

LA PENA DE MUERTE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO

Jean Pierre Matus Acuña

Profesor Asistente de Derecho Penal en la Universidad de Talca

Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam. Ediciones de la
Universidad de Castilla – La Mancha, Ediciones Universidad
Salamanca, Cuenca, 2001

<http://www.cienciaspenales.net>

LA PENA DE MUERTE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO

Por Jean Pierre Matus Acuña**

1 INTRODUCCIÓN

En su obra “La pena de muerte, 6 respuestas” (U. de Valladolid, 1975), reunió el Profesor Marino Barbero junto a su excelente artículo sobre “La pena de muerte en el derecho histórico y actual”, varios aportes significativos en la materia, apareciendo entre ellos un interés manifiesto por el estado de la cuestión entre las naciones que reconcen a España como su “madre patria”, reflejado en el muy informado trabajo del Prof. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre.

Este interés del Prof. Barbero sobre lo que sucede en el ámbito penal allende los mares, merece en esta ocasión una retribución que, por una parte, sirva en una mínima medida para salvar la escasez bibliográfica que denunciaba el Prof. Berdugo (1975:82), y por otra parte, como modesto homenaje a quien con sus obras y sus acciones ha mostrado el camino de las ciencias penales no sólo a quienes son propiamente sus discípulos, sino también a quienes de lejos admiran su trabajo científico y hacen propias sus enseñanzas.

2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El Código penal chileno de 1874 contemplaba un número importante de delitos a los cuales se asignaba como pena *absoluta y única*, la de muerte¹.

** Abogado P.U.C. de Chile, Dr. y Mg. en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona. Profesor Asistente de Derecho Penal en la Universidad de Talca.

¹ Con anterioridad a la promulgación del Código penal de 1874, permanecieron en vigencia en Chile las leyes españolas, de cuya “lúgubre historia”, pletórica de las más refinadas barbaridades -sólo en las Partidas se cuentan las siguientes: cortar la cabeza con espada o cuchillo “et non con segur nin con foz de segar; otrosi puedenlo enforçar, o quemar, o echarlo a las bestias bravas que lo mate [Part. VII, tit. XXXVI, Ley

Este sistema de pena *absoluta* permaneció vigente hasta la dictación de la ley 17.266, de 6 de enero de 1970, mediante la cual se modificaron las penas asignadas a los *delitos capitales*, de manera que la muerte no fuera la única sanción aplicable, ni que a ella se pudiese llegar mediante el juego de las circunstancias agravantes del delito o por alguna regla concursal. Hasta esa fecha, se habían ejecutado en Chile, por fusilamiento, unas 60 personas². El efecto de esta reforma en la jurisdicción *ordinaria* común se hizo sentir de inmediato. Desde esa fecha y hasta el presente sólo se ejecutaron dos sentencias de muerte dictadas por los Tribunales Ordinarios, que significaron la muerte por fusilamiento de cuatro miembros de las fuerzas de seguridad de la dictadura militar: dos en 1982, por el delito de robo con homicidio de unos funcionarios bancarios; y otros dos en 1985, por delitos reiterados de robo con homicidio, secuestros y violaciones. Desde el retorno a las formas democráticas, en 1990, no se ha ejecutado ninguna condena de muerte, aunque el Presidente de la República se ha visto una vez en la obligación de ejercer su facultad de indultar a un condenado a muerte, después de terminado el proceso judicial con una sentencia condenatoria de nuestra Corte Suprema.

Sin embargo, estas cifras no representan la realidad vivida en Chile a partir del Golpe de Estado de 1973, donde con la declaración de *Estado de Sitio* y la instauración de *Consejos de Guerra* –Tribunales Militares especiales–, la dictadura militar ejecutó sumariamente y sin forma de juicio durante los primeros meses de su instalación al menos a 59 personas civiles³. Además,

6]... [o también] si el Moro ... yoguiere con christiana casada sea apedreado por ello; e ella sea puesta en poder de su marido, que la queme o la suelte, o faga de ella lo que quisiere [Part. VII, tit. XXV, Ley 10]- da cuenta BARBERO (1975:61-78), leyes que sólo sufrieron algunas modificaciones no sustantivas introducidas por las primeras normas patrias, lo que, en palabras de FUENZALIDA (1883 I: IX) llegó a producir un verdadero “fárrago de leyes, desusadas muchas de ellas”, donde la “arbitrariedad judicial necesaria con las Partidas y la Novísima” sólo se atemperaba con la prudencia de los tribunales. Como ejemplo de pena “desusada”, FERNÁNDEZ (1899:214) menciona la del “culleum”, contemplada en la Part. VII, Tit. VIII, Ley 8º, consistente en castigar al parricida, encerrándole en un saco con un perro, un gallo, una culebra y un simio, y arrojarlo enseguida al mar o a un río; y entre las que al parecer se aplicaron, “la pena del fuego impuesta a los reso de bestialidad por la lei 1.ª, tit. 38, lib. 12. Nov. R.”.

² Fuente: *Amnistía Internacional: Cuando es el Estado el que mata*, p. 146.

³ Fuente: *Informe de la Comisión de Verdad y Reconciliación* vol I, Reedición, Santiago 1996, p. 883. Aunque la formación y funcionamiento de los *Consejos de Guerra* se encontraba regulada con anterioridad al Golpe de Septiembre de 1973 por el Código de Justicia Militar (Título III, Libro I), lo cierto es que su constitución, funcionamiento y las sentencias que en ellos se dictaron no se ajustaron en lo absoluto a dichas normas, ni al ordenamiento jurídico que la Junta Militar decía respetar, según señala el *Informe ... vol I*, pp. 79ss., al punto que muchas veces se ejecutaron civiles por delitos militares cometidos antes del Golpe de Estado y ni siquiera se entregaron los cuerpos de los ejecutados a sus familiares, tal como lo ordena el artículo 240 del Código de Justicia Militar. La ocultación de los cuerpos, como asimismo el extraño “incendio” que según el Ejército de Chile habría destruido las actas los *Consejos de Guerra* que originaron las ejecuciones (*Informe... vol. I*, p. 84), son hechos que no pueden dejarse de lado a la hora de juzgar la seriedad de dichos procesos. Por último, cabe hacer notar que la según según el Código de Justicia Militar, es el “General en Jefe” de la zona declarada en Estado de Sitio la autoridad máxima de sus *Consejos de Guerra*, y que por Decreto Ley N° 3 la Junta Militar se declaró a sí misma “General en Jefe” de todos los territorios en Estado de Emergencia.

según los informes más conservadores, alegando “ley de fuga”⁴, en pseudos “enfrentamientos”, y a través de torturas, los servicios de seguridad de la dictadura militar dieron muerte al menos a 1.009 personas, a las que se deben otros 957 detenidos-desaparecidos⁵.

Esta profusión de ejecuciones al margen de la legalidad explican bien por qué la dictadura militar no necesito reformar excesivamente la legislación ordinaria y aún la especial, limitándose a modestas, pero significativas modificaciones que ampliaron el *ámbito jurídico* de la pena de muerte.

Así, en el Código penal, el D.L. 2.967 de 11 de diciembre de 1979, agrega al Código penal el artículo 372bis, en el cual se contempla de pena de presidio perpetuo a muerte para el que con motivo u ocasión del delito de violación o sodomía, cometiere, además, homicidio en la persona de la víctima. En la misma línea, la “Ley” N° 18.222, de 28 de mayo de 1983, impone la pena de presidio mayor en su grado máximo a muerte al que secuestra un adulto o sustrae un menor si con motivo u ocasión del secuestro o la sustracción se “cometiere” o resulta además homicidio, violación, castración, mutilaciones o lesiones graves: presidio mayor en su grado máximo a muerte” (artículos 141 inc. final, 142 inc. 2° N° 2 y 142 inc.3° N°2; o se trate de la sustracción de un menor de 10 años hecha para “obtener un rescate, imponer exigencias o arrancar decisiones”. Y en el ámbito de la legislación especial,

⁴ Por D.L. N° 5 de 12 de septiembre de 1973, se pretendió justificar las ejecuciones sin forma de juicio, parentando una inexistente “ley de fuga”, mediante una justificación genérica para dar muerte “al que violentare o maltratare de obra a un guardia”, disponiendo que “cuando la seguridad de los atacados lo exigiere, podrán ser muertos en el acto los hechores”, a pesar que el propio artículo 281 del Código de Justicia Militar no contemplaba la muerte como pena para ese delito, el cual tenía un mínimo de presidio menor en su grado medio (541 días a 3 años), si el hecho causaba lesiones leves o no causaba ninguna, y un máximo de presidio mayor en su grado medio a perpetuo, si se causaban “lesiones graves o muerte”. El uso de armas contra “un prisionero de guerra fugitivo” sólo se establecía en el artículo 374 del Código de Justicia Militar vigente a la época, si efectivamente se trataba de “un prisionero de guerra” en *tiempos de guerra* y el fugitivo no obedecía a la intimación de detenerse (vid. ASTROSA (1985:537)).

⁵ Fuente: *Informe de la Comisión de Verdad y Reconciliación*, vol. I, p. 883. Cifras similares se denunciaron ante la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas durante la dictadura militar, un resumen de las cuales se encuentra en en informe sobre la “Cuestión de los Derechos Humanos de Todas Las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión. Cuestión de las Desapariciones Forzadas”, E/CN. 4/1991/20 de 17/01/1991, pp. 16 a 19. Un informe anterior de esta Comisión (E/CN.4/1381 de 9/01/80) originó la Resolución N° 11 del XXXV Período de la Asamblea General de la Naciones Unidas (34/179), que representó al Estado de Chile su “profunda consternación e indignación” por estas masivas muertes y desapariciones. Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Chile para el 66° Período de Sesiones* de la Organización de Estados Americanos (OEA/Ser. L/V/II.66), pp. 87s, concluye que “el Gobierno de Chile ha empleado prácticamente la totalidad de los métodos conocidos para la eliminación física de los disidentes, entre otros, desapariciones, ejecuciones sumarias individuales y aún de grupos de personas indefensas, ejecuciones decretadas en procesos sin ninguna garantía legal, tortura y violencia indiscriminada y excesiva contra manifestaciones públicas” y por tanto, “que no se trata de excesos individuales explicables en el contexto de una lucha armada contra el enemigo interno, sino que, por el contrario, obedecen al propósito deliberado del Gobierno de Chile de eliminar toda forma de disidencia aún a costa de violaciones tan graves al derecho a la vida como las documentadas en este capítulo”.

la misma “Ley” 18.222, fijó la pena de presidio mayor en su grado máximo a muerte para el secuestro con finalidad política, contemplado en el artículo 5º b) de la Ley de Seguridad del Estado. Sólo un cuerpo legal autónomo, que prodiga condenas capitales, fue dictado por la Junta Militar: La “ley” Nº 18.314 de 17 de mayo de 1984, que “determina conductas terroristas y fija su penalidad”, en cuyo artículo 2º se contemplaba la pena de presidio perpetuo a muerte, si “resultare la muerte de una persona” en la comisión de alguno de los muchos atentados a las autoridades temporales y espirituales (donde se incluyen desde el Presidente de la República hasta los curas párrocos!!!), colocación de explosivos, actos de piratería aérea, interrupción de las comunicaciones y carreteras, etc., que en profusamente se contemplaban en los 16 numerales de su artículo 1º, amén de contemplar, además, las conocidas penas de presidio mayor en su grado máximo a muerte para el secuestro de autoridades, si con motivo u ocasión del mismo se cometiere, además, homicidio, violación, castración, mutilaciones o lesiones graves. En cuanto al Código de Justicia Militar, sólo por medio del artículo 3º del D.L. 3.425, de 14 de junio de 1980, agregó la Junta Militar nuevos casos de penas de muerte: los delitos avería o pérdida de buques de la Armada, “en tiempo de guerra o en campaña”, artículos 384 y 385 de dicho cuerpo legal.

¿Cómo justificaba entonces la dictadura militar la imposición de penas de muerte en los *Consejos de Guerra*? Simplemente mediante un “artilugio legal” consistente en declarar por D.L. Nº 5 de 12 de septiembre de 1973, que el país estaba en “estado o tiempo de guerra” para los efectos de “la aplicación de la penalidad de ese tiempo que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales”. Esta disposición se complementó con el artículo 1 del D.L. 559, de 12 de julio de 1974 se agregó un artículo 5º c) a la Ley de Seguridad del Estado, que elevó *en un grado* la penalidad de todos los delitos “contra la Seguridad Interior del Estado” (artículos 5º a) y b) de dicha Ley), si se cometían en el autodeclarado “tiempo de guerra”, agregando que si ese grado de aumento “fuera la [pena] de muerte se aplicará ella precisamente”. Con esta “justificación legal”, los *Consejos de Guerra* procedieron a aplicar a sus sentenciados las disposiciones del Código de Justicia Militar del año 1926, de la ya citada Ley de Seguridad del Estado y de la Ley de Control de Armas, del año 1972, que en conjunto contemplaban para los “tiempos de guerra” numerosos casos de delitos a los cuales podía aplicarse la pena de muerte. Así, sólo por mencionar algunos casos en que el Código de Justicia Militar contemplaba la pena de muerte para delitos cometidos *por civiles*, en tiempos de guerra o en campaña, se encuentran: “favorecer al enemigo o perjudicar las tropas chilenas” (artículo 248.2º); participar en una rebelión o sublevación militar (artículo 265); promover o colaborar en y con una insubordinación militar (artículo 274); la desertión de un conscripto (artículo 320.1º y 321); la

inducción a la desertión (artículo 324); el suministro de productos o víveres averiados (artículo 346); la sustracción de caudales del Ejército (artículo 348); la destrucción por medio de bombas u otros medios de instalaciones militares (artículos 350 y 351); el robo de material de guerra (artículo 354); el comercio con el “enemigo” (artículo 372); la sublevación o motín de prisioneros (artículo 375); y las violencias contra un policía de carabineros con resultado de muerte (artículo 416 N° 1). En la Ley de Seguridad del Estado, debía aplicarse la pena de muerte a los que “con el propósito de alterar el orden institucional” atentaren contra la vida y la integridad de las personas, “en razón del cargo que desempeñen” , o contra su cónyuge, ascendiente o descendiente o hermano (artículo 5° a). Y en la Ley Sobre Control de Armas, se contemplaba la pena de muerte para “tiempos de guerra”, en los delitos de organización de bandas armadas (artículo 8°); fabricación, importación, transporte, almacenaje, etc. de armas de fuego, municiones, explosivos, instalaciones para su fabricación y precursores químicos destinados a ella (artículo 10°); porte de armas de fuego sin la debida autorización (artículo 11°); y posesión o porte de armas de uso militar exclusivo (artículos 13° y 14°).

Sin embargo, como señala el *Informe de la Comisión de Verdad y Reconciliación*, vol. I, p. 81, la aplicación de estas “nuevas” penalidades por los Consejos de Guerra y demás Tribunales Militares, fue hecha “con infracción de fundamentales normas legales y esenciales principios éticos”, recayendo sus sentencias en “hechos ocurridos con anterioridad a su vigencia, contraviniendo en forma expresa las disposiciones de los artículos 11 de la Constitución Política de 1925, vigente a la época, y 18 del Código Penal, que consagran la irretroactividad de la ley penal, principio universalmente aceptado”⁶

Una vez que la República retornó a las formas democráticas, y mediante la publicación del Decreto N° 873, de 5 de enero de 1991, que “aprueba Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada “Pacto de San José de Costa Rica”, conforme dispone el su artículo 4.2, quedó fijado el ámbito jurídico de aplicación de la pena de muerte, según el sistema progresivo de eliminación de dicha pena que esa disposición contempla, imponiendo la obligación de “no extender su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique” a la fecha de su entrada en vigor en Chile.

Después de la entrada en vigor del Pacto de San José de Costa Rica, el Gobierno de Patricio Alwyn promulgó la ley N° 19.029, de 23 de enero

⁶ La Comisión hace constar también “su repulsa hacia el incumplimiento reiterado de la disposición del artículo 84 del Código [Penal], lo que ha producido un dolor y sufrimientos irreparables, prolongados hasta hoy en un mantenido y justo resentimiento por la violación de una humana y noble obligación legal. Dicha disposición obliga a entregar el cadáver del ajusticiado a su familia, siempre que ésta lo pida” (*Informe... vol. I, p. 81*).

de 1991, que aunque no tuvo éxito en abolir la pena de muerte, sí restringió su aplicación en un importante número de delitos; complementada posteriormente por la ley N° 19.047, de 14 de febrero de 1991.

3 LOS DELITOS CAPITALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ACTUAL

Aunque con posterioridad a la ley 17.266 no se contempla más la muerte como pena única, ni puede extenderse ya a otros delitos para los que antes del 5 de enero de 1991 no se establecía, el estado actual de nuestra legislación al respecto es bastante más “lúgubre” de lo que se podría desear.

En efecto, sólo en el Código penal la muerte es pena señalada por la ley para los siguientes delitos: comisión de un crimen durante el cumplimiento de una condena, en caso que la condena anterior y la nueva que correspondiere fueren de presidio o reclusión perpetuos (artículo 91)⁷; traición (artículo 106), secuestro y sustracción de menores con ocasión del cual se cometa homicidio, violación, castración mutilaciones o lesiones graves (artículos 141 y 142); el homicidio con ocasión de la violación o de la violación sodomítica (artículo 372bis)⁸; el parricidio (artículo 390); y el robo con homicidio, violación, castración, mutilación o lesiones graves (artículo 433.1°). Además, a pesar de la profunda reforma practicada por la ley 19.027 en la ley 18.314, sobre conductas terroristas, su artículo 3° al permitir la elevación en uno, dos o tres grados de la pena fijada por el Código penal o la Ley de Seguridad del Estado a los hechos que se califiquen de terroristas en ciertos casos de “delitos terroristas”, podría llevar en una no despreciable cantidad de hipótesis, a la imposición de la pena de muerte si el Tribunal de la causa así lo decide, a pesar de la limitación del artículo 3bis, que obliga a practicar el aumento sólo una vez que se ha determinado la pena “como si no se hubiera tratado de un delito terrorista”. En cambio, en la Ley sobre Control de Armas, permanecen como delitos merecedores de la pena de muerte, *en tiempos de guerra*, la fabricación, importación, transporte, almacenaje, etc. de armas de fuego, municiones, explosivos, instalaciones para su fabricación y precursores químicos destinados a ella (artículo 10°); porte de armas de fuego sin la debida autorización (artículo 11°); y posesión o porte

⁷ La pena es aquí *alternativa* con una de encierro en celada solitaria por un año e incomunicación con personas extrañas al penal de hasta seis años.

⁸ La pena prevista para el delito es de “presidio perpetuo a muerte” (sólo dos grados), y constituye la pena más grave del Código penal. En el resto de los casos citados del Código penal, la pena de muerte es el máximo de una escala que incluye el presidio mayor en su grado máximo, el presidio perpetuo y la propia muerte (tres grados), salvo en el caso del robo del artículo 433.1°, donde la pena comprende desde el presidio mayor en su grado medio hasta la muerte (cuatro grados).

de armas de uso militar exclusivo (artículos 13° y 14°). Del mismo modo, aparte de ciertos delitos propiamente militares, permanecen en el Código de Justicia Militar, entre los delitos que *en tiempo de guerra* podrían significar la imposición de la pena de muerte a *civiles*, los siguientes: la participación en una rebelión o sublevación militar (artículo 265); promover o colaborar en y con una insubordinación militar (artículo 274); la desertión calificada de un conscripto (artículo 321); la inducción a la desertión (artículo 324); la destrucción por medio de bombas u otros medios de instalaciones militares, si a consecuencia del siniestro resulta la muerte o lesiones graves de una persona (artículo 351inc. 2°); el robo de material de guerra (artículo 354); y las violencias contra un policía de carabineros con resultado de muerte (artículo 416 N° 1)°.

4 LA EJECUCIÓN DE LA PENA DE MUERTE EN CHILE

Según Etcheberry (1997 II: 148), y esta opinión es compartida por la mayor parte de nuestra doctrina actual¹⁰, la pena de muerte “consiste en privar de la vida al condenado”, definición algo “tautológica”, pero que “tiene sin embargo por objeto poner de relieve que se han suprimido de la pena de muerte los aditamentos con que tradicionalmente se la ha revestido: el tormento previo a la muerte; la imposición de medidas infamantes, ejecutadas sobre el condenado o su cadáver; la *mise en scène* más o menos terrorífica de que la ejecución se rodea, etc.”.

Sin embargo, esta definición de la pena de muerte en Chile, más que tautológica, parece “programática”, pues del sólo tenor de los artículos del Código penal y del Reglamento que establecen la forma y las condiciones de la ejecución, parece desprenderse algo distinto.

En efecto, en cuanto al *tormento previo a la muerte*, el artículo 82 del Código penal dispone que la sentencia se ejecutará “tres días después de notificado al condenado el cúmplase de la sentencia ejecutoria”. En esos tres días, según el artículo 4° del Reglamento Sobre la Aplicación de la Pena de Muerte, de 2 de junio de 1965, el recluso “será colocado en celda separada, con custodia de vista y se le pondrá prisiones (esposas, grillos, o grilletes) ... Desde ese momento el recluso sólo podrá ser visitado por un sacerdote o ministro de culto que hubiere aceptado o solicitado, por el director General y Subdirector Abogado del Servicio de Prisiones, por el Jefe del Departamento de Criminología, por el Inspector Zonal de la Jurisdicción, por el Jefe de del Penal, por el Jefe de la Guardia, por el personal de vigilancia encar-

⁹ En este último caso, no es necesaria la declaración del Estado de Guerra para la aplicación de la pena de muerte.

¹⁰ CURY (1992 II: 323); GARRIDO (1997 I:267).

gado de su custodia, por el Médico y por el Practicante del establecimiento”, pero no por su familia. Para la familia “o las personas con quienes vivía antes de ingresar en prisión”, sólo se habilita una hora cronológica de visita el día inmediatamente anterior al de la ejecución.

Por lo que toca a las *medidas infamantes* sobre la persona o el cadáver del sentenciado, aparte de que el transcrito artículo 4º del Reglamento parece convertirlo en objeto de curiosidad científica (lo que se resalta aún más con las disposiciones del artículo 6º del Reglamento, que sólo permite la presencia en el fusilamiento de otras personas distintas a las autoridades involucradas, “cuando por sus actividades o por la autoridad que invistan *pudiera resultar de interés científico su presencia en el acto*”), basta para la constatación de su existencia con la transcripción del artículo 13 de dicho Reglamento, que en concordancia con lo dispuesto en el 84 del Código Penal, ordena entregar a la familia que lo pidiere el cadáver del ejecutado “quedando obligada a hacerlo enterrar en *forma absolutamente privada*”.

Finalmente, en cuanto a la “*miscce en scène* más o menos terrorífica de que la ejecución se rodea”, un recuento de los que según el Código Penal y el Reglamento establecen acerca de la ejecución, parecen alejar el optimismo de nuestros autores. En primer lugar, la ejecución se realiza por medio de fusilamiento (artículo 82 del Código penal), ejecutado por un pelotón compuesto de 8 miembros, el que disparará tan pronto el condenado esté “asegurado” en el banquillo dispuesto al efecto y con la vista vendada (artículos 8º y 11 del Reglamento). El público autorizado debe situarse a una distancia “no inferior a quince metros del lugar donde se ubique el banquillo del condenado” (artículo 6º del Reglamento). “El fusilamiento se verificará de día, de preferencia en la madrugada, correspondiéndole al Jefe de la Prisión determinar la hora exacta” (artículo 5º del reglamento). Y aunque según el artículo 2º del Reglamento, las penas de muerte sólo pueden ejecutarse dentro de un establecimiento penal, lo cierto es que el inc. 2º del artículo 82 del Código penal, contempla una regulación algo más macabra que la descrita, si se puede: “La ejecución se verificará de día y *con publicidad* en el lugar generalmente designado para este efecto o en el que el tribunal determine cuando causa especial para ello”¹¹. Pero como señala CURY (1992 II: 326), “la disposición más ridículamente dramática es, por cierto, la del artículo 9º, primera parte, del Reglamento, con su esfuerzo candoroso de engañar a los desventurados fusileros, forjándoles la ilusión de no haber participado efectivamente en el acto de matar al condenado”, al colocarse entre las armas elegidas al azar una cargada sólo con “un tiro de fogeo”.

¹¹ La aplicación efectiva de esta facultad del Tribunal en el siglo pasado puede verse en la obra de P.J. Fernández (1899:215).

5 LA DISCUSIÓN POLÍTICO-CRIMINAL EN LA DOCTRINA CHILENA

En referencia a la doctrina de BECCARIA, FUENZALIDA (1883 I:171ss), sostenía que “sea lo que fuere, lo cierto es que las teorías sobre la ilegitimidad de la pena de muerte como la novelesca del contrato social han sido abandonadas a los poetas i a los filántropos i que los hombres de estado la impugnan solamente como ineficaz e innecesaria i con razones bien atendibles”. Teniéndose entre tales, agrega nuestro primer comentarista que “la experiencia de que los crímenes han sido más horribles en los pueblos en donde los suplicios han sido más crueles i que los delincuentes, endureciéndose con la vista de los suplicios i acostumbrándose con la idea de la pena cruel que los amenaza, cometen en represalia hechos más espantosos de barbarie, han persuadido, al fin, de que la pena de muerte solo puede ser eficaz para reprimir aquellos delitos cuya causa inductiva no sea mas poderosa que el temor al peligro eventual de perder la vida”. De allí concluye que la pena de muerte “podrá detener muchas veces a los que intenten matar por interes; pero mui rara vez será eficaz para contener a los que matan en un acceso de cólera o de otra pasion poderosa que obre instantáneamente; i menos al que el amor a la patria o a cierto orden de ideas lo indujeren a cometer delitos políticos”. Sin embargo, a pesar de esta declaración y de afirmar que en cuanto a la supuesta necesidad de la pena de muerte “en absoluto nada podemos aseverar con acierto”, FUENZALIDA (1883 I:173) termina por aceptar esta pena para los “crímenes en contra de la vida i de la seguridad exterior del Estado”, sosteniendo que el Código de 1874 “ha respetado estrictamente los principios establecidos; pues dicha pena no se impone como inflexible sino a los parricidas i a los traidores que inducen a una potencia extranjera a declarar la guerra a Chile” y en los demás casos “va acompañada de grados inferiores de la escala penal i solo se aplica en ciertos delitos contra la patria o en que hai perdida de vida”.

La “pluma” de FERNÁNDEZ (1888 I:214), en cambio, “se resiste a estudiar a fondo” las disposiciones relativas a la pena de muerte; la cual, a su juicio “sólo puede aceptarse como una gran necesidad”. Sin entrar en más detalles, agregar que, a pesar de que “notables criminalistas” le han “negado ese derecho [de establecer la pena de muerte] a la lei”, “es, sin embargo, aceptado en todas las naciones civilizadas”.

La aceptación de la pena de muerte por nuestros primeros comentaristas del Código penal de 1874 concuerda con la afirmación de NOVOA (1966 II:351), en el sentido de que “no hay constancia alguna de que durante la redacción de nuestro Código penal por la Comisión respectiva o durante su discusión en el Congreso, se haya planteado siquiera la cuestión de la pena

de muerte”. Posteriormente, de los cuatro proyectos de Código penal presentados a la discusión pública, dos de ellos, el de SILVA-LABATUT de 1938 y el Proyecto de 1945 conservaban, en términos similares al Código penal, la pena de muerte. En cambio, en los Proyectos de Erazo-Fontecilla, y Ortiz-van Bohlen, ambos de 1929, la pena de muerte desaparecía de entre las sanciones aplicables.

No es de extrañar entonces que el Prof. LABATUT afirmase con frío escepticismo que “el problema del abolicionismo hay que resolverlo de acuerdo con la realidad social de cada país en particular y con prescindencia de las argumentaciones teóricas”¹²; y que el propio NOVOA (1966 II: 359), partícipe de la Comisión elaboradora del Proyecto de 1945 la acepte “como una sanción jurídica capaz de satisfacer [el] anhelo de justicia, en ciertos casos excepcionales de crímenes que pueden socavar las bases más fundamentales de la convivencia entre los hombres”, citando entre ellos “la traición en tiempos de guerra”, el “genocidio y ciertas formas especialmente dañosas de sabotaje y estragos que causan gran pérdida de vidas humanas”.

Sin embargo, los tratadistas modernos, rechazan todos la pena de muerte. Así, CURY (1992 II: 333) toma el guante de la afirmación de NOVOA antes transcrita y sostiene como irracional afirmar la supresión de la pena de muerte para unos delitos y mantenerla para otros especialmente graves u odiosos, considerando esto último meramente una “concesión enmascarada al derecho a la venganza”. Por tanto, es partidario de prescindir de ella completamente, pues estima que “no corresponde ya a las convicciones culturales actualmente vigentes”¹³. Concordando expresamente con este planteamiento, GARRIDO (1997 I:270) agrega que “la pena capital es un atentado a la inviolabilidad de la vida, la que se consagra como derecho fundamental en todas las constituciones; el Estado carece de facultad para ignorarlo”. Finalmente, ETCHEBERRY (1997 II:145) se lamenta de que no hayan fructificado los intentos de abolir la pena de muerte en nuestra legislación, a la que califica de “resto de barbarie y flagrante usurpación del poder divino, que nos mantiene todavía en retraso en relación con la gran mayoría de los Estados europeos y latinoamericanos”.

Por mi parte, sólo cabe sumarme a esta corriente que boga por el término de “esta inútil prodigalidad de suplicios, que nunca ha conseguido hacer mejores a los hombres”¹⁴, no sea que se nos cuente entre “los sabios magistrados y graves sacerdotes de la justicia, que con indiferente tranquilidad hacen arrastrar a un reo a la muerte con lento aparato; y mientras este miserable se estremece en las últimas angustias, esperando el golpe fatal, pasan con

¹² La cita está tomada de la 9ª ed. de su Derecho Penal: LABATUT/ZENTENO (1995 I:253).

¹³ CURY (1992 II:331).

¹⁴ BECCARIA (1764: 74).

insensible frialdad (y acaso con secreta complacencia de la autoridad propia) a gustar las comodidades y placeres de la vida”¹⁵.

6 LIMITACIONES A LA APLICACIÓN DE LA PENA DE MUERTE EN CHILE

La aplicación de la pena de muerte en Chile encuentra dos clases de limitaciones: las que tienden a su progresiva desaparición, consagradas en el derecho internacional; y las de carácter procesal, destinadas a evitar su imposición en determinadas circunstancias.

6.1 Sistema progresivo de desaparición de la pena de muerte. El artículo 4º del Pacto de San José de Costa Rica

Obligado a su respeto como norma de rango constitucional, por disposición expresa del artículo 5º de la Constitución Política de la República¹⁶, el artículo 4º del Pacto de San José de Costa Rica, vigente en Chile desde la dictación del Decreto N° 873, de 5 de enero de 1991, establece el siguiente sistema de desaparición progresiva de la pena de muerte:

- 1º) Impide su extensión “a delitos a los cuales no se la aplique” al momento de su entrada en vigor en la República (artículo 4.2, parte final)¹⁷;
- 2º) Impide “su aplicación” a delitos *políticos o comunes conexos con los políticos*, sin distinguir si ella se encuentra o no prevista legalmente (artículo 4.4.)¹⁸;
- 3º) Impide “su imposición” si no se trata de “los delitos más graves”, sin distinguir si ella se encuentra o no prevista legalmente (artículo 4.1.)¹⁹;

¹⁵ BECCARIA (1764: 79).

¹⁶ Sobre el valor constitucional de las normas de derecho internacional de los derechos humanos, vid. MATUS (1994:37ss).

¹⁷ Ha quedado así, sin contenido, la disposición del artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de la República, que exigía un quórum especial (mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio) para el establecimiento de un delito capital. Como acertadamente concluye ETCHEBERRY (1997 II:146), naturalmente este elevado quórum no puede exigirse cuando se trata de *derogar* una disposición que imponga la pena de muerte, en primer lugar, porque no lo exige la Constitución expresamente (el artículo 19 N° 1 se refiere exclusivamente al “establecimiento” de la pena de muerte); y en segundo, porque resulta un verdadero contrasentido, cuanto ni más que las disposiciones que la establecen proceden todas de legislación anterior a la entrada en vigencia de dicha Constitución, y por lo mismo, su aprobación no exigió ese elevado quórum que se exigiría para su abrogación.

¹⁸ Indirectamente, se refiere a este punto el artículo 6.2. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al declarar que no se podrá imponer la pena de muerte en conformidad a leyes que sean contrarias a las disposiciones de dicho Pacto.

¹⁹ En el mismo sentido, limita la imposición de la pena de muerte el artículo 6.2. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

- 4º) Impide su “imposición” a personas que al momento de cometer el delito, “tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta”, aunque esté prevista legalmente para ese delito (artículo 4.5.)²⁰;

Traspuestas las barreras que la legislación internacional establece para *los casos de derecho sustantivo* en que puede prescribirse o aplicarse la pena de muerte, esta misma legislación, y también la interna, establecen normas de carácter *procesal*, tendientes a impedir su aplicación o a hacerla lo más *humana* posible, si –parafraseando a ETCHEBERRY (1997 II:145)– puede llamarse “humana” una pena destinada a la eliminación de una vida humana.

6.2 Limitaciones procesales a la aplicación pena de muerte

Las limitaciones de carácter procesal que a la *imposición o ejecución de la pena de muerte a una persona concreta* establece nuestra legislación, son las siguientes:

- 1º) No podrá imponerse sino en virtud de ley previa y de sentencia condenatoria pronunciada por un tribunal competente (artículo 4.4º del Pacto de San José de Costa Rica y 6.2. del pacto de Derechos Civiles y Políticos);
- 2º) No puede imponerse con el sólo mérito de la prueba de presunciones: si sólo obran éstas contra el condenado debe aplicarse la pena de presidio o reclusión perpetuos correspondiente (artículo 502 inc. 2º del Código de Procedimiento Penal).
- 3º) En segunda instancia, sólo podrá acordarse por el voto unánime de los miembros del Tribunal. La simple *mayoría* obliga a imponer la pena de presidio o reclusión perpetuos que corresponda (artículo 73 inc. 1º del Código Orgánico de Tribunales). Esto vale también para la Corte Suprema, que actuando como Tribunal de casación dicte sentencia de reemplazo (artículo 103 del Código Orgánico de Tribunales). Sin embargo, hay acuerdo en la doctrina en que la extensión que se hace de lo dispuesto en el citado artículo 103 del Código Orgánico de Tribunales, que sólo se refiere *literalmente* al inciso segundo de su artículo 73, no alcanza a imponer la exigencia de un voto unánime cuando el tribunal de Casación rechaza el recurso interpuesto por el condenado, dejando así a firme la sentencia de muerte²¹.

²⁰ En el mismo sentido, limita la imposición de la pena de muerte el artículo 6.5. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aunque sólo se refiere a las “personas de menos de 18 años de edad”.

²¹ Por todos, v. ETCHEBERRY (1997 II:148).

En todo caso, impuesta la pena de muerte, resulta obligatoria una segunda deliberación para determinar “si el condenado parece digno de indulgencia y sobre qué pena proporcional podrá sustituirse a la de muerte”, cuyos resultados deben comunicarse, junto con las sentencias de primera y segunda instancia, al Ministro de Justicia para que éste se los entregue al Presidente de la República, quien decidirá sobre dicha conmutación o indulto (artículo 73 inc. 2º)²².

- 4º) El condenado *tendrá siempre derecho* a solicitar ante la autoridad competente la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales *podrán ser concedidos en todos los casos* (artículo 4.6 del pacto de San José de Costa Rica y 6.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)²³. Naturalmente, esa autoridad no puede ser la misma que dicta la sentencia condenatoria, y en Chile corresponde al Presidente de la República, según la disposición del artículo 73 del Código Orgánico de Tribunales y el artículo 32 N° 16 de la Constitución.
- 5º) La pena de muerte *no podrá ejecutarse* mientras la solicitud de indulto, amnistía o conmutación de la pena “esté pendiente ante la autoridad competente” (artículo 4.6 del Pacto de San José de Costa Rica).
- 6º) La pena de muerte *no podrá ejecutarse* sobre una mujer embarazada, ni notificársele la sentencia correspondiente sino cuarenta días después del alumbramiento (artículo 85 del Código penal y 4.5 del Pacto de San José de Costa Rica).

7 BIBLIOGRAFÍA CITADA

BARBERO Santos, Marino: (1975) *La pena de muerte en el derecho histórico y actual*, en del mismo (ed.): *La pena de muerte, 6 respuestas*, Valladolid 1975, pp.13-79.

BECCARIA, Cesare: (1764) *De los delitos y de las penas*, traducción de Juan Antonio de las Casas, Madrid 1774, tomada de la primera edición del ori-

²² Aunque se discute la “importancia práctica” de esta disposición, por el efecto que tuvo la ley 17.266, de enero de 1970, al eliminar la previsión de la muerte como pena única y absoluta para ciertos delitos, con lo cual “es de suponer que si el tribunal estima que ésta no es una sanción adecuada, hará uso de su facultad legal y escogerá una inferior, sin dejar esta tarea al Ejecutivo” (ETCHEBERRY (1997 II:149)), no deja de tener razón CURY (1992 II:335), cuando afirma que, “atendida la forma en que se han desarrollado las cosas desde entonces, sería desacertado prescindir de ella”.

²³ En todo caso, concedido el indulto o la conmutación de la pena, subsisten –según dispone el artículo 27 del Código penal– las siguientes penas accesorias a la de muerte como “efectos” de la misma: inhabilitación absoluta perpetua para cargos u oficios públicos y sujeción a la vigilancia de la autoridad hasta por cinco años.

- ginal de Livorno, 1764.. Reimpresión a cargo de Juan Antonio Delval, Madrid 1990.
- BERDUGO Gómez de la Torre, Ignacio: (1975) *La pena de muerte en el actual derecho ibero-americano*, en BARBERO Santos, Marino (ed.): *La pena de muerte, 6 respuestas*, Valladolid 1975, pp. 79-122.
- CURY, Enrique: (1992) *Derecho penal*, Santiago 1992 (2ª ed.), t. I y II.
- ETCHEBERRY O., Alfredo: (1997) *Derecho Penal, 2ª ed., t. I a IV*, Santiago 1997.
- FERNÁNDEZ, P.J.: (1899) *Código penal de la República de Chile, explicado y concordado*, Santiago 1899, t. I y II.
- FUENZALIDA, Alejandro: (1883) *Concordancias y comentarios del Código penal chileno*, Lima 1883, t. I y II.
- GARRIDO Montt, Mario: (1997) *Derecho penal*, Santiago 1997, t. I y II.
- LABATUT, Gustavo/ ZENTENO, Julio: (1995) *Derecho Penal*, t. I, 9ª edición actualizada por Julio Zenteno Vargas, Santiago, 1996.
- LABATUT, Gustavo/ ZENTENO, Julio: (1996) *Derecho Penal*, t. II, 7ª edición actualizada por Julio Zenteno Vargas, Santiago, 1996.
- MATUS, Jean Pierre: (1994) *La ley penal y su interpretación*, Santiago 1994.
- NOVOA, Eduardo:(1966 II) *Curso de Derecho penal chileno, tomo 2*, Santiago 1966.
- RETTIG G., Raúl *et al.*: (1996) *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, tres volúmenes, 2ª ed.* , Santiago 1996.