

MATERIALES DE REFERENCIA PARA EL TRABAJO DE LA
COMISIÓN DE PROYECTO DE CÓDIGO PENAL 2013

Documento elaborado por Antonio Bascuñán,
sometido a consideración de la Comisión en su
sesión N° 3, en viernes 25 de enero de 2013

PRESENTACIÓN

1

La codificación penal chilena del siglo xix fue una codificación dependiente: se hizo adoptando como modelos de referencia principalmente la codificación penal española (1848-50) y secundariamente, sobre todo para la redacción de su libro segundo, la codificación penal belga (1867). La cultura jurídico-penal chilena ha sido desde mediados del siglo xx una cultura dependiente: primero la obra de autores italianos, luego la obra autores alemanes, y siempre la obra de autores españoles, han marcado su horizonte de referencia.

La preparación de un proyecto de Código Penal para la República de Chile por un grupo de abogados y profesores de derecho penal tiene dos opciones: encubrir la condición dependiente del derecho y la cultura chilenos mediante un trabajo local autorreferente o asumirla reflexivamente abriéndose a la consideración explícita de materiales jurídicos extranjeros. Lo primero es sin duda más fácil. Pero en abordar y vencer la dificultad que plantea la segunda opción se encuentra la clave para que la empresa de redactar un proyecto de código penal pueda ofrecer lo que se espera de ella: que represente un auténtico progreso respecto del estado de cosas preexistente. Tal como lo fue en el siglo xix, la codificación en el siglo xxi es una oportunidad de aprendizaje colectivo.

Lo primero que se requiere para aprovechar esa oportunidad es modestia intelectual. Son pocas las reglas de las partes más densamente normativas de un código penal que una persona -incluso un profesor universitario con largos años de estudio- puede conocer en profundidad, abarcando su evolución histórica, sus peculiaridades en el contexto del derecho occidental, y las mejores soluciones a los problemas que plantea sus aplicación práctica. Por tal razón, la tarea de proponer decisiones al legislador respecto de todas las normas de la parte general y la parte especial de un código penal, todo ello en el plazo de un año, es un empeño cuya audacia pareciera ser excesiva Sin embargo, el objetivo puede lograrse con la diligente consideración de un determinado número de alternativas regulativas disponibles en el derecho comparado mediante una adecuada distribución del trabajo, no sólo entre los miembros de la comisión sino entre todos los expertos interesados en contribuir en la empresa.

La identificación seria y precisa del modelo regulativo de derecho comparado al que corresponde una propuesta legislativa sobre una determinada institución o grupo de reglas es un bien invaluable. Si esa propuesta llega a traducirse en ley,

la comprensión de esa institución o grupo de reglas queda enriquecida por el trasfondo cultural de ese modelo. Por supuesto, no se trata de que la cultura jurídica extranjera se vuelva vinculante para los habitantes de la República o los tribunales chilenos. Lo que obliga es la ley y no las razones del legislador, mucho menos las razones de quienes le han formulado propuestas. De lo que se trata es que para el futuro haya más y mejores argumentos disponibles en caso de duda o controversia. Se trata de ofrecer al desarrollo futuro de la cultura jurídico-penal chilena un paisaje más rico y un suelo más fértil.

2

Por descontado que el punto de partida del trabajo de la comisión se encuentra en la legislación chilena vigente: el Código Penal, las leyes penales especiales y las normas punitivas dispersas en diversos cuerpos legales. Corresponde al Ministerio de Justicia poner a disposición de la comisión y sus asesores al menos un listado de estas leyes y normas.

De los códigos penales extranjeros, se impone la consideración del español y del alemán. El primero por razones históricas y de cercanía cultural que son evidentes; el segundo, por la influencia que actualmente ejerce la doctrina alemana sobre la cultura jurídico-penal española y chilena. Dado ese factor, es inevitable que lo que proponga la comisión sea tarde o temprano juzgado por comparación con el desarrollo de la respectiva institución o grupo de normas en el derecho alemán. Por lo tanto, la consideración del derecho alemán por la comisión y sus asesores representa un acto de asunción de un estándar ineludible en el corto o mediano plazo. Ciertamente, la consideración del Código Penal alemán plantea una formidable dificultad idiomática; pero se la puede superar al menos parcialmente gracias a la disponibilidad de una versión en español y una versión en inglés, aunque ambas sólo alcanzan a la regulación vigente en 1998. Adoptar explícitamente ambos textos legales extranjeros como marco de obligada referencia para la labor de la comisión y la elaboración de los informes que se le hagan llegar implicaría un salto cualitativo de la discusión. La función de este marco no es definir *a priori* el contenido posible del proyecto que elabore la comisión, sino ofrecer una (o más) solución(es) regulativa(es) respecto de la cual hay que tomar una posición justificada.

A este marco dado por la legislación penal chilena, española y alemana vigentes se debe sumar el Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 2005, elaborado bajo la presidencia de Ricardo Lagos. Cualquiera sea el mérito que corresponda

atribuir a las propuestas legislativas específicas de este texto, él representa el esfuerzo codificador exhaustivo más reciente de la profesión jurídica y la academia chilena. En tal carácter, su consideración constituye un punto de referencia imprescindible para un trabajo responsable.

Finalmente, como una medida de precaución la comisión debería tomar en consideración el reciente Anteproyecto de Ley Orgánica español, de 16 de julio de 2012, por el que se busca modificar el Código Penal, aunque no sea más que para tener a su respecto una posición explícita.

3

La ley tiene historia. Su comprensión cabal requiere la consideración de su evolución. Ciertamente, el plazo de un año impide realizar un examen colectivo de la evolución histórica de todas las disposiciones que integren el proyecto. Pero los materiales deben estar disponibles para permitir que en el caso de requerirlo la discusión pueda ser ilustrada por ese conocimiento más profundo.

Tratándose del Código Penal chileno, es indispensable su comparación con el texto legal originario (1875). Las modificaciones experimentadas por un texto legal siempre son ambivalentes: por una parte enseñan cuáles fueron las necesidades políticas a las que por alguna razón o motivo no podían responder las normas originarias, y por otra parte exhiben las distorsiones que puede sufrir el diseño racional de una institución o grupo de reglas como resultado de las vicisitudes de la política legislativa. Esto también vale, por supuesto, para el derecho comparado.

En el caso del Código Penal español, es fácil y aconsejable el manejo comparado de la regulación actualmente vigente y su redacción originaria, de 1995. El equivalente español al texto originario chileno se encuentra en los Códigos Penales de 1848 y 1870. En el caso del Código Penal alemán se dispone, en idioma alemán, de una edición sinóptica de todas sus disposiciones que se abarca desde diciembre de 2012 hasta el texto originario de 1871.

Respecto de ambos códigos también debe estar disponible la mejor de sus formulaciones -en términos de racionalidad sistemática- identificable en su génesis. En el caso español esa formulación se encuentra en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal ("PANCP) de 1983. En el caso alemán, en los distintos tomos del Proyecto Alternativo 1966-1971 que inspiraron la reforma de 1975. La razón de tomar en consideración estos textos no consiste en atribuirles el valor de expresar la última palabra de la doctrina alemana o

española. Los años transcurridos desde su elaboración los han dotado del carácter de documentos históricos. Con todo, ambos proyectos siguen representando el intento mejor logrado de renovación del derecho penal en esos países.

4

El derecho chileno, español y alemán forma el marco de referencia cuya adopción se propone. Pero no agota las posibles fuentes de inspiración para el diseño de un proyecto de código penal. Es cierto que la ampliación del horizonte de referencia trae consigo el riesgo de dispersión y eventualmente confusión o incongruencia. Lo primero se resuelve mediante la distinción entre el marco de referencia -cuya consideración se asume como imperativa- y el marco de consulta, que simplemente se pone a disposición para facilitar al asesor de la comisión o eventualmente a ésta la averiguación de soluciones normativas alternativas a problemas que puedan parecer insuficientemente regulados por los textos legales que componen el marco de referencia. El riesgo de confusión o incongruencia se remedia con la indicación seria y precisa de la fuente utilizada en cada propuesta y la diligente apreciación de su pertinencia en el contexto dado por las demás propuestas o decisiones ya adoptadas por la comisión.

Como textos legales de consulta deben estar disponibles los códigos penales francés, italiano, austríaco y suizo -en sus versiones alemana y francesa- actualmente vigentes. También debe ponerse a disposición del trabajo de la comisión y sus asesores el código penal francés de 1810, para completar las referencias históricas del derecho penal chileno y español antes indicadas.

Finalmente, como una decisión de reconocimiento de los esfuerzos americanos de codificación penal cabe incluir dentro de estas posibles fuentes de inspiración al *Model Penal Code* del American Law Institute (1962) y al Código Penal Tipo para Latinoamérica (1973), elaborado bajo el auspicio del Instituto de Ciencias Penales.

LISTADO DE MATERIALES

I. Marco de referencia

A. Materiales nacionales

1. CP vigente
<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1984>
2. Anteproyecto de nuevo Código Penal de 2005
http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/d_1.pdf

B. Materiales extranjeros

1. CP español vigente
http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.html
2. Anteproyecto de LOC de 16/07/2012
<http://www.juecesdemocracia.es/ActualidadMJU/2012/Anteproyecto%20de%20reforma%20de%20CP%202012.pdf>
3. CP alemán vigente
Versión en alemán: <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stgb/gesamt.pdf>
[http://www.jusline.de/Strafgesetzbuch_\(StGB\)_Langversion.html](http://www.jusline.de/Strafgesetzbuch_(StGB)_Langversion.html)
Versión en inglés (actualizada a 1998):
<http://www.iuscomp.org/gla/statutes/StGB.htm>
Versión en español (actualizada a 1998):
http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasjuridicas/oj_20080609_13.pdf

II. Antecedentes del marco de referencia

A. Materiales nacionales CP 1875

B. Materiales extranjeros

1. CP español 1995
2. Propuesta de Anteproyecto de CP español (“PANCP”) de 1993
3. CP español 1870
4. CP español 1848
5. Proyecto Alternativo alemán
<http://www.alternativentwurf.de/pages/home/ae-entwuerfe.php>
2. CP alemán 1871-2012
Texto: <http://delegibus.com/2010,1.pdf>;
Informe sobre la edición: <http://delegibus.com/2010,3.pdf>

III. Materiales de consulta

1. CP francés
Versión en francés:
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20130121>
<http://perlpot.net/cod/penal.pdf>
versión en inglés: <http://www.legifrance.gouv.fr/Traductions/en-English/Legifrance-translations>; Penal code - pdf - 324 ko
3. CP francés 1810
4. CP italiano
<http://www.altalex.com/index.php?idnot=36653>
3. CP austríaco
[http://www.jusline.at/Strafgesetzbuch_\(StGB\).html](http://www.jusline.at/Strafgesetzbuch_(StGB).html)
4. CP suizo
Versión en alemán: http://www.admin.ch/ch/d/sr/311_0/index.html
Versión en francés: <http://www.admin.ch/ch/f/rs/3/311.0.fr.pdf>
5. *Model Penal Code* (American Law Institute, 1962)
6. Código Penal Tipo para Latinoamérica (Instituto de Ciencias Penales, 1973)