

# REVISTA DE DERECHO

AÑO XVII

ABRIL - JUNIO DE 1949

N.º 68

DIRECTOR: SR. ORLANDO TAPIA SUAREZ

## COMITE DIRECTIVO:

SRES.

ROLANDO MERINO REYES

QUINTILIANO MONSALVE J.

JUAN BIANCHI BIANCHI

VICTOR VILLAVICENCIO G.

MARIO CERDA MEDINA

ESCUELA TIPOGRAFICA SALESIANA - CONCEPCION

**HECTOR BRAIN RIOJA**

## **OBSERVACIONES AL PROYECTO DE REFORMA DEL CODIGO PENAL CHILENO (\*)**

(Trabajo realizado a petición del Consejo del Colegio de Abogados de Concepción y de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción).

### **I**

1.—Sean las primeras palabras para hacer el elogio de quienes con verdadera dedicación, trabajo efectivo y comprobada versación jurídica, se avocaron a la pesada tarea de proyectar reformas a un Código Legislativo.

Tal obra tiene de por sí serias dificultades, y tanto más si se trata de la legislación penal que, sin exageración, se refiere a la materia jurídica más delicada de las que rigen la vida colec-

---

(\*) N. de la R.—El Proyecto en referencia fué enviado al Senado con Mensaje del Excelentísimo Señor Presidente de la República, don Gabriel González Videla, de fecha 19 de Enero de 1948, y su texto puede consultarse en el Boletín N.º 13.712 del Honorable Senado, corporación cuya Comisión de Constitución, Legislación y Justicia está actualmente estudiándolo.

tiva. Su carácter de sancionadora, su afectación a los derechos más fundamentales del individuo —entre otros la vida—, su vinculación a problemas de tan variada índole, la hacen aparecer, sin discusión, como la de más ardua y difícil formulación.

Si agregamos que la Ciencia Penal pasa hoy día por un período crítico, de evolución esencial, engorrosa y contradictoria, habremos de convenir en que proyectar reformas a lo existente, para sustituirlo por algo que aún no se decanta y concreta, es una de las labores difíciles que suelen los hombres en muy raras ocasiones afrontar.

2.—La prueba más evidente de lo complicado de la reforma proyectada se encuentra en la circunstancia de que el Código Penal vigente es el único dictado en nuestro país y viene rigiendo desde el año 1874, sin que hasta la fecha se haya logrado superar sus caducas fórmulas; y no porque sea una maravilla legislativa, toda vez que son bastante conocidos sus innumerables defectos y la disonancia absoluta que su doctrina y su texto presentan con las legislaciones penales modernas de otros países..

Han existido, sin embargo, muchos intentos reformistas, tanto de inspiración oficial como particular, que lamentablemente no han logrado la sanción legislativa.

3.—Las tendencias legislativas modernas se debaten en dos direcciones claramente definidas. La una, dirigida a mantener los códigos punitivos para actos predeterminadamente calificados como delitos. La otra, que busca la orientación preventiva de los hechos dañinos para la colectividad y los individuos, y que otorga a los tribunales la facultad del libre arbitrio para establecer la peligrosidad del delincuente y la conveniencia de imponer o no sanción.

Generalmente se cree que ambas tendencias obedecen a las tan conocidas escuelas o doctrinas penales denominadas Clásica y Positiva. Conviene aquí advertir que esta clasificación no es ni exacta ni excluyente. Puede sostenerse, con razón, que la llamada Escuela Clásica nació por la acción de los que más tarde se llamaron "positivistas" y que, para poder atacar todas las tendencias anteriores a las por ellos propugnadas, las agruparon, —a ellas y

## PROYECTO DE REFORMA DEL C. PENAL CHILENO

211

a los penalistas—, en un solo haz doctrinario. Así es como hoy se ha podido sostener que Beccaria, sindicado como clásico, puede ser considerado como padre del positivismo; y que entre los que forman la mencionada Escuela Clásica hay diferencias tan fundamentales que hacen difícil su unificación doctrinaria. Algo semejante ocurre entre los denominados positivistas.

Por otra parte, fuera de estas dos grandes tendencias, hay en materia penal un sinnúmero de otras escuelas o doctrinas intermedias, eclécticas, diferenciadas según el aspecto del problema penal que tratan, de modo que bien puede concluirse que, hoy por hoy, ha desaparecido la rígida demarcación histórica de las dos comentadas doctrinas penales.

Conviene, también, recordar aquí el gran aporte que a la unificación de las doctrinas penales, con miras de utilidad legislativa, han llevado los diversos Congresos Internacionales que, a partir desde los realizados por el Instituto Internacional de Derecho Penal creado por Franz von List, Prins y von Hammel, pasando por los Penitenciarios verificados en Londres y los de Criminología Latinoamericanos, han venido eliminando gran parte de las discusiones y diferencias de orden puramente especulativo para elaborar conclusiones de tipo general y de verdadera utilidad legal.

De este modo, la tendencia doctrinaria que primaba en el siglo pasado y que dominó larga época de la Ciencia Penal a través de los debates semi-personalistas de los autores, ha perdido en la actualidad gran parte de su importancia.

4.—Sin embargo, las actuales tendencias antes indicadas se manifiestan claramente en cada intento legislativo. Unos, miran hacia la necesidad de darle la mayor importancia a la eliminación de los llamados **"factores del delito"**, mediante un sistema de substitutivos de las penas que remuevan los orígenes mismos del delincuente y de su medio delictual, antes de imponerle sanción. Otros, consideran que mientras tal objetivo pueda alcanzarse —lo que, por sus dificultades prácticas, parece de imposible realización inmediata— debe mantenerse el criterio actual punitivo, sin consideración a los factores delictuales, sino en casos muy caracterizados y notables.

Hay quienes desean orientar la legislación penal a la eliminación de la “predeterminación de la pena”, mediante la llamada “sanción indeterminada”, aplicada por medio del arbitrio judicial. Y hay quienes pretenden, aún, eliminar el rígido marco de la ley que enumera taxativamente los hechos que deben reputarse delictuales, para entregar al juez una relativa facultad de apreciación de la ilicitud y punibilidad de cualquier acto.

Ha habido, todavía, quienes han solicitado la dictación de una legislación dual, punitiva y preventiva, con miras a una futura eliminación o modificación de la primera.

La naturaleza del presente trabajo no nos permite mayores comentarios sobre este aspecto de las leyes penales, pero lo dejamos insinuado, para poner de manifiesto las grandes dificultades y los innúmeros problemas que representa todo intento legislativo en materia penal.

5.—Debemos, por lo tanto, otorgar nuestro elogio a la Comisión que en breve tiempo ha formulado y publicado un Proyecto definitivo y acabado para poner nuestra vieja legislación más de acuerdo con las nuevas orientaciones y eliminar gran parte de sus defectos .

Naturalmente que, como toda obra humana, el Proyecto es susceptible de críticas y disidencias, las que iremos exponiendo al analizar cada materia de la reforma.

Perseguimos, de este modo, dar publicidad al Proyecto y, al mismo tiempo, aportar, aunque en escasa medida, algunas ideas que, sopesadas a su vez por otros, contribuyan a la construcción jurídica de esta reforma del Código Penal de 1874, de urgentísima necesidad.

## II

6.—El Proyecto de reforma que comentamos, fué elaborado por la Comisión designada en el Decreto Supremo N.º 2.729 de 15 de Junio de 1945, del Ministerio de Justicia, que lleva las firmas de don Juan Antonio Ríos, como Presidente de la República, y de don Enrique Arriagada Saldías, como Ministro del ramo.

Dicha Comisión quedó integrada por las siguientes personas: El Ministro de Justicia, que la preside; el Ministro de la Corte Suprema don Gregorio Schepeler; los Ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago don Luis Agüero y don Franklin Quezada; el ex-Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago don Ernesto Bianchi Tupper; el Juez del Séptimo Juzgado del Crimen de Santiago don Gustavo Montero; el Presidente del Instituto de Ciencias Penales don Luis Cousiño Mac-Iver; el Profesor Extraordinario de Derecho Penal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile don Miguei Schweitzer; el Director General de Prisiones don Julio Olavarría Avila; y los Abogados don Eduardo Novoa Monreal y don Abraham Drapkin.

La conformación recién indicada fué muy útil, porque permitió la participación en las discusiones de técnicos en diversos y variados aspectos de la materia a tratarse, como ser magistrados, catedráticos, abogados y especialistas en materia de sistemas carcelarios, los que, desde sus particulares puntos de vista y especialidades, fueron allegando antecedentes de mucho valor para el naciente proyecto.

7.—Es de interés remarcar, desde luego, el texto del Decreto que ordenaba la confección del Proyecto y que fijaba la órbita reformista dentro de la que debían desempeñarse los miembros de la Comisión. Dijo el Decreto: "Designase una Comisión para que estudie y proponga al Gobierno las reformas urgentes que necesita el Código Penal, sin romper la estructura y armonía de sus actuales disposiciones".

De este modo se determinó, precisa y claramente, que el Proyecto debía abstenerse de modificaciones substanciales a la doctrina contenida en las actuales disposiciones del Código, y que debía, por el contrario, conservar su "estructura".

Este margen de acción facilitó notablemente la labor de la Comisión, toda vez que eliminó cualquiera pretensión dirigida a sustituir el sistema jurídico de la legislación vigente, conocido como el "sistema clásico", por otras tendencias modernas totalmente diversas y contradictorias. Si bien puede criticarse como estrecho el margen del Proyecto, debe, sin embargo, tenerse presente lo que anteriormente expresamos, en el sentido que la Cien-



cia Penal pasa por un período crítico en su concreción y, por lo mismo, no todo lo nuevo puede acogerse de un momento a otro y sin mayor estudio.

Por ahora sólo parece prudente mejorar las actuales disposiciones, para ir más adelante, y en forma lenta y evolutiva, a la revisión total de una legislación penal que ha demostrado ser ineficaz para los fines que fué creada y ajena al sentimiento jurídico de la época.

Sin embargo, debemos dejar constancia, desde luego, que la restricción impuesta no ha impedido que la Comisión haya discutido e introducido ideas y fórmulas de corte moderno que le dan al Proyecto prestancia y singularidad, y le hacen, en general, acreedor de favorables comentarios.

### III

8.—Constituída la Comisión el 26 de Junio de 1945, en la Sala de despacho del señor Ministro de Justicia, acordó organizar el trabajo por medio de sesiones plenarias y subcomisiones especiales, evitando en lo posible la excesiva división de labores, a fin de uniformar al máximo el criterio de reforma por la acción conjunta de sus miembros. Una primera sub-comisión tuvo a su cargo fijar la pauta o esquema general de la reforma. Una segunda, designada posteriormente, tendría la misión de ordenar el "estilo" del texto aprobado por la Sesión Plenaria.

Se acordó tener presente en los trabajos y deliberaciones los antecedentes del estudio iniciado por el Instituto Chileno de Ciencias Penales para reformar el Código Penal, y el Proyecto del Libro Primero del Código Penal elaborado por la Comisión de Magistrados, según consta de las Actas Oficiales de la misma Comisión reformadora.

9.—La Comisión celebró veintiuna sesiones plenarias y la primera subcomisión, treinta y siete. Y en el lapso de seis meses y días dió término a sus labores, aprobando el texto completo del Proyecto que reforma el Libro Primero del Código Penal, cuyo análisis iniciamos en seguida, a través de sus diversos artículos.

#### IV

##### 10.—Modificaciones al artículo primero:

- a) **Texto vigente:** "Es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley" (inciso primero).
- b) **Proyecto:** "Es delito toda acción u omisión dolosa penada por la ley" (inciso primero).
- c) **Modificación:** Se sustituye la palabra "voluntaria" por "dolosa".

11.—El primer problema suscitado a los reformadores fué el inciso primero del artículo primero del Código, que contiene la tan vapuleada definición del delito, que desde su formulación ha sido materia de duras críticas y de innumerables dificultades jurisprudenciales, a pesar de la no despreciable opinión de don Javier Fernández, contemporáneo de los legisladores del 74, en el sentido de que "esa definición es perfecta por su claridad, y es compresiva de todo lo que es materia de esta legislación penal".

Sin entrar en detalles, impropios de la extensión y naturaleza de estos comentarios, conviene, sin embargo, recordar que el propio don Javier Fernández había avanzado opinión, para manifestar que la palabra "voluntaria" que emplea el texto vigente "es una voz compleja, comprensiva de varias ideas". Pues bien, esta complejidad ha sido motivo de la reacción contraria que ha tenido el texto legal y ante lo cual se han alzado los reformadores en el Proyecto que venimos comentando.

Pero la verdad es que la actual definición puede ser tachada, no sólo por el empleo de una palabra "compleja en su sentido", sino también por el hecho de querer decir mucho y no decir nada, según veremos más adelante.

12.—Limitándonos al Proyecto, volvemos sobre el término "voluntaria" que ha sido eliminado de la definición. Estamos de acuerdo en esta eliminación, porque viene a zanjar la estéril discusión sobre si importaba su existencia el reconocimiento del principio del "libre albedrío" o un mero concepto psicológico de una



facultad mental humana. La supresión del término comentado es, pues, del todo conveniente. No por eso dejará el elemento "voluntad" de constituir requisito de la definición, puesto que va insito en los términos acción u omisión, toda vez que éstos significan "actos humanos voluntarios", con lo que se excluyen los hechos de los seres irracionales como objetos de la ley penal.

Sin embargo, nos adelantamos a advertir que no somos partidarios de la reforma en cuanto sustituye la palabra eliminada por la de "dolosa", según explicaremos más adelante.

13.—Pero hay que resolver, previamente, la cuestión tratada en el seno de la Comisión, en el sentido de si era conveniente mantener en general la actual definición o si se iba a una definición nueva, conforme a las fórmulas técnico-jurídicas modernas. Sobre este particular prevaleció la opinión de "no entrar en una definición técnica del delito, por su poca importancia práctica y por la natural dificultad de dar y precisar la naturaleza y el alcance de lo antijurídico y de comprender los conceptos de dolo y culpa.

Disentimos del criterio de la Comisión, porque hoy en día el Derecho Penal, después de dar tumbos entre diversas tendencias, se enfila rectamente a su meta definitiva; y desprendiéndose de aquella vaguedad jurídica que ha sido su característica durante tantos años, encuentra en la dogmática y en la técnica su más fiel expresión.

El "delito" es una fórmula juridico-penal que contiene una serie de elementos, esenciales los unos, secundarios los otros. Hablamos dentro del campo de la ley, dogmáticamente; lo que es el delito para la ley vigente. No podemos referirnos a conceptos del delito que digan relación con la Criminología u otras formas de las Ciencias Penales, ni con el delito natural de los positivistas ni tampoco con formulaciones abstractas Carrarianas. Todo ello implicaría salirse del ámbito del estudio de la "ley" penal.

Los elementos del delito son: la acción (comprendida en ella la omisión); la antijuridicidad; la culpabilidad; la adecuación; y la tipicidad. Estos elementos pertenecen y dan vida jurídica a la fórmula que llamamos delito; todos le son esenciales, vitales a su existencia. No temo ser tachado de "snob" al partir de este predicamento, porque en la actualidad él es plenamente aceptado

**PROYECTO DE REFORMA DEL C. PENAL CHILENO**

**217**

por la Doctrina, enseñado en la Cátedra, y aplicado por la Judicatura.

14.—Aceptado, pues, que tales elementos componen el delito, parece ciertamente indispensable que si quiere definírsele deben indicarse los elementos que lo componen, ya que en ello consiste la acción de "definir". De modo que, fraseando los elementos del delito para dar un concepto de lo que "es", habrá de decirse: "El delito es la acción humana realizada contra el Derecho, con intención dolosa o culpa, y correspondiente a una descripción idéntica de la ley penal".

En la propia Comisión, una voz se levantó para pedir una definición técnica del delito. Don Luis Cousiño Mac-Iver dijo, en la segunda sesión plenaria —atacando la presunción de dolo—, que habría sido mejor definir el delito en forma técnica y no mantener el actual inciso primero del precepto en discusión, y puso de manifiesto la conveniencia que había en formular la definición que insinuaba.

15.—Y el señor Cousiño Mac - Iver tenía, naturalmente, toda la razón.

La actual definición pretende mucho y no alcanza nada. Decir que el "delito es lo penado por la ley" es caer en la redundancia de incluir lo definido en la definición. Ella no da, por otra parte, noción alguna de los elementos que componen al delito, los que resultan ignorados o negados.

No reconoce la existencia de la antijuridicidad. Al referirse solamente a las acciones dolosas olvida a las "culposas" que también son formas punibles de la culpabilidad. Y, finalmente, incluye en la definición del delito, como elemento propio, a la "pena", en circunstancias que la pena es sólo la consecuencia del delito, o sea, el resultado de la suma de todos los elementos que forman este último.

La definición de la Comisión no dice a nadie lo que es un delito y únicamente invita o impele a hurgar en el Libro Segundo del mismo Código, para ver cuáles actos están allí sancionados y, con ayuda de algunas disposiciones dispersas, llegar a la conclusión de que tal o cual acto constituye un delito.

Nadie discute que el delito es el hecho penado en la ley; pero de allí nadie deduce cuáles son los elementos que lo integran, más aún, puede hasta discutirse que si bien el delito es el acto penado en la ley, no todo lo penado por la ley es delito; y así, por ejemplo, matar a otro está penado en la ley y, sin embargo, puede no ser delito por haberse realizado justificadamente, por razón de legítima defensa. Todavía más, la misma ley pena actos que nadie puede estimar como "delito", a saber: ciertas contravenciones a ordenanzas municipales. Y como si fuera poco, al decir que es delito lo penado por la ley, sin explicar a qué ley se refiere, no permite distinguir entre las sanciones civiles y las penales, produciendo mayor confusión de conceptos y materias. Este punto han tratado de solucionarlo las legislaciones de Uruguay y Ecuador, definiendo qué es ley penal.

En suma, la Comisión, al no ir a la definición técnica del delito, ha mantenido en nuestra legislación un grave error de sistema y un temor reverencial a los nuevos y ventajosos conceptos de las Ciencias Penales.

16.—Por el contrario, la utilidad de la definición que proponemos se aprecia rápidamente en los siguientes aspectos: a) Se da una definición correcta, científica y jurídicamente considerada; b) se incluye en la ley penal una sistemática para su interpretación y aplicación; c) se adopta un método adecuado a la Ciencia Penal; d) se delimita el ámbito objetivo y jurídico del delito, facilitando a los Jueces el proceso de subsunción del hecho a la ley; e) se da base a la formación de la "teoría jurídica del delito" en la ley penal chilena; f) se incluye el elemento de la "tipicidad", de fundamental importancia para el procedimiento en la diferenciación e investigación de los delitos; como igualmente para la teoría del iter-criminis, del concurso, y de inúmeros problemas de los casos penales; g) la inclusión de la antijuridicidad favorecerá la solución de las cuestiones relativas a las circunstancias eximentes, que por la reforma sufren notable modificación; h) especialmente beneficiada será la eximente que se refiere al ejercicio de un derecho y cumplimiento legítimo de un deber; i) la culpabilidad dará lugar a soluciones viables en materia de dolo y culpa, de tanta importancia para la esencia de nuestra legislación, en

**PROYECTO DE REFORMA DEL C. PENAL CHILENO**

**219**

lo que dice relación con la responsabilidad del sujeto; y j) por último, la adecuación a una figura legal, dará margen a la distinción clara y precisa de los tipos y figuras delictivas de la parte especial del Código.

17.—Es indudable que no se divisan inconvenientes para aceptar lo que propugnamos, sobre todo si se tiene en cuenta que tal definición está científicamente elaborada, doctrinariamente aceptada y jurisprudencialmente aplicada desde hace largo tiempo en nuestro país.

Lo dicho es sin perjuicio de que la redacción misma de la definición pueda sufrir las modificaciones que se estimen convenientes para su mayor claridad y comprensión, porque más vale no dar definición alguna, si ésta no ha de ser correcta.

**(Continuará)**

\* \* \* \* \*