

El Derecho Penal como Instrumento Represivo

Manuel Guzman Vial
Profesor de Derecho Penal
Universidad Católica de Chile

1.— El Derecho Penal como Instrumento Represivo es la materia que el Comité Organizador de estas Segundas Jornadas Académicas de Derecho Público, me ha encomendado analizar, en el marco general de los supuestos que se estiman básicos para la normalidad democrática.

Debemos entender que la materia que interesa desarrollar dice relación con la indebida utilización de la potestad punitiva del Estado, más allá de los términos que la Ciencia Penal determina como el legítimo empleo de los recursos propios de esta rama del Derecho Público.

El Derecho Penal pretende dispensarle protección a los bienes jurídicos cuya conservación es necesaria para la existencia de la vida social, y para ello prohíbe las acciones que lesionan o ponen en peligro esos bienes jurídicos, bajo la amenaza de la imposición de la pena o de la aplicación de medidas de seguridad.

Por esta vía se protegen las normas más básicas que la ética-social admite en una sociedad y en una época dada, como fundamentales para el desarrollo individual y social.

El ilícito penal, establecido por el poder normativo dominante, no puede dejar de considerar los valores que acepta la sociedad en los cuales se dicta la prohibición.

Resulta así que los Estados modernos de occidente, influidos por los postulados libertarios de fines del siglo XVIII y el basamento humanista proporcionado por la cultura cristiana, no pueden menos de aceptar que el ordenamiento punitivo no sólo es un mecanismo de fuerza, sino un arbitrio jurídico al servicio del bien común, que si bien se impone al hombre, debe respetar a éste como un ser personal, libre y revestido de dignidad.

Al prescribirse la figura delictiva y la pena que se impone por la infracción, el legislador le otorga tutela penal a ciertos bienes jurídicos, atendiendo a la jerarquía de éstos y al grado de la lesión o puesta en peligro a que se los somete.

La pena en definitiva estará medida por esa relación y la mayor o menor culpabilidad del agente, estableciéndose una proporción entre delito y pena.

De ello se infiere que el instrumento propio del Derecho Penal, la pena, no puede ser un efecto arbitrario del sistema político dominante.

Independientemente del fundamento que se le asigna a la potestad punitiva del Estado, ésta no podrá constituirse en un poder represivo al servicio incondicional del Poder Político imperante.

Este se encuentra limitado en la determinación de los tipos penales, pues la criminalización de cualquiera acción humana, no debe ser producto del capricho o del mero interés o

conveniencia de los que detentan el poder, como tampoco es una decisión discrecional la creación del ilícito, ni mucho menos la fijación de las penas.

En razón de lo expresado, si el poder punitivo del Estado, es utilizado más allá de la órbita natural que la Ciencia Penal le atribuye a la estructura del delito y a la naturaleza de las penas, podemos concluir que se cae en la instrumentalización del sistema represivo, trastornando la función tutelar de los bienes jurídicos que le compete al Derecho Penal, para convertir la normativa penal en un odioso ejercicio de la fuerza, con daño para la sociedad y para los seres humanos que la componen.

LEGISLACION PENAL DEL GOBIERNO AUTORITARIO

2.— La dictación de una abundante legislación penal, por el gobierno militar que nos rige desde el año 1973, nos da ocasión para estudiar esa prolífera actividad, y analizar aquellos aspectos de la normativa represiva que comúnmente han sido tenidos como la expresión de un autoritarismo punitivo.

Es sabido que esta materia no es el único arbitrio al cual han recurrido nuestros gobernantes, para imponer su voluntad y reducir la disidencia.

Los excesos del poder punitivo que se ha conferido a sí mismo el régimen militar, está íntimamente relacionado con el establecimiento de un ordenamiento político anti democrático, con la ampliación de la órbita jurisdiccional de la Justicia Militar y la distorsión que afecta a la propia Justicia Ordinaria, incapaz de poner una valla a los desbordes del poder político.

Sin duda que las lúcidas exposiciones de los profesores Alejandro Silva Bascuñán, Francisco Cumplido Cereceda y Luis Ortiz Quiroga, han permitido abordar las fuentes más abundantes de abuso de poder y de renuncia a la obligación que le asiste a la magistratura de velar por la protección y vigencia de los derechos fundamentales.

El estudio de la legislación penal dictada estos últimos catorce años, sin duda que ocupa también un lugar en este lamentable cuadro.

A ello van destinadas las próximas reflexiones.

3.— Antes de comentar la normativa penal demostrativa de los excesos más notorios de la represión penal, creemos de interés referirnos a ciertos caracteres genéricos de la misma.

La abundante legislación punitiva dictada a contar desde fines de 1973, en gran medida, aparece inspirada por una concepción autoritaria del delito, que se desentiende de los postulados que han servido para conformar el llamado Derecho Penal Liberal.

MODERNIZACION DEL DERECHO PENAL

4.— Con la ilustración se inicia en el siglo XVIII la modernización del Derecho Penal, abriéndose una nueva era humanitaria, que se tradujo en una morigeración de las penas y una reducción del poder punitivo del Estado, en un marco de cambio radical de la institucionalidad política.

Los principios igualitarios y libertarios de la Revolución Francesa se hacen presente en el Derecho Penal, dando origen al llamado Derecho Penal Liberal, que se erige —junto con el resto del ordenamiento legal— en un guardián del individuo, frente a la arbitrariedad del Estado.

Se origina así toda una renovación doctrinaria, que pretende por una parte a través del principio de la legalidad dar un sentido de certeza a los delitos y a las penas, y por otro, destacar a la culpabilidad en la conformación del delito.

Se abre camino de esta suerte a un nuevo derecho, que se orienta hacia el respeto de la persona humana, consagrándose en forma cada vez más perfeccionada la construcción dogmática del delito, dando cabida firmemente como se ha dicho al principio de la culpabilidad, todo lo cual importa una destacada contribución a la seguridad en la aplicación de la ley penal.

Suele afirmarse que frente a este Derecho Penal Liberal, se erige el Derecho Penal Autoritario.

Como indica con gran rigor Zaffaroni (Teoría del Delito Ediar, páginas 47 y 48) no existe el dilema derecho penal liberal, versus derecho penal totalitario (o autoritario).

En verdad no es aceptable oponer frente a una elaboración dogmática del delito, que está orientada a buscar una relación válida entre la persona humana y el Estado, en un marco de justicia, una supuesta concepción jurídica, que no es sino el anti-derecho, en que el titular del poder no hace sino utilizar arbitrariamente el recurso punitivo, revistiéndolo de una formalidad de aparente juridicidad.

Los arbitrios de que se vale el llamado derecho penal autoritario son variados.

Una vía está representada por la criminalización de acciones que en un derecho penal bien estructurado no pueden considerarse agravantes a un bien jurídico que implique un ilícito penal, derivación que ordinariamente se produce por una deliberada confusión del orden ético con el jurídico.

Se proclama la necesidad de proteger la seguridad del Estado, como un bien jurídico excelso, y con ello se trata de explicar la disminuida tutela de la persona humana y sus derechos fundamentales.

No es el caso abundar sobre la doctrina de la seguridad nacional, pero sí cabe recordar que su presencia se advierte en una sobrevaloración del fin del Estado.

Tal planteamiento, genera una variedad de figuras delictivas que hace caer en la proliferación de acciones criminales, a las que se les asigna una penalidad muy alta, en desproporción con la equilibrada ponderación que debe tener cada delito, integrado en la totalidad del orden jurídico.

El carácter garantizador de la teoría del delito y del principio de la legalidad que se le asigna al tipo, es otro de los flancos que se ven atacados por los sistemas penales autoritarios.

Sabemos que la descripción que hace el legislador, predominantemente de conductas humanas, y que recibe la denominación de tipo, vie-

ne en constituir la materia de la prohibición penal.

La vigencia del principio de reserva, -*nullum crimen, nulla poena sine lege*- si bien asegura que la ley previamente determina la pena con que se castiga un delito, no garantiza que la acción prohibida esté previa y específicamente determinada, pues bastaría un enunciado genérico de la prohibición, para caer en una falta de certeza de la acción represible, entregándole al poder del Estado, una variada y adaptable capacidad represiva.

Por ello, la tipicidad, al exigir la descripción del hecho típico, no sólo perfecciona el principio de la reserva, sino que otorga una garantía y una seguridad jurídica.

Sin embargo, el principio de reserva o de legalidad, puede también vulnerarse, al recurrir a los llamados tipos abiertos, en que la conducta punible sea tan genérica o vagamente descrita, que a la postre, debilita o contribuya a diluir la garantía que se le asigne.

En otras oportunidades se recurre a prolíferas descripciones de acciones prohibidas similares o análogas, algunas muy distantes del núcleo de la prohibición, lo que también tiende a comprometer seriamente el principio de la legalidad.

No es ajeno tampoco a los sistemas comentados, recurrir abusivamente a los delitos de peligro, asociada con la formulación de una acción vaga, que amplía indebidamente la eventual órbita punitiva.

Como veremos más adelante, también se recurre al sistema de enunciar presunciones de culpabilidad, con lo cual además de distorsionarse la misión descriptiva del tipo, pues -al menos para el efecto del procesamiento- se hace derivar la imputación a un hecho diverso, con lo cual se compromete con esta modalidad el principio de la culpabilidad.

Debemos pues concluir en esta parte, insistiendo en lo dicho precedentemente, que los arbitrios antes descritos, constituyen modalidades propias del mal llamado Derecho Penal Autoritario, los que no son sino la expresión de un anti-derecho, que abre paso a la discrecionalidad del Poder, y por tanto a la arbitrariedad.

5.— TIPOS PENALES ABIERTOS

5.1. Como ejemplo de tipos penales abiertos, en que se recurre a expresiones ambiguas, utilizándose fórmulas verbales descriptivas de la acción **reprensible**, que por su imprecisión pueden abarcar muchas situaciones no claramente determinadas, pueden citarse los siguientes delitos:

1.1. Ley de Seguridad del Estado

“Artículo 5 a). Los que con el propósito de alterar el orden constitucional o la seguridad pública o intimidar a la población, atentaren contra la vida o integridad física de las personas, sufrirán la pena de presidio mayor en cualquiera de sus grados. Si se diere muerte a la víctima del delito o se le infieren lesiones graves, se aplicará la pena en su grado máximo”.

El concepto de atentado no es ajeno a nuestra terminología punitiva, pues ya lo consideró el artículo 261 del Código Penal, para el caso de emplearse fuerza o intimidación contra la autoridad o sus agentes, asignándole una penalidad que varía entre reclusión menor en su grado mínimo a medio o multa.

Sin embargo, en el art. 5a) de la Ley de Seguridad del Estado, recurriendo a la expresión atentado, impone un tipo excesivamente abierto.

En efecto, en todos aquellos casos en que no se diere muerte a la víctima o no se le infirieren lesiones graves, la figura adquiere una imprecisión enorme, pues los actos de ejecución que puedan estimarse como simples amenazas a la vida o a la integridad física, están representados por una gran variedad de conductas, que pueden incluir acciones muy leves o lejanas para constituir un riesgo más o menos efectivo al bien jurídico protegido.

Además, por la amplitud de la misma, se desvanece la imputación por la vía de la tentativa o del delito frustrado.

Este cuadro se vuelve más crítico si se considera que cualquiera de esas acciones que a juicio del tribunal puedan calificarse como atentatorias en contra de la vida o integridad física, aunque orbitales al núcleo de protección, se les impone una penalidad muy alta.

5.2.— Otra figura que merece igual reparo en la Ley de Seguridad del Estado, es el artículo 6i), que sanciona como delito contra el orden público, a los que “sin autorización **fomenten** o convoquen a actos públicos colectivos en calles, plazas y demás lugares de uso público y los que promuevan o inciten a manifestaciones de cualquier otra especie que permitan o faciliten la alteración de la tranquilidad pública”.

Dentro de la certeza que debe exhibir el tipo legal, para cumplir con su finalidad propia, el legislador debe utilizar fórmulas verbales, que de la manera más inequívoca, describan la acción que se estima agravante al bien jurídico tutelado.

El mal llamado Derecho Penal Autoritario, no es sino la expresión de un anti-derecho que abre paso a la discrecionalidad del Poder y, por tanto, a la arbitrariedad

Tal sucede por ejemplo con las expresiones “matar”, “falsificar”, “apropiarse”, etcétera.

Como sabemos, la autoría de un delito puede lograrse por la realización del tipo o también, por la vía de la instigación, caso en el cual el ejecutor es determinado a efectuar el hecho punible.

El art. 6i) de la Ley de Seguridad del Estado, determina como autor de ese tipo, al que “fomenten” los actos que describe, vale decir, al que simplemente excita, atiza (según el Diccionario de la Lengua) esos resultados punibles, o sea, al que se comporta de una manera causalmente mucho más remota y por tanto más vaga e imprecisa.



El ilícito que diseña un estado totalitario para protegerse es mucho más amplio y significativo que el de un estado democrático.

Igual observación debe hacerse respecto de la segunda parte de la letra i) comentada, al sancionar a los que simplemente “promuevan o inciten a manifestaciones de cualquier otra especie” bastando que produzcan el efecto de permitir o facilitar la alteración de la tranquilidad pública.

Como se advierte las acciones supuestamente lesivas al orden público pueden ser múltiples y nimias como un gesto o un grito; éstas serán delictivas si producen un resultado tan imponderable como permitir o facilitar la alteración de la tranquilidad pública.

5.3.— Decreto Ley Nº604, que prohíbe el ingreso de personas al territorio nacional.

El artículo primero, extiende ese impedimento a las “personas nacionales o extranjeras, “que propaguen, o fomenten de palabra o por “escrito, o por cualquier otro medio, doctrinas “que tiendan a destruir o alterar por la violencia el orden social del país o su sistema de Gobierno; los que están sindicados o tengan reputación de agitadores o activistas de tales doctrinas y en general, los que ejecutan hechos “que las leyes chilenas califiquen de delito, “contra la seguridad exterior, la soberanía nacional, la seguridad interior o el orden público “del país y los que realicen actos contrarios “a los intereses de Chile o a juicio del Gobierno “no constituyan un peligro para el Estado”.

Según el artículo 3º “las personas afectadas por la prohibición señalada que ingresen clandestinamente al país, burlando el control de dicho ingreso, serán sancionados con la pena de presidio mayor en su grado mínimo”.

Para ocuparse sólo de los reparos más notorios que merece este artificio represivo, basta resaltar la circunstancia que la prohibición recae sobre “los que estén sindicados” o “tengan reputación de ser agitadores o activistas”.

¿Sindicados por quién o ser reputados de agitadores o activistas con qué grado de fuerza o certeza?

Pero donde la censura a la disposición no puede sino ser muy severa, es en aquella parte que erige en delincuentes a los que simplemente sean considerados por el Gobierno como un peligro para el Estado, por ingresar clandestinamente al país.

En verdad es difícil encontrar un caso en que la arbitrariedad sea más manifiesta, por la utilización indebida de la represión penal.

El ilícito se traslada de la decisión judicial, a la discrecional opinión del Gobierno, interesado directo en impedir la entrada al país del disidente político.

En el caso comentado, no se puede hablar de tipo legal.

Aquí lo que hay es simplemente la criminalización de actos que el privativo juicio del Gobierno considere delictivos.

En otras palabras, se desconoce la potestad punitiva del titular natural, el Poder Legislativo, confiriéndosela a una decisión de Gobierno, que además exhibe un interés comprometido en la represión que se busca.

5.4.— Decreto Ley N^o 77, de 8 de Octubre de 1973, que declaró ilícitos los Partidos Políticos que señala

Aunque este Decreto Ley se encuentra derogado por la dictación de la Ley sobre Partidos Políticos, no puede olvidarse que fueron muchos los procesados y condenados por obra de sus preceptos.

Se imponen en el artículo 40 penas privativas o restrictivas de libertad e inhabilitación, a los que participen en los partidos políticos que se nombran, considerándolos miembros de asociaciones ilícitas y a los que ejecutan acciones de “propaganda, de palabra o por escrito o por cualquier otro medio de la doctrina marxista o de otra sustancialmente concorde con sus principios y objetivos”.

Además del compromiso que el Decreto Ley 77 asume con la libertad política, resulta inaceptable que un tipo abierto e impreciso, sancione penalmente la difusión de la doctrina marxista, empleándose además un elemento analógico, contrario abiertamente al principio de la legalidad.

6.— TIPOS DESMEDIDAMENTE EXTENSIVOS

Es sabido que debe mediar una relación entre el tipo legal y el ilícito comprometido en la figura respectiva, pues el agravio o riesgo del bien jurídico protegido, debe gravitar en el tipo.

Dentro del estilo imperante en los últimos catorce años, es frecuente la dictación de normativas en la que la órbita punitiva descrita en el tipo, abarque actos que no comprometen comprensiblemente el ilícito que se pretende sancionar.

Un ejemplo de ello, son los N^o 1 y 2 del artículo 1^o de la Ley 18.341.

Después de indicarse que cometen delito

terrorista, los que atentan en contra de la vida o integridad corporal del Jefe del Estado, su cónyuge, ascendientes o descendientes, y otros dignatarios civiles, judiciales y eclesiásticos y las personas internacionalmente protegidas, se agrega a “los funcionarios que pertenezcan a las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, sus cónyuges, ascendientes o descendientes —de todos los anteriores— en su caso, y que por las características o circunstancias de su perpetración no pudiera menos de presumirse que se cometieron contra dichas personas en su calidad de tales”.

Resulta extremadamente difícil vincular en una globalidad rígida, cualquier atentado en contra de la vida o integridad de algunas de esas personas o sus parientes, con un acto terrorista, por la sola circunstancia que ellos se cometan atendiendo a la calidad de esas personas, unida a la ambigüedad —ya comentada— del verbo rector que se utiliza.

Contribuye a reforzar la crítica a esos preceptos, la pena que se impone de presidio mayor en su grado mínimo a máximo.

7.— DEFECTUOSA CONCEPCION DE LA ANTIJURIDICIDAD

Sabemos que la conducta prohibida por el tipo penal, está formulada en función de la protección de bienes jurídicos, que reconoce el ordenamiento jurídico general.

Si la jerarquía de ese bien hace necesaria la tutela penal, aparecen los diversos tipos, que prohíben las acciones que los dañan o los ponen en peligro.

Así, el delito es un hecho antijurídico, en la medida en que establece una ilicitud, por considerar que ciertas conductas agravan los valores o intereses que el ordenamiento reconoce como tales.

De esta manera, la naturaleza, la mayor o menor entidad o significación del bien jurídico, se proyectan en la formulación del ilícito y del tipo.

En los delitos políticos, que tutelan la institucionalidad política, la determinación de la antijuridicidad, dependerá del sistema político que se

establezca, vale decir de la estructura que se le asigne, la jerarquía que se le atribuya a sus autoridades, las funciones que se le den y la relación que se fije entre éstos y los gobernados.

De esta manera, el ilícito que diseña un estado totalitario para protegerse, será mucho más amplio y significativo que el de un estado democrático.

La institucionalidad del régimen militar chileno, al establecer un sistema autoritario, ha reforzado su órbita tutelar, disponiendo una amplia gama de prohibiciones destinada a ampararla.

Los delitos antes examinados de una u otra manera, responden a ese esquema.

Particularmente ahora nos referiremos al artículo 8º de la Constitución y a la Ley Nº18.662.

8.— DELITOS PRESCRITOS POR LA LEY Nº 18.662 QUE COMPLEMENTA EL ARTICULO 8º DE LA CONSTITUCION DE 1980.

Cualquier análisis que se haga de los delitos consultados por la ley Nº18.662, debe fijar su atención en la muy particular relación que media entre el artículo 8º de la Constitución de 1980 que prescribe el ilícito, y los preceptos legales que enuncian los tipos delictivos.

El artículo 8º conjuntamente con el resto de las disposiciones constitucionales que establecen y delimitan la institucionalidad política, escogen una opción, consagrando un cierto régimen político, y preceptuando algunas conductas que se estiman atentatorias en contra del sistema que instaura.

Del examen de esa normativa y de la historia del establecimiento de la ley, que fue recogida en las actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, no puede caber duda de que la voluntad legislativa fue la de establecer un régimen caracterizado por un Presidencialismo Autoritario, que comparte la gestión pública con un Congreso disminuido y con la presencia de otros organismos, como el Consejo de Seguridad Nacional y el Tribunal Constitucional.

Tal sistema no corresponde —a nuestro jui-

cio— al régimen político democrático, al menos como lo acepta el Derecho Político Occidental, el cual entiende que el depositario del poder es el pueblo, el que elige a sus representantes que conforman los Poderes Ejecutivo y Legislativo, procurando una ecuación de equilibrio y de control, como garantía del justo ejercicio del poder.

La Constitución de 1980, dañada en su origen —según nuestra opinión— delineó así una institucionalidad política, que valora, desde el criterio de sus autores, una estructura de poder autoritaria.

Consecuente con esa concepción, determinó una gama amplia de actividades ilícitas, que las estima atentatorias a ese sistema.

El artículo 8º de la Constitución, declara ilícito y contrario al ordenamiento institucional, la propagación de doctrinas que atentan contra la familia, propugnen la violencia o una concepción de la sociedad o el Estado o del orden jurídico de carácter totalitario o fundada en la lucha de clases.

Este conjunto de ilicitudes conforman el elemento o aspecto —como quiera llamárselo— de la antijuricidad en los tipos delictivos prescritos en la ley Nº18.662.

A ese ilícito, hacen explícita referencia los tipos consultados en el articulado de la Ley.

Pero hay más. No se trata de un ilícito que el juzgador penal calificará en cada caso que le sea sometido a su decisión, sino de una valoración que ya estará resuelta por el Tribunal Constitucional.

Será éste quien habrá decidido cuales son las organizaciones, movimientos o partidos políticos que sean declarados inconstitucionales, ilícito que le es impuesto al fallador criminal.

La calificación de las doctrinas que propugnen la violencia, las que tengan el carácter de totalitarias, las que estén fundadas en la lucha de clases, y las múltiples variables culturales sociales, y políticas que puedan mediar en unas o en otras, son todas apreciaciones que se dejan entregadas a la omnisciente sabiduría del Tribunal Constitucional.

Cualquier juicio crítico que pretenda realizar un análisis de los caracteres represivos de la

Ley Nº18.662, debe centrarse en la consideración de la antijuricidad de las figuras penales ahí consultadas, las que están dispuestas en función del interés jurídico que se trata de tutelar, en este caso, una especie particular de institucionalidad política.

Los reproches que nos aparecen al imponernos del contenido del artículo 8º y de la Ley 18.662, en que se advierte tan primariamente afectado el derecho a la libre expresión de las ideas, la libertad política y los derechos económicos, educacionales, sindicales o gremiales de tantos chilenos, no son sino la consecuencia de la creación de todo un sistema punitivo, que se estatuye en defensa de un interés o supuesto

El artículo 8º y la ley que lo regula, a través de los cuales se restringen tantos derechos básicos del ser humano, no son sino la consecuencia de la creación de todo un sistema punitivo, que se estatuye en defensa de un interés o supuesto bien jurídico, como lo es el régimen político que sus propios progenitores han llamado democracia protegida

bien jurídico, como lo es el régimen político que sus propios progenitores han llamado democracia protegida o autoritaria.

No nos podemos engañar. Esta normativa es consecuente con el sistema político que se ha impuesto a la comunidad nacional.

Sin embargo, desde una perspectiva jurídica, nos parece censurable recurrir al poder punitivo del Estado, para ponerlo al servicio del desconocimiento y atropello de derechos fundamentales a la persona humana.

La implantación de estos sistemas políticos y su barrera de protección penal, constituyen o ponen de manifiesto la necesidad de admitir los límites a la libertad del legislador, que no es

soberano en adherir a cualquier interés o pseudo valor, o imponer cualquier prohibición.

Por nuestra parte, entendemos —como ya lo hemos expresado— que un genuino concepto de la antijuricidad, implica su coincidencia con supuestos superiores al estricto ordenamiento positivo.

Una concepción jusnaturalista, que reconoce la dignidad de la persona humana, la que afina su origen y finalidad en un plano trascendente; y la pertenencia por nuestro devenir histórico a una forma de vida y sistema de valores propios de la cultura occidental y cristiana, que en su expresión actual, reconoce la estructura del Estado de Derecho Democrático, no puede menos que rechazar la formulación de un ilícito jurídico-político, que está al servicio de un sistema ajeno a esa concepción del hombre y de la sociedad.

Acorde con la antijuricidad así diseñada, los tipos prescritos en la ley 18.662, determinan una serie de figuras prohibitivas.

Primeramente se inhibe de ejercer el derecho de opinión política a las personas naturales a quienes el Tribunal Constitucional declare infractores del artículo 8º de la Constitución (art. 1º); luego se sanciona a los que promueven o participan en las actividades declaradas inconstitucionales (art. 2º). En el artículo 3º, se castiga a los que con relación a un proceso electoral soliciten o acepten el apoyo de organizaciones, movimientos o partidos declarados inconstitucionales y finalmente los artículos 4º y 5º sancionan a los que por cualquier medio de difusión hagan la apología de esas organizaciones, o a los mismos medios que difundan opiniones o consignas provenientes de las entidades referidas o de las personas que invoquen, asuman o acepten su representatividad.

Para apreciar la gravedad de tales prohibiciones, no es necesario pormenorizar sus diversos caracteres.

Basta resaltar que, en conjunto, el artículo 8º de la Constitución y la Ley 18.662, criminalizan la manifestación pública de las ideas, lo que constituye un agravio a un derecho fundamental, desde que atenta a uno de los procesos más ge-

nuinos del ser humano, como es el de expresar su pensamiento y darlo a conocer.

Coartar ese derecho es una afrenta primaria en contra de la persona humana. Así por lo demás lo reconoce explícitamente con el mayor desenfado, el artículo 1º de la ley citada, al impedir el ejercicio del “derecho de opinión política por los medios de difusión” a los infractores del artículo 8º.

Esta preceptiva importa consagrar un verdadero delito de opinión, pues impone sanción a la libre expresión de las ideas políticas.

Como se ha dicho, se criminaliza la apología —o sea la defensa o alabanza— por los medios de comunicación social, de las organizaciones, movimientos o partidos políticos declarados inconstitucionales o continuadores de éstos o que hagan propaganda de sus actividades, como asimismo la difusión de opiniones o consignas de esas entidades, y además se castiga a los medios de comunicación que difundan opiniones políticas provenientes de personas naturales sancionadas por el Tribunal Constitucional.

Hay en esta preceptiva un inequívoco delito de opinión política, pues claramente se declaran delictuales diversas formas de expresar un pensamiento político.

No nos resulta muy significativa la polémica, de si los preceptos comentados, implican sancionar ideas o acciones propiamente tales.

Los patrocinantes de la ley se sienten muy satisfechos, asegurando que aquéllas no se castigan, pues la punición está reservada para la acción de difundirlas o hacer actos de apología.

Creemos que tal planteamiento es irrelevante y de una marcada connotación farisaica.

Por su naturaleza, la capacidad propia del ser humano de reflexionar y meditar, como una etapa en la formulación de una idea y aceptación o adhesión a un concepto, en definitiva la gestación de un pensamiento, va ligado a la emisión o expresión del mismo.

El hombre como ser social, se expresa principalmente a través del lenguaje, de suerte que el derecho a pensar, lleva como corolario natural la expresión de su pensamiento.

Esto resulta tanto más evidente si se considera en el marco de la opinión política.

La idea política por su naturaleza, en cuanto pretende enunciar sistemas o formas de convivencia política, para lograr ser, debe difundirse, y no quedar relegada a la subjetividad o intimidad del que la concibe.

En este entendido, la punición de la expresión pública del pensamiento político, constituye coartar el ejercicio de un derecho ligado a lo más propio e irrenunciable de la persona humana.

8.1.— El sistema que establece el artículo 8º de la Constitución de 1980 y la Ley 18.662, aplicado en el Chile de hoy, en el entorno político y judicial en que vivimos, importa la instauración de un sistema que le entrega al gober-

Otro arbitrio que suele utilizarse, en el afán de extender indebidamente el área represiva, es la de recurrir a las presunciones de autoría

nante un arma poderosa de represión a la disidencia.

8.2.— Las personas condenadas por promover o participar en las organizaciones o movimientos declarados inconstitucionales o por reorganizarlos, incurren en una suerte de inhabilitación, que significa una especie de muerte cívica, incluyendo una serie de medidas que los afectan en sus derechos laborales, económicos, gremiales y políticos.

Notoriamente grave son las penas de multa y suspensión que pueden afectar a los medios de comunicación social, cuando difunden la apología de las organizaciones, movimientos o partidos políticos declarados inconstitucionales o continuadores de sus actividades, o las opiniones

políticas de las personas naturales que hayan sido sancionadas por el Tribunal Constitucional.

8.3. Consideración separada, merece el análisis del artículo 1º de la Ley Nº18.662.

Esta disposición sólo es el complemento del artículo 8º de la Constitución, en cuanto se explicita que las organizaciones que indica, perderán sus bienes y se les cancelará su personalidad jurídica si la tuvieren, e impone la sanción accesoria de pérdida del derecho de opinión política por los medios de difusión, a las personas naturales que hayan sido declaradas infractoras del artículo 8º de la Constitución.

Entendemos que este precepto adiciona el ilícito constitucional y no importa la consagración de un tipo penal.

En esa comprensión del artículo, creemos que debe precisarse el carácter retroactivo de las sanciones que impone el art. 8º de la Constitución, al disponer éste que ellas alcanzan a las personas “que incurran o hayan incurrido en las contravenciones señaladas...”.

En suma, el artículo 8º de la Constitución y el art. 1º de la Ley Nº18.662, consagran una retroactividad constitucional que alcanza a los infractores por actos que hayan cometido con anterioridad a la vigencia de esa Constitución.

Debemos concluir en esta parte, que la normativa recién examinada, en cuanto conculca la libre expresión del pensamiento y agravia derechos tan fundamentales como los citados precedentemente, constituye una de las expresiones más censurables del sistema penal autoritario que nos rige.

9.— PRESUNCIONES DE AUTORIA

Otro arbitrio que suele utilizarse, en el afán de extender indebidamente el área represiva, es la de recurrir a las presunciones de autoría.

Por la vía de tal expediente, se traslada la imputación contenida en el tipo, en que la acción debe quedar encuadrada en los términos de la descripción del hecho punible, a una órbita diversa, como son los elementos constitutivos de la presunción.

Debe recordarse que este mecanismo tiene una muy destacada importancia en la dictación del auto de reo, ya que por disposición del art. 274 Nº2 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto a la participación, basta la existencia de presunciones fundadas.

No pocas veces en la dinámica del juzgamiento, se agravia así el principio de la culpabilidad, pues la que es propia del tipo, cede su lugar a la simple y expedita exigencia de la presunción.

9.1.— D.L. 2621 que modificó los preceptos sobre el delito de asociaciones ilícitas

El artículo 292 del Código Penal prescribe que “toda asociación formada con el objeto de atentar contra el orden social, contra las buenas costumbres, contra las personas o las propiedades, importa un delito que existe por el solo hecho de organizarse”.

El mencionado D.L. 2621 de 25 de abril de 1979, agrega al artículo 292 del Código Penal, el siguiente inciso:

“Se presumirá que la asociación ha tenido alguno de los objetos que se indican en el inciso anterior, cuando uno o más de sus miembros ha ejecutado algún acto que constituye un atentado contra el orden social, las buenas costumbres, las personas o las propiedades”.

Basta transcribir el texto agregado al artículo 292 del referido Código, para advertir la alteración que sufre el delito mismo, por la introducción de la presunción.

Constatada la existencia de una asociación, puede el Tribunal dar por existentes los presupuestos típicos, respecto de todos los asociados, si uno de ellos “ha ejecutado algún acto que constituye un atentado contra el orden social, las buenas costumbres, las personas o las propiedades”.

Hay aquí evidentemente una derivación del “eproche inicial, hacia una imputación diversa. como es la existencia de la asociación y el comportamiento ilícito de uno de sus miembros, que arrastra a todos los asociados, con grave compromiso del principio de la culpabilidad.

10. — PENALIDAD

En un análisis del tratamiento represivo que le otorga la legalidad vigente a los delitos contra la seguridad del Estado, y a otras figuras delictivas, directa o indirectamente ligadas con ella, deben recordarse los parámetros fundamentales que la doctrina penal actual, le confiere a la medida de la pena.

La respuesta o contribución del Derecho Penal para procurar la vigencia y respeto de los valores fundamentales, que permitan una convivencia pacífica, está constituido por la combinación que formula la potestad punitiva del Estado a los miembros de la comunidad nacional

La mayor o menor severidad de una pena debe estar calibrada, además de la entidad del injusto y la culpabilidad del agente, por la relación armónica y equilibrada que debe mediar en la totalidad del sistema punitivo

con la imposición de una pena, si se agravan bienes jurídicos necesarios para el logro de una ordenada existencia individual y social.

Básicamente los dos polos alrededor de los cuales se mueve la gradualidad mayor o menor de la penalidad, está constituida por la culpabilidad y el injusto.

En la formulación del sistema punitivo de un Estado, al enunciarse el catálogo de los delitos y de las penas, la mayor o menor entidad del injusto adquiere una decisiva significación.

Será la entidad que se le atribuye a la lesión del bien jurídico, o al peligro al que se la somete con la acción reprobable, lo que determinará básicamente la mayor o menor medida de la

pena, sin perjuicio de la corrección que imponga la culpabilidad del agente.

Sin embargo, la relación que debe mediar entre la acción delictiva y la pena asignada a la infracción, no puede ser ajena tampoco a la consideración que la ley penal está inserta en el ordenamiento jurídico; que a su vez debe expresar y estar condicionado por un sistema de valores aceptados en una sociedad determinada. Ese orden jurídico supone la existencia de una normativa, dispuesta armónicamente, en función de la existencia y amparo de bienes jurídicos, debidamente valorados y sistemáticamente dispuesto.

El Derecho Penal, a través de su estructura sancionatoria, le dispensa tutela y amparo a los diversos bienes jurídicos, a través del mecanismo de las penas, y de las medidas de seguridad, entendiéndose que el mal que aquellas infligen al delincuente, ya sea —según la concepción que de ella se tenga— por la vía del castigo de carácter retributiva, o con un propósito de prevención general o por una finalidad de enmienda, importará una salvaguardia a la pacífica y ordenada convivencia social.

Resulta así que la medida de la pena, o sea, su mayor o menor severidad, debe estar calibrada además de la entidad del injusto y la culpabilidad del agente, por la relación armónica y equilibrada que debe mediar en la totalidad del sistema punitivo.

En otras palabras, la represión penal, debe adecuarse a una especie de ordenamiento piramidal, en que a mayor excelencia del bien jurídico agraviado, más alta debe ser la penalidad, cuidando que la sanción no solo disminuya a medida que decae la entidad del objeto de protección, sino que muy especialmente, velando para que las diversas penas en su relación de mayor o menor grado, estén trabadas y relacionadas unas con otras, mostrando un sistema jerarquizado y armónico.

La ruptura de este equilibrio, es de inmediato captada por el ciudadano común, quien reprocha de manera espontánea —y en los casos más notorios no sin visos de escándalo— cuando hechos valóricamente poco significativos, son sancionadas duramente o cuando, de contrario,

un delito tenido socialmente por grave es tratado con desproporcionada benevolencia.

Los regímenes absolutistas, totalitarios o dictatoriales, tienden a privilegiar la supuesta "razón de Estado", atribuyéndole una desproporcionada gravedad a los atentados en contra de su propio sistema de gobierno, que necesita para su sobrevivencia del empleo de la fuerza, ya sea a través del apoyo de arbitrios ajenos a su propia legalidad, o recurriendo a una normativa que exalte su institucionalidad y al concurso de funcionarios incondicionales.

Tales regímenes prontamente caen en una insalvable contradicción, pues, junto con proclamar su ferviente adhesión a los derechos fundamentales, como la vida, la libertad, la integridad física, etc. imponen un tratamiento político-legal que tiende a defender y preservar la conservación y perpetuación de su régimen, en desmedro de los derechos esenciales de la persona humana.

Esto explica cómo el actual Gobierno que nos rige, haya dictado una normativa penal, que en resguardo de sí mismo ha roto el equilibrio en el sistema represivo, imponiendo una penalidad desproporcionadamente alta, a la que debería regir en un Estado de Derecho.

Tal ruptura se hace presente de dos maneras diversas.

Por una parte sanciona muy severamente ciertos delitos a los que atribuye particular gravedad y por otra, prodigando la imposición de la pena de muerte.

Veamos algunos casos demostrativos:

10.1.— Imposición de la Pena de Muerte

Naturalmente que no renovaremos en este trabajo el sostenido debate sobre la legitimidad o utilidad de la pena máxima, en relación con el tema que nos ocupa.

Solamente cabe recordar que si bien dicha pena tuvo en nuestra legislación penal desde la dictación del Código una recepción reducida a un número limitado de delitos, mostró en algunos de ellos, la inclusión muy rígida de dicha sanción al establecerla como pena única.

Tal estado de cosas se morigeró notablemente con la dictación de la Ley N°17.266, de 6



de enero de 1970, que si bien mantuvo la pena capital en el aspecto delictivo para algunos pocos delitos, la hizo desaparecer como pena única.

Esta posición, no hizo sino recoger la tendencia cada vez más marcada de la legislación comparada, que ha dado curso a un abolicionismo total en varios países, y en todo caso, a una disminución muy destacada de los delitos para los cuales aún se mantiene.

El criterio que ha imperado en la legalidad impuesta por el régimen militar ha sido regresivo.

En efecto, en los artículos 5a) y 5b) de la Ley de Seguridad del Estado se introduce la pena de muerte como sanción máxima por la perpetración de algunos de los atentados ahí consultados en contra de la vida e integridad física de las personas que se señalan y también para ciertas situaciones de secuestro.

Según el artículo 5c), si esos delitos se cometen en tiempo de guerra, se impondrá la pena de muerte "precisamente".

10.2.— Debe también repararse en orden a la penalidad que se le asigna a los delitos que sancionan figuras relativas a la seguridad del Estado, la excesiva severidad que se consulta.

En gran parte de la legislación citada, se imponen las penas determinadas en la escala del Código Penal a las que corresponde a los crímenes, advirtiéndose una desequiparidad con la penalidad que la legislación común le asigna a figuras delictivas análogas.

Tal es el caso, de los artículos 5a) y 5b) ya citados, de la Ley de Seguridad del Estado, D.L. 604, sobre prohibición de ingreso al territorio nacional, Ley 18.314 que sanciona las conductas terroristas, y las modificaciones a la Ley sobre Control de Armas, dispuestas por la Ley N°18.592.

11. A modo de conclusión, podemos afirmar que en los últimos catorce años en nuestro país, el poder punitivo del Estado en cuanto ha pretendido la defensa de la institucionalidad pública, se ha excedido más allá de la órbita que aparece como el legítimo empleo de los recursos propios del Derecho Penal.

La instauración de un régimen político autoritario, ha traído como efecto natural, la imposición de un sistema penal que al sobrevalorar la institucionalidad que ha creado, ha comprometido derechos esenciales de la persona humana.

En definitiva entendemos que la adopción de un sistema penal como el descrito, afecta la seguridad en la aplicación del Derecho y abre una peligrosa vía a la arbitrariedad.