

## Capítulo I

### SECCIÓN B: LAS BASES IDEOLÓGICAS DE LOS CÓDIGOS PENALES LATINOAMERICANOS Y SU COMPATIBILIDAD CON LOS DERECHOS HUMANOS.

1. *Panorama general.*— Una mirada sobre los textos de los códigos vigentes nos permite ensayar diferentes criterios de clasificación. El que nos interesa en este momento es el de la ideología general de cada uno de los textos. Si bien es verdad que un texto no puede ser valorado ideológicamente en abstracto, esto es, fuera de la visión de todo el sistema penal y de su contexto socio-económico y político y, como es lógico respecto de cualquier fenómeno cultural (humano), también en perspectiva histórica, es importante conocer el sentido ideológico del texto en sí, para luego ver cómo se inserta y en qué medida es funcional dentro del contexto, como también qué dificultades (o ventajas) acarrea su disfuncionalidad.

Este análisis no merece una detallada profundización porque la ideología del texto legal fuera de contexto es sólo un instrumento de análisis previo para la posterior identificación del sentido ideológico total del sistema penal en su contexto, tal como, a modo ejemplificativo lo hacemos con México y la Argentina, en el capítulo octavo.

Sin embargo, la circunstancia de que la ideología básica de los modelos originarios latinoamericanos no sea coincidente con la de los Derechos Humanos y, en ocasiones, resulte totalmente contraria a éstos, hace que este análisis sea necesario por sí mismo, independientemente del valor preparatorio señalado antes.

2. *Códigos imperiales puros.*— En Latinoamérica subsisten en la actualidad tres modelos puros que provienen del siglo pasado: Haití y la República Dominicana, que reproducen básicamente el código de Napoleón; Chile que lo hace con el código español de 1870, que es versión reformada del texto de 1848-1850. Obviamente, la ideología de estos textos tiene una raigambre monárquica, difícilmente compatible hoy, en

América Latina, con la ideología democrática. Enfatizan la tutela al Estado, tienden a una estatización de los bienes jurídicos, su técnica legislativa es deficiente, escueta en extremo en el texto francés (que ni siquiera contiene un listado completo de eximentes) y farragosa en el español. Son códigos duros, retributivos, con penas altas que incluyen la muerte. Son modelos de leyes cuya función primordial era tutelar un Estado autoritario, imperial, en momentos de expansión imperialista o de acumulación insuficiente de capital productivo en el siglo pasado, impuestos en Europa por regímenes básicamente enfrentados a las ideas liberales y que miraban con muy poca simpatía —o con abierta hostilidad— a las Declaraciones francesa y de Virginia. Lo mismo puede decirse de otro modelo no tan puro, pero igualmente injertado, como es el código de Paraguay, cuya fuente es española y alemana, esta última fundada en la prusiana de 1851. Como es sabido, también el texto prusiano era una versión germana del código Napoleón, que representaba la antípoda del código liberal alemán de Baviera.

Obviamente, el origen ideológico de estos textos no es republicano y su compatibilización con los Derechos Humanos es materia de elaboración interpretativa que, no siempre tiene éxito, frente a la letra de la ley.

Estos textos, pese a su dureza, a la injerencia que dan a organismos estatales ejecutivos (no compatible con una división republicana de los poderes del Estado) y a su genealogía imperial, tienen la ventaja de cierta certeza en las penas\*.

\*El prof. Novoa Monreal nos observa que el calificativo de "imperialista" no parece justo en el código chileno de 1873, pues fue sancionado pocos años después de la última tentativa española por recuperar su antigua colonia chilena (la llamada "guerra con España"), por lo que difícilmente podría admitirse que la sanción de su código penal pudiera corresponder al sometimiento a una influencia imperial. La observación es correcta, porque el vocablo "imperialista" podría dar lugar a este equívoco. Debido a ello lo cambiamos por "imperial". Con ello no nos referimos a un sentimiento imperialista o sometimiento al mismo por parte de legisladores latinoamericanos, lo cual sería totalmente erróneo. Queremos destacar únicamente la "estructura imperial" de estos textos, es decir, su derivación del modelo napoleónico, que importa toda una ideología acerca de la función del derecho penal como puntal del Estado y, además, destacamos que esa fue la función que cumplió en Europa. Tampoco pretendemos que los legisladores latinoamericanos hayan compartido esa ideología al adoptar los modelos imperiales, porque fre-

3. *Textos retributivos decimonónicos.*— En un momento más avanzado del siglo pasado, monarquías parlamentarias europeas ensayaron una legislación penal retributiva en un movimiento que abarca fundamentalmente a Bélgica, Holanda e Italia. Son códigos en que parecen arraigarse ciertos conceptos de la variante idealista liberal-retributiva, pero que conservan la función básica de tutela de la estructura estatal. Se conservan dos modelos latinoamericanos vigentes con esta tónica, aunque ninguno de ambos es puro: Ecuador, sobre la base del texto belga, y Venezuela, sobre la del texto italiano de Zanardelli.

La ideología de estos textos es más compatible con los Derechos Humanos que la de los textos imperialistas. Es interesante señalar que en Ecuador, la reforma de 1938 atempera su sistema de penas, pues toma inorgánicamente elementos del Código Rocco, pero no en cuanto a las sanciones. Esto da por resultado un texto con muy mala técnica legislativa, oscuro y farragoso, pero con el sistema de penas más benigno del área y, en cierto sentido, bastante garantizador, dado que no introduce medios insidiosos de prolongar penas indefinidamente o más allá de los límites legales.

4. *Códigos peligrosistas.*— Hemos señalado con anterioridad la incompatibilidad que hay entre la ideología peligrosista y la ideología de los Derechos Humanos. Más adelante (capítulo octavo) insistimos para mostrar el particular sentido negativo que implica para Latinoamérica por su tinte marcadamente racista. Es obvio que esta ideología impactó y aún hoy tiene amplia vigencia en la criminología y en la jurisprudencia de nuestros países, pese a que su esplendor pasó hace décadas. En la legislación penal latinoamericana tuvo cierto impacto sobre la codificación. Su presencia se hace manifiesta después del proyecto de Ferri para Italia y afecta a los hoy derogados códigos de Defensa Social de Cuba y Penal de Colombia y a la reforma mexicana del derogado código del Dis-

---

cuentemente, esa adopción fue resultado de circunstancias coyunturales (urgencia de proveer seguridad jurídica mediante un código, carencia de otros modelos disponibles en la época, etc.).

trito Federal de 1929 y del vigente de 1931. Hace pocos años revivió por efecto del código cubano de 1979, en forma combinada con elementos neoidealistas. El código mexicano ha tratado de moderar su rigorismo con reformas introducidas en 1984, que abren la posibilidad de algunos sustitutivos y derogan algunos excesos positivistas.

5. *Códigos disciplinarios pre-neoidealistas.*— El proyecto suizo —o mejor, los proyectos suizos que se sucedieron a partir de 1890—, introdujeron una combinación de penas y medidas — la “doble vía”— para los que luego se llamarían “habituales” o “profesionales”, es decir, una pena para un “tipo de autor”. Se trata de una ideología que pretende “tratar” o disciplinar por vía retributiva o con medida retributiva, salvo que califique a un autor como “indisciplinado”, en cuyo caso deja de lado la medida racional de la “retribución” y pena a la persona por su personalidad, con el nombre de “medida”. Esta corriente se materializa, muchos años antes que en Suiza, en el código peruano. Obviamente, una ideología penal que tiende a clasificar a las personas, no es totalmente compatible con la ideología de los Derechos Humanos.

Por una vía más heterodoxa, el código argentino presentaba originariamente una fisonomía análoga, que luego se acentuó con las reformas introducidas al amparo de la ideología de la seguridad nacional y que en 1984 se restringió algo al limitarse la posibilidad de imponer una pena accesoria indeterminada. La base original proveniente del siglo pasado era el código liberal de Baviera, sobre el cual se elabora el vigente, combinando elementos que provenían, principalmente, del código de Zanardelli y del holandés. La pena indeterminada para el llamado “habitual” se pretende encubrir bajo la ideología suiza, pero en realidad proviene de la ley francesa de deportación a ultramar. Éste es el aspecto más incompatible con los Derechos Humanos de todo su texto.

6. *Códigos disciplinarios neoidealistas.*— Estos textos requieren una especial atención, porque son los que aparecen rodeados de un alto prestigio técnico y predicán una asepsia ideológica sumamente peligrosa por encubridora de su ideología, altamente riesgosa para los Derechos Humanos, tanto por su origen como por sus consecuencias.

Es sabido que el neoidealismo filosófico fue casi la filosofía oficial del autoritarismo italiano. Un producto directo de esa filosofía fue el código italiano de 1930, código duro y disciplinarista por excelencia: quien se revela como indisciplinado a la voluntad del Estado, pierde todo "derecho" a un límite retributivo, por alto que sea, y queda afectado en su libertad o en otros derechos por tiempo indeterminado e ilimitado. La deportación francesa a indeseables se generaliza y racionaliza: al inimputable se le impone tratamiento con privación de libertad indeterminada; al imputable que no se califica como indisciplinado se le impone una pena dura; al imputable individualizado como indisciplinado se le impone la misma pena dura y aun agravada, sumándole, además, una privación de libertad indeterminada. En síntesis, esto significa que el Estado autoritario reprime severamente a quien viola sus normas, pero si es recalcitrante, la privación de libertad que sufre no conoce ya límite alguno.

Este neoidealismo disciplinarista arraiga en Latinoamérica en diferente medida, pero fundamentalmente en los códigos de Brasil de 1940 (cuya parte general está hoy derogada) y del Uruguay. Su influencia se ha limitado recientemente, teniendo en cuenta que la parte general del código brasileño fue reemplazada desde el 1 de enero de 1985, suprimiendo las "medidas" del código de 1940, y que el gobierno constitucional uruguayo suprimió también en 1985 las llamadas "medidas eliminatorias" del código penal (art. 19 de la "Ley de Pacificación Nacional" del 8 de marzo de 1985). Sin embargo, esta ideología, ataviada de tecnocracia jurídica, se materializó en el llamado "código penal tipo latinoamericano", que introdujo el sistema en varios textos que se inspiraron en su modelo: Salvador, Guatemala, Honduras, Costa Rica, Nicaragua (en menor medida), Panamá y Bolivia. Este brote de disciplinarismo neoidealista hace aconsejable una somera descripción del texto que lo originó, en cuanto a los caracteres que definen su ideología.

Las llamadas "medidas de seguridad" del llamado "código tipo" se legislan en sus arts. 55 a 62. Las hay "curativas", por tiempo absolutamente indeterminado, pudiendo imponerse en reemplazo de una pena atenuada o conjuntamente con la misma en caso de imputabilidad disminuída (art. 21). Las restrictivas de derechos pueden durar hasta diez años y las priva-

tivas de libertad hasta quince años. El presupuesto para privar de libertad a una persona por quince años es discrecional y significativo: "Cuando la pluralidad o la reiteración de los hechos realizados demostraren la habitualidad o profesionalidad criminal del imputado, se le agravará la pena aumentando en la mitad el mínimo y el máximo respectivos. En lugar de esta agravación el Tribunal podrá optar por la aplicación de una medida de seguridad, de internación o de vigilancia, que será cumplida después de la pena impuesta" (art. 72). La sola mención de este supuesto ilustra suficientemente acerca de la ideología disciplinaria de este texto.

7. *La reciente vuelta a la culpabilidad.*— En 1980 se establece el vigente código penal colombiano y en 1984 se sanciona la nueva parte general del código brasileño. Ambos textos retornan al principio de la culpabilidad, suprimen la clasificación entre personas "disciplinadas" e "indisciplinadas" o la atenúan en gran medida y, pese a que puede ser más o menos preferible alguna disposición particular, su ideología resulta mucho más compatible con la de los Derechos Humanos que la del disciplinamiento propugnado en la década de los años setenta. De cualquier manera, será necesario extremar el cuidado de sus interpretaciones, a efectos de que una inteligencia doctrinaria y jurisprudencial imbuída de ideologías autoritarias —peligrosista o disciplinaria— desvirtúe el sentido general de estos textos.

Como resultado de la comprobación de que en buena medida las ideologías originarias de los códigos penales latinoamericanos son incompatibles o de difícil compatibilización con la ideología de los Derechos Humanos, creemos *recomendable*:

1) *Promover las investigaciones filosóficas, históricas y de derecho comparado que esclarezcan las ideologías originarias de los códigos penales.*

2) *Promover las investigaciones de estas ideologías en los problemas particulares de la teoría de la ley penal, del delito y de la coerción penal, y su crítica mediante una profundización y confrontación con la ideología de los Derechos Humanos.*