solo al caso en que el hábito sea de reincidir en una misma especie de delito, sino también respecto de delitos diversos unos de otros». FUENSALIDA [43], T. I, pp. 147, 151. LAZO [24], p. 51-52.

código en los arts. 14, 17, 53 y 54, cabe afirmar que el encubrimiento: a) se concibe como una forma de participación y no como un delito autónomo, b) su penalidad se determina a partir de la que la ley asigna al delito encubierto (dos grados menos respectivamente, de la pena aplicada al delito consumado, al tentado y al frustrado), c) como forma de encubrimiento se penan el aprovechamiento o receptación (art. 17 N° 1), y el favorecimiento (art. 17, N° 2, 3 y 4), que puede ser real (art. 17, N° 2) y personal, y este a su vez comprende el ocasional (art. 17, N° 3), que no es punible sino excepcionalmente, y el habitual (art. 17, N° 4).¹¹⁷

4.4.6 *Concepto y fundamentación de la pena*

El código comienza el Libro III, «De las penas», con la declaración de uno de los principios más claros del Derecho penal liberal, el de la irretroactividad de las leyes penales. Así se evidencia en su art. 18, claramente relacionado con la Constitución y el Código civil, al declarar no solo la prohibición de aplicar penas no previstas, sino también la de ejecutarlas de modo distinto al establecido por la ley.¹¹⁸

La configuración, fundamento, fines y clases de la pena es un claro reflejo de la orientación doctrinal del Código chileno, inspirado en el eclecticismo de Rossi y Pacheco, siguiendo claramente el modelo español. La doctrina de Rossi defiende frente al utilitarismo la idea de la justicia moral (fin absoluto de expiación) solamente atemperada por la utilidad (intimidación) como medio asociado para una mejor garantía del orden moral preexistente. Como consecuencia el legislador chileno asigna a la pena un carácter retributivo y utilitario, la prevención general juega un papel secundario y la prevención especial solo se aprecia en algunos preceptos aislados. También se mantiene el complicado sistema del Código del 48 en la aplicación de las penas, con escalas graduales que limitan el arbitrio judicial, teniéndose en cuenta para su cálculo: el grado de participación, el grado de desarrollo del delito, concurrencia de circunstancias atenuantes y concurso o acumulación de delitos.¹¹⁹

Para el código, la pena tiene su fundamento en el principio retributivo. Declara que es justa la retribución del mal del delito y que la pena ha de ser proporcionada a la culpabilidad del reo. El carácter retributivo aparece claramente en numerosos artículos que hacen sinónimos los conceptos de penar y castigar. Así ocurre en el

¹¹⁷ Alfredo ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, «El encubrimiento como forma de participación criminal», *Actas de las jornadas internacionales de Derecho penal en conmemoración del Centenario del Código penal Chileno*, Valparaíso, Ed. Edeval, 1975, pp. 277-296.

¹¹⁸ VERA [21], p. 152. FUENSALIDA [43], T. I, p. 160. RUA [74], p. 151. JIMÉNEZ DE ASÚA y CARSI ZACARÉS [3], T. I, p. 202 y 205.

¹¹⁹ Waldo DEL VILLAR BRITO, «La actualización de la sanción en el Código penal Chileno», en *Actas de las jornadas internacionales de Derecho penal en conmemoración del Centenario del Código penal Chileno*, Valparaíso, Ed. Edeval, 1975, pp.42-45.

Libro I (arts. 6, 9, 12 números 14 y 15, 18, 90 y 92). De la misma forma, en el Libro II, la expresión castigar se usa alternadamente con la de penar en los diversos tipos allí contenidos.¹²⁰ Manifestaciones del principio retributivo son también: el excesivo catálogo de penas, (con el fin de encontrar la más adecuada por naturaleza y gravedad al delito), la acumulación material de penas en el concurso, la existencia de penas perpetuas (el presidio, la reclusión, la relegación, y las inhabilitaciones absoluta o perpetua para cargos y oficios públicos, derechos políticos o profesión titular), y las penas de larga duración.

Pero, además de la retribución, la pena tiene otros fines. El carácter utilitario de la misma aparece limitado a la evitación del delito, en una forma singular y simple, en disposiciones de discutible moralidad como el art. 8 del Código penal, que contempla instituciones como la delación.¹²¹ El principio de defensa, (que es como en aquella época se denominaba a la intimidación, tendente a desarrollar en el individuo, mediante la acción sobre la sociedad, la inhibición a cometer delito), aparece en la ejecución de las penas, la publicidad en la ejecución de la pena capital, las penas para los que delinquen de nuevo, en las múltiples excusas y en la dura penalidad de las infracciones políticas. La prevención especial, es decir, la actuación de la pena sobre el delincuente con fines de corrección y de readaptación social, aparece en muy escasos preceptos que, o bien son producto de reformas posteriores, o son originarios y deben vincularse, con el Código penal español de 1822.¹²²

La fundamentación doctrinal del código aparece claramente en las diversas *clases de penas* recogidas en el art. 21 que introdujo algunas modificaciones al modelo español, como el cambio del término «aflictivas» para las penas más graves por el de penas de crímenes.¹²³ De acuerdo con dicho artículo se dividen las penas en penas de crímenes, simples delitos y faltas. Son penas de *crímenes*: muerte, presidio, reclusión y relegación perpetuo y mayor, confinamiento; extrañamiento, inhabilitación absoluta y especial, perpetua y temporal. De *Delitos*: Presidio, reclusión, confinamiento y relegación menores, destierro, suspensiones. Son penas de *faltas*: la prisión. Y se establece, además, una categoría de penas que son *comunes a las tres clases*: multa (que en el caso de no ser satisfecha se transforma en pena privativa de libertad); y pérdida o comiso de los instrumentos o efectos del delito. Y por último penas *accesorias* como cadena

¹²⁰ NOVOA MONREAL [18], T. II, pp. 307-309.

¹²¹ VILAR BRITO [119], p. 43.

¹²² Grisolia considera que son una consecuencia de la influencia del Código penal español de 1822 y del Código penal austriaco. Luego se amplió esa preocupación correccional en una normativa posterior al Código, en 1924 con el establecimiento del régimen carcelario progresivo. GRISOLÍA [58], p. 298.

¹²³ ASCR, Sesión, 14, Sesiones 128, 129 y 130. LAZO [24], pp. 55-57.

o grilletes, celda solitaria e incomunicación con personas extrañas al establecimiento penal.¹²⁴

Recoge la pena de muerte como la primera asignada a los crímenes y en el art. 59 como el 1º grado de la escala Nº 1, destinada a la ordenación de las distintas penas privativas de libertad, dedicándose los arts. 82 a 85 a su ejecución. A tal efecto se dispone —y con ello se aparta de su modelo español— que se ejecutará mediante fusilamiento, de día y con publicidad. Se aplica como pena única (art. 91) para el condenado que está cumpliendo, por sentencia ejecutoria una pena de presidio o reclusión perpetuos y durante la condena comete un nuevo crimen; también a los parricidas y a los traidores que inducen a una potencia extranjera a declarar la guerra a Chile, (art. 10, art. 109 y art. 390). En los demás casos, solo se aplica como grado máximo en ciertos delitos en contra de la patria o en los que hay pérdida de la vida, (Artículos 107, 108, 391, 433, 434, 474 y 480). Los supuestos de aplicación de la pena de muerte se ampliaron por Ley de 3 de agosto de 1876, que impuso la pena de muerte hasta por la tentativa de robo acompañada de injuria grave a las personas.¹²⁵

La regulación de las penas privativas de libertad no es muy extensa (arts. 86, 87 y 88). Una vez establecida la diferencia entre presidio, reclusión o prisión y las obligaciones de trabajo que se imponen, los arts. 86 y 87 tratan del cumplimiento de la pena en el establecimiento penal señalado por la ley en el art. 21, agregando que las mujeres cumplirán las penas privativas de libertad en casas de corrección, y que los reos menores de edad deberán de estar separados de los mayores (arts. 86 y 87), destinándose el art. 88 a regular el destino del producto del trabajo de los condenados. Entre las penas restrictivas de libertad se distinguen, por un lado, aquellas que deben cumplirse en el extranjero, como el confinamiento (art. 33) y el extrañamiento (art. 34), si bien con carácter solo temporal (art. 59) y generalmente están previstas para algunos delitos contra la seguridad interior y exterior del Estado (arts. 118, 121, 123, 124 y 126); y las que deben cumplirse en territorio nacional, como la relegación (art. 35), el destierro (art. 36) y la sujeción a la vigilancia de la autoridad (art. 45).¹²⁶

Si, como hemos dicho, se parte del principio de que la pena es un castigo impuesto por la ley (como una retribución del mal causado por el delito), consecuencia de ello es la prefijación de la pena, en su cantidad y calidad.¹²⁷ El sistema consiste en

¹²⁴ Marino Barbero señala que las penas de celda solitaria y de incomunicación con personas extrañas al establecimiento penal, no son penas accesorias, según establece el art. 21, sino penas principales previstas en el art. 90 para el delito de quebrantamiento de condena, y en el art. 91 para el supuesto de que un recluso cometa un nuevo delito durante el cumplimiento de la condena o después de haberla quebrantado. Marino BARBERO [66], p. 39.

¹²⁵ La introducción de la pena de muerte no suscitó ninguna oposición ni en el proceso de redacción, ni en la aprobación del Código en el Congreso y Senado. FUENSALIDA [43], T. I, p. 170-179.

¹²⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA y CARSI ZACARÉS [3], T. I, p. 367. NOVOA MONREAL [18], T. II, pp. 318, 343-350.

¹²⁷ FONTECILLA [24], p. 200.

determinar la pena al delito lo más precisa posible a fin de impedir el arbitrio judicial, y a que el procesado tenga todas las garantías posibles, lo que se refleja claramente en el complejo proceso elaborado para la *individualización de la pena*. El código, sigue el complicado sistema de grados y escalas de su modelo español, estableciendo un sistema de grupos de penas en cinco escalas graduales, y de subdivisión de cada pena en tres grados que triplican el contenido de las escalas, pues cada grado se considera una pena distinta. El sistema es utilizado, de modo general, para establecer las escalas correspondientes a los grados de participación (autor, cómplice... etc.); los grados de perfección del delito (tentativa, frustración, consumación), y concurso de acumulación de delitos, según la concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes.¹²⁸ De ese modo el sistema, establecido en los artículos 50 a 78, deriva en complejas operaciones para determinar escalas y grados aplicables según la naturaleza y número de circunstancias que a veces concluyen en penalidad rígida, como son las situaciones de necesaria imposición del mínimo o del máximo. Es la llamada matemática o aritmética penal, que ha precisado de la existencia de tablas indicativas para saber el grado que corresponde aplicar (artículos 56, 59 y 63).¹²⁹ Fuera de tales casos, la individualización legal concluye en la escala y grado que se determine aplicable, y en ese margen el juez recobra ciertas facultades, aunque las extremas subdivisiones determinan que esos márgenes en general resulten estrechos.¹³⁰

No recoge el código *medidas de seguridad*. Se regulan desde el 4 de octubre de 1954 en una ley sobre estados antisociales, que se inspira en la española de Vagos y maleantes, de 1932, en la ley colombiana sobre la materia, en un proyecto uruguayo y en los proyectos chilenos de código penal, especialmente en el de Silva-Labatut de 1938.¹³¹

4.5 Parte especial

El Libro Segundo, con la rúbrica *Crímenes y simples delitos y sus penas*, sigue, en términos generales, al Código belga. Aparece distribuido en nueve títulos, cuya ordenación y rúbricas ponen de manifiesto tanto su orientación político-criminal, como las innovaciones introducidas respecto al texto español. Así, el Libro II comienza

¹²⁸ FUENSALIDA [43], T. I, pp. 261-264, 267. VERA [21], pp. 208-215, 232.

¹²⁹ Sin embargo, en la actualidad, los penalistas Grisolía y Rivacoba coinciden en afirmar que esos márgenes de los que dispone el juez en la individualización de la pena no son tan estrechos, si se utilizaran correctamente determinados preceptos del Código que permiten superar la rigidez de la matemática penal. Es el caso del art. 69 que da opción a graduar la pena proporcionalmente a la gravedad de cada delito individual y concreto, atendiendo a lo injusto y la culpabilidad. RIVACOBA Y RIVACOBA [24], pp. 69-70. GRISOLÍA [58], p. 304.

¹³⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA Y CARSI ZACARÉS [3], T. I, pp. 364-365 y 384-385. RUA [74], pp. 155-156.

¹³¹ NOVOA MONREAL [18], T. II, p. 422; BARBERO [66], p. 39.

con los Delitos contra el Estado;¹³² le siguen a continuación los delitos que afectan a los «Derechos garantidos por la Constitución»,¹³³ entre los cuales, en el Capítulo segundo regula los Crímenes y simples delitos relativos al ejercicio de los cultos de la República (en sustitución de los Delitos contra la Religión¹³⁴ que encabezaban el texto español). Del mismo modo se modifica también la rúbrica del Título IV, introduciendo la expresión *Delitos contra la fe pública*, y llama la atención que muchos delitos contra las personas no se hallan incluidos en su Título específico —el VIII— sino que aparecen diseminados en el Título III por afectar a los citados derechos «garantidos» por el texto constitucional. No se recogen los delitos de desobediencia; y aparecen incluidos, en el Título VI, párrafo IX, las infracciones relativas a epizootias. Agrupa los delitos contra la honestidad dentro del título VII con la rúbrica «Delitos contra el orden de las familias y la moralidad pública», expresando que la violación se considera consumada desde el principio de ejecución (art. 362); y la exigencia de cuarenta y ocho horas de edad en el infanticidio. Sin embargo, sí se refleja la influencia del modelo español en el contenido de los diferentes tipos delictivos y en la sistemática seguida en la regulación de cada uno de los delitos, que comienza por la figura que tenga señalada una pena mayor, prosiguiendo a continuación en un orden decreciente de gravedad, en lugar de seguir el tipo básico, y a continuación los especiales, privilegiados y calificados.¹³⁵

En general la descripción de los tipos delictivos es casuista, en algunos casos con imprecisiones en la descripción de la acción típica, agrupando distintas situaciones en un mismo precepto. Presenta deficiencias en la formulación de determinados delitos. Es particularmente desafortunado el régimen de los delitos culposos, y de ningún modo puede aprobarse el procedimiento de la asignación de las penas en los delitos contra la propiedad, como el hurto, las defraudaciones y otros delitos contra el patrimonio.¹³⁶

Tampoco resulta acertada la ordenación de algunos tipos delictivos, como la calumnia y las injurias, situadas entre los crímenes y simples delitos contra las personas. También la consideración de la vagancia y la mendicidad como atentados contra el

¹³² Los delitos políticos son completados y reformados por las leyes sobre seguridad interior del Estado, de 11 de Febrero de 1937, y la de Seguridad externa de 1942.

¹³³ La rúbrica del Título Cuarto, dista mucho de ser aceptable, por la carencia tanto de un criterio uniforme en la clasificación, cuanto de adecuación, en muchas ocasiones, de los epígrafes al real contenido del título, así como por el orden arbitrario de éstos.

¹³⁴ Precisiones acerca de la significación de la libertad religiosa, en relación a lo dispuesto por las distintas Constituciones, en particular la de 1833, en Carlos SALINAS ARANEDA, «La libertad religiosa en Chile», *Conciencia y Libertad. Nuevos enfoques sobre la libertad religiosa en América Latina*, N° 14, 2002, pp. 54-91.

¹³⁵ QUINTANO RIPOLLÉS [3], pp. 109-110.

¹³⁶ La penalización de los delitos patrimoniales, siguiendo al modelo español, se hace en función del valor económico del objeto material, por lo tanto sería aplicable al Código chileno la apreciación que para el Código español hace Sánchez Tejerina que lo califica de «lotería penal». ISAÍAS SÁNCHEZ TEJERINA, *Derecho penal español*, 5ª ed. Madrid, 1959, T. II, p. 391 y 402. RIVACOBA Y RIVACOBA [24], pp. 65-66.

orden y la seguridad pública, además del ya referido aborto considerado como un crimen o simple delito contra el orden de las familias y contra la moralidad pública. De esa deficiente clasificación se han derivado problemas de interpretación que en última instancia y en algunos casos proceden del modelo utilizado.¹³⁷

En cuanto a la tutela de los bienes jurídicos protegidos, destaca la mayor relevancia dada por el legislador al Estado y a los bienes colectivos sobre la persona del ofendido. Así queda de manifiesto de forma general en los delitos contenidos en el Título III, en donde se considera sujeto pasivo al Estado, prevaleciendo el ataque a la Constitución sobre la libertad personal. Lo mismo ocurre en el Título VII, en donde se antepone la lesión a la comunidad, la moral pública, antes que la persona individual. Es el caso, también, de la consideración como delitos contra el orden de las familias y la moralidad pública a los supuesto de aborto, abandono, rapto, violación, usurpación y suposición de estado civil, estupro, corrupción, abusos deshonestos y adulterio. Del mismo modo, en el aborto se prioriza la lesión a la moral pública en detrimento de la vida, que pasa a un segundo plano. Y, en el mismo sentido, en el secuestro se considera más el ataque a la Constitución que a la libertad personal.¹³⁸

Además encontramos en el código tipos en que no aparecen el bien jurídico, es decir, tipos sin bien jurídico tutelado, como «la vagancia», tipificada en el art. 305 (hay que tener en cuenta que no existe obligación de trabajar), el incesto, del art. 64, y la sodomía, del art. 365.

La orientación liberal del código queda también de manifiesto en el marcado individualismo reflejado en la regulación de algunos de los tipos penales, primando la seguridad individual sobre la solidaridad en la convivencia social, lo que se manifiesta claramente en la escasa regulación de los delitos de abandono (arts. 346 a 352) y del delito de incendio castigado como delito contra la propiedad y no como delito contra la seguridad pública.¹³⁹

¹³⁷ Rivacoba hace constar el ejemplo del art. 362 chileno, que, procedente del Código belga, se colocó en la regulación de la violación, sin tener en cuenta que en aquel estaba situado entre los abusos deshonestos y la violación, lo que lleva a incurrir en las contradicciones de las que hablamos al tratar de la orientación doctrinal.

¹³⁸ Eugenio Raúl ZAFFARONI, «Los bienes jurídicos protegidos en el Código penal chileno y su ordenación en la Parte Especial», *Actas de las jornadas internacionales de Derecho penal en conmemoración del Centenario del Código penal Chileno*, Valparaíso, Ed. Edeval, 1975, p. 201 y 211. Critica, por considerarla poco acertada, la clasificación de los tipos, ya que se funda en la consideración del Estado como titular de bienes jurídicos, y, en su opinión, no es más que un bien jurídico de sujeto múltiple, p. 211. VERA [21], pp. 538-573.

¹³⁹ ASCR, Sesiones 66, 67, 159 y 173, se utilizó como modelo el Código belga. Waldo DEL VILLAR BRITO, «Tratamientos de los bienes jurídicos protegidos en el Código penal, conforme a las orientaciones doctrinales vigentes», *Actas de las jornadas internacionales de Derecho penal en conmemoración del Centenario del Código penal Chileno*, Valparaíso, Ed. Edeval, 1975, pp. 215-218.

Se mantienen tipos delictivos, hoy obsoletos. Siguiendo a Jiménez de Asúa hay...

[D]elitos viejos que perduran como el incesto, homosexualismo, sodomía, bestialidad, el adulterio y el duelo. Y también hay delitos que han surgido de las nuevas condiciones sociales y que no tienen acogida en el código, como son el homicidio por emoción violenta y por piedad, contagio venéreo, proxenetismo, rufianismo, sabotaje o delitos económicos, aunque algunos de estos delitos nuevos son regulados por leyes especiales.¹⁴⁰

Por último, en la Parte Especial el legislador chileno, admite delitos de sospecha, delitos determinados por el resultado, y delitos cualificados por el resultado, así como supuestos de responsabilidad por hechos ajenos, vulnerando en numerosas ocasiones el principio fundamental de que no hay pena sin culpabilidad. Son supuestos de sospecha: el art. 360, que prevé el supuesto de raptó, sin poder dar razón del paradero,¹⁴¹ y los arts. 348, 351 y 352, que regulan los supuestos de abandono, con resultado u ocasiones de muerte, lesiones o daño a la salud.¹⁴² Quintano Ripollés dice de estos delitos que son «una extraña y arcaica figura de sospecha, de presunción más bien, que hace derivar la responsabilidad de eventos tan ajenos a la propia actividad como el descubrimiento o no de terceras personas, lo que equivale, en definitiva, a remitirse al azar».¹⁴³ Como delitos determinados por el resultado podríamos mencionar, entre otros, el homicidio y las lesiones causadas en riña tumultuaria, sin que conste su autor (arts. 392, 402, 403).¹⁴⁴ También es el caso del art. 335, relativo a los efectos de insurrecciones o motines y el art. 445, relativo a la fabricación, expedición o tenencia de llaves falsas o ganzúas.¹⁴⁵ También se consignan casos de presunciones de delito en donde el dolo se presume, son las que figuran en los artículos 444 (tentativa de robo en casa deshabitada), 454 (presunción de robo del que no pueda justificar la propiedad de la cosa) y 483 (incendio del que debe responder un comerciante), creación de la Comisión redactora.¹⁴⁶ La responsabilidad criminal por hechos ajenos también

¹⁴⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA y CARSI ZACARÉS [3], T. I, p. 400.

¹⁴¹ Pacheco calificaba de un presunto delito el supuesto del ART. 370 español antecedente del texto chileno. PACHECO [11], T. III, p. 151. ASCR., Sesión 71, 10 de abril 1872 y 160, 25 de junio de 1873.

¹⁴² ASCR, LAZO [24], pp. 274-279. VERA [21], p.532.

¹⁴³ ANTONIO QUINTANO RIPOLLES, *Compendio de Derecho Penal*, 1958, T. III, p. 199.

¹⁴⁴ ASCR, Sesión 79, 3 de mayo de 1872, en el art. 392 se utilizó como base el art. 334 del Código español, al igual que para los arts. 402 y 403, que siguieron el art. 347 del español, Sesión 82, 10 de mayo de 1872.

¹⁴⁵ ASCR, Sesión 65, 8 de noviembre de 1871 y Sesión 159, 24 de junio 1873, LAZO [24], pp. 267-268. Robustiano Vera en sus comentarios al Código afirma que «este artículo (445) no está bien meditado y ha debido consignarse una salvedad más general y mas explicita», (VERA [21], pp. 665-666).

¹⁴⁶ Sesiones 93, 95, 98, 164, 165. Fue discutido en la Cámara de Senadores, el Señor Irrarrázaval lo rechazó por considerarlo contrario al Código de Comercio, se le añadió la frase «u otra clase de pruebas». *Boletín del Senado* 1974, pp. 166-168. También fue objeto de objeciones en el Congreso, pero fue finalmente aprobado. *Boletín de Sesiones de la Cámara de los Diputados*, 1874, pp. 90 y 97. JIMÉNEZ DE ASÚA [4], T. V, p. 173.

aparece en el código: el inciso final del art. 329, en donde regula el supuesto del que por ignorancia de los reglamentos del camino, causare involuntariamente daños o lesiones¹⁴⁷ y el art. 497 que regula la responsabilidad del dueño por los daños causados por el ganado en heredad ajena.¹⁴⁸

4.6 Modificaciones y reformas

Como ya dijimos, el Código Penal chileno destaca por su estabilidad, es un código centenario. Sin embargo la necesidad de adaptarlo a las nuevas necesidades ha dado lugar a numerosas reformas en materia de delitos contra la propiedad; delitos contra la salud pública; restricción de la pena de muerte, y sobre la retroactividad de la ley penal más benigna e influencia de las atenuantes. Su longevidad ha dado lugar también a numerosas leyes especiales que complementan las disposiciones del código: El Código de Justicia Militar, la Ley 12.927, sobre Seguridad del Estado; la Ley 16.343, sobre Abusos de Publicidad; la Ley 11.625, de 4 de octubre de 1954, llamada de Estados Antisociales y Medidas de Seguridad; la Ley 7.821, sobre Remisión Condicional de la Pena, etcétera.¹⁴⁹

También han existido numerosos proyectos de reforma, tanto privados como oficiales. Entre ellos, destacan los proyectos realizados por Erazo-Fontecilla de inspiración ecléctica y el de Ortiz von Bohlen, de inspiración germánica, ambos de 1929.¹⁵⁰ También el Proyecto elaborado por Silva-Labatut, de 1938, de inspiración hispánica.¹⁵¹

4.7 Valoración y crítica

El código, en general, fue bien acogido por sus contemporáneos, como prueban sus comentadores, a pesar de las críticas realizadas a las decisiones de la comisión redactora. Posteriormente, dada su larga duración, ha sido objeto de las más variadas críticas centradas, fundamentalmente, en que prescinde casi por completo de la apreciación personal del delincuente e imposibilita la individualización penal.

¹⁴⁷ *ASCR*, Sesión 65, 8 de noviembre de 1872, y Sesión 158, 23 de junio de 1873, en donde se adoptan a instancias del Señor Reyes tres casos: simple abandono, abandono con accidente en que se causan lesiones y, por último, abandono con resultado de muerte. LAZO [24], p. 266.

¹⁴⁸ *ASCR*, Sesión 114, 2 de Septiembre de 1872, se hizo precisar que se añadiera «en heredad ajena cerrada».

¹⁴⁹ Etcheberry Orthusteguy [64], p. 375. JIMÉNEZ DE ASÚA y CARSÍ ZACARÉS [3], T. I, p. 400.

¹⁵⁰ El Proyecto fue redactado por una comisión compuesta por D. Osvaldo Koch, Ministro de Justicia y Presidente de la Comisión; D. Eduardo Erazo, Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago y profesor de la Universidad de Chile y D. Rafael Fontecilla, Ministro de la Corte de Apelaciones de Valdivia. Un examen del contenido del mismo lo realiza el penalista español Eugenio Cuello Calón, en donde pone de manifiesto la influencia del Código penal español de 1928. CUELLO CALÓN [59], pp. 5-28.

¹⁵¹ JIMÉNEZ DE ASÚA [4], T. I, pp. 1174-1182.

Una de las críticas mas destacadas por su dureza fue la realizada por el prestigioso penalista Rafael Fontecilla, para quien «largo sería enumerar los defectos científicos y técnicos que contiene»,¹⁵² «un código como el nuestro es un oprobio para la ciencia contemporánea».¹⁵³ Fontecilla centra sus críticas fundamentalmente en la configuración de la pena como retribución y en la idea de la responsabilidad basada en el libre albedrío y la responsabilidad derivada del delito.¹⁵⁴ En el mismo sentido se pronuncia el penalista español Eugenio Cuello Calón.¹⁵⁵

Críticas todas ellas realizadas desde teorías penales muy posteriores al momento en que se elaboró el código, olvidándose de la fundamentación doctrinal y de la orientación político criminal del texto penal que, como es lógico, era obra de su tiempo.

¹⁵² FONTECILLA [24], p. 119.

¹⁵³ FONTECILLA [59], p. 5 .

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 12 y ss.

¹⁵⁵ CUELLO CALÓN [59], PP. 6-9.