

## ¿SUSTITUCIÓN O ABOLICIÓN DE LA PENA DE MUERTE?

TITO E. SOLARI PERALTA  
Universidad Católica de Valparaíso\*

El tema que se esboza nada tiene que ver con la discrepancia secular acerca de si la pena de muerte puede ser aplicada o debe ser abolida. La ley que se comentará (N° 19.734) publicada en Diario Oficial de 5 de junio del año 2001, ha suscitado en el ámbito nacional una discusión que en nuestro concepto carece de sentido. En efecto, la ley pretende, como lo dice su título, derogar la pena de muerte.

Será, pues, necesario, analizando su contenido, determinar si es derogatoria o abolicionista. Según el Diccionario de la Lengua Española, abolir consiste en “derogar, dejar sin vigencia una ley, precepto, costumbre...”. Según los artículos 52 y 53 del Código Civil, la derogación puede ser expresa o tácita, total o parcial. Los aludidos conceptos no están en juego en este cambio semántico pues la ley en definitiva ni es simplemente derogatoria total ni tampoco abolicionista. De lo anterior resulta de modo necesario no interpretarla ni con prejuicios derogatorios ni con prejuicios abolicionistas, sino que estar a lo que ella dice para después concluir.

Como ley vigente en la República ella dice que *deroga la pena de muerte*. En mi concepto no produce abolición de la pena de muerte. Tampoco es derogatoria total. Cabe discutir en este tema una derogación tácita. Debe tenerse a la mano la Carta Fundamental y, después de todo este ejercicio, determinar, en concordancia con el Pacto de San José de Costa Rica ¿qué parte de esa Convención es la operante? ¿Aquella que discurre sobre la situación de los países que no la han abolido o aquella otra que partiendo del supuesto que la han abolido obliga a no restablecerla?. Pues en el primero de los supuestos, el Tratado exige que se aplique a los delitos de mayor gravedad y que no se extienda a nuevas figuras delictivas. A contrario si prima el artículo cuarto numeral tres “*no se restablecerá la pena de muerte en los países que la han abolido*”.

Esas son las interrogantes que debemos responder en relación con la ley que se analiza, para concluir si es derogatoria o abolicionista.

La ley N° 19.734 consta de seis artículos que afectan sucesivamente al Código Penal, a la Ley de Seguridad Interior del Estado, al Código de Justicia Militar, al

---

\* Colaboró en la recopilación de antecedentes para este trabajo el alumno de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso Pablo Herrera Osorio.

Código Orgánico de Tribunales, al Código de Procedimiento Penal y, por último, a la Ley de Libertad Condicional.

En lo que dice relación con el Código Penal, su artículo primero en quince numerales crea la pena de presidio perpetuo calificado, en reemplazo de la pena de muerte, y, en general, afecta a diversos artículos de ese cuerpo de leyes que se referían a esa pena. Sucintamente sin que lo que se diga sea taxativo, reemplaza la palabra “muerte” por “*presidio perpetuo o calificado*”, proporciona un concepto de esta última pena –cuyo contenido excede los propósitos de este artículo–, la elimina de la escala general de penas modificando de paso artículos referidos a su mecánica de aplicación, y ordena de modo expreso la derogación de los artículos 82 a 85 del Código Penal que se referían al modo de ejecución de la pena capital (fusilamiento), y a los pormenores de su ejecución.

En el artículo segundo la ley sustituye la expresión “*a muerte*” por “*a presidio perpetuo o calificado*” en diversos artículos de la Ley 12.927 sobre Seguridad del Estado.

En el artículo tercero introduce modificaciones al Código de Justicia Militar respecto, concreta y determinadamente al artículo 351 y al numeral uno del artículo 416. Hecha la derogación para esos dos delitos cabe preguntarse si la derogación solo los afecta a ellos o a otros, que pese a no estar mencionados contienen pena de muerte en el procedimiento en tiempo de paz y a varios otros en el procedimiento en tiempo de guerra. De lo dicho resulta que en este cuerpo de leyes hay dos derogaciones expresas y en las restantes figuras la pregunta es: ¿hay derogación tácita o no hay derogación? Nos resulta muy difícil aquí determinar el criterio discriminador del legislador. Si utiliza la derogación expresa en los casos que señala, se podría colegir que en los otros casos o existe derogación tácita, o lo que es más grave, existe plena vigencia de esa normativa. Por citar algunos ejemplos podemos ver el artículo 244 que la contiene como pena superior de una pena compuesta, el artículo 270 inciso segundo que la contiene del mismo modo para delitos de rebelión, el artículo 287, el artículo 288, y otros que resulta innecesario señalar, debiendo quedar claramente establecido que la pena de muerte sigue vigente en el Código de Justicia Militar, salvo los dos casos en que el legislador hizo derogación expresa. En mi opinión considerando la gravedad de la pena de que se trata, y que se escogió la derogación expresa en casos singulares, debe entenderse inapropiada la derogación tácita y vigente la pena de muerte en los artículos que no están taxativamente derogados. Como se puede observar, los artículos derogados se refieren a casos singulares, y la pena de muerte sigue vigente en los demás casos que ya hemos mencionado.

En los artículos 4° y 5°, realiza modificaciones al Código Orgánico de Tribunales y al Código de Procedimiento Penal; en general esas modificaciones me parecen acertadas, pero hubiere sido deseable hacer también una referencia al Código Procesal Penal, ya vigente en cinco regiones del país; y al Código de Procedimiento Penal, vigente en otras, en lo que concierne a la reiteración de delitos de una misma especie. En el procedimiento antiguo se postula que si los delitos pueden ser considerados como un solo todo o no pueden serlo, se escoge uno de ellos y se sube la pena en uno, dos o tres grados (artículo 509). En el Código Procesal Penal se postula otro tanto (artículo 351), con un aumento de uno o dos grados; ¿qué acontece si como consecuencia de ese aumento gradual se excede el máximo, es decir, hoy día presidio perpetuo calificado? Hay quienes dirán que no pudiendo la pena exceder

del máximo de la escala de penas gradual, esto es, presidio perpetuo calificado, en ambos casos tal aumento sería inoperante. En lo personal estimo que como en ambos preceptos se postula la aplicación jurídica de penas, lo que resulta imposible, debemos recurrir a lo que esos preceptos señalan, aplicar la acumulación aritmética de pena del artículo 74 del Código Penal, es decir, penar cada hecho con su respectiva pena sin tener que hacer aumento gradual, porque ambos artículos así lo señalan expresamente.

No basta con lo ya dicho, pues la ley derogatoria debió referirse a todos los cuerpos legales que tienen disposiciones incriminatorias que contemplan la pena de muerte. Así podríamos decir que es grave haber omitido la formulación de toda regla en la Ley 17.798.

Lo mismo acontece con la Ley 18.314 que determina las conductas terroristas y fija su penalidad; esta ley sanciona con pena de muerte las hipótesis que se describen en el artículo 3, ordenando más, las penas serán aumentadas en uno, dos o tres grados, cuando se cometan determinados delitos del Código Penal bajo los supuestos de terrorismo que esa misma ley señala. ¿Cómo opera el aumento gradual en esos casos? La ley guarda un silencio que el intérprete jamás podrá explicar.

Hemos pues, señalado los casos regulados por la ley sin una solución satisfactoria, y las omisiones en que incurre este mismo cuerpo legal.

A glosa de comentario podemos indicar que la derogación a todas luces parcial provocaría el siguiente problema: que en la práctica no se ejecute esa pena por no estar reglamentada o que se dicte una ley que restablezca el régimen de aplicación de la pena. ¿Qué ocurre en el entretanto? ¿Qué puede hacer el Juez que aplicando la ley impone pena de muerte? Nos parece que es una encrucijada sin solución, que mantiene el caso en un estado de inmovilismo, pues cualquier intento de solución afecta la garantía constitucional del principio *nullum crimen nulla poena sine lege*.

Existe un obstáculo insalvable de naturaleza constitucional cual es que, conforme con el artículo 19 N° 1 inciso 2°, “*La pena de muerte solo podrá establecerse por delito contemplado en ley aprobada con quórum calificado*”. Este claro precepto nos permite concluir: (i) que la pena de muerte parcialmente derogada, puede ser aplicada a casos que reúnan el requisito de una ley de quórum calificado. Aunque la derogación hubiere sido total –lo que no es así– ella podría ser reimplantada según el precepto indicado; (ii) queda muy en claro que la ley que comentamos no puede ser abolicionista. Para serlo debió haberse modificado la Constitución Política, lo que no ha ocurrido; y (iii) no puede invocarse el Pacto de San José de Costa Rica (artículo 4 N°3) donde se expresa “*no se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido*”

En lo personal, largamente partidario del abolicionismo, hubiere deseado que se modificara la Carta Fundamental, derogándose el artículo que permite esta pena por ley de quórum calificado y declarando en esa modificación constitucional la idea de que en Chile queda abolida la pena de muerte. Pero ello corresponde a mi sentir íntimo que no puede alterar la ley que termino de comentar.