

REVISTA DE DERECHO

PUBLICADA TRIMESTRALMENTE POR LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES DE LA
UNIVERSIDAD DE CONCEPCION
Y EL COLEGIO DE ABOGADOS DE CONCEPCION

DIRECTOR: ORLANDO TAPIA SUAREZ

Direc. y Administración: ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

AÑO XVII CONCEPCION, (Chile), OCTUBRE - DICIEMBRE DE 1949 N.º 70

INDICE

VITTORIO EMMANUELE ORLANDO	
El Abogado (Conclusión)	435
RAMON DOMINGUEZ BENAVENTE	
La filiación en el Proyecto que propone diversas modificaciones al Código Civil Chileno (Conclusión)	445
HECTOR BRAIN RIOJA	
Observaciones al Proyecto de Reforma del Código Penal Chileno (Continuación)	463
Vigésimo-quinto aniversario de la Legislación Social Chilena ...	475
Jornadas de Ciencias Penales	495
COLEGIO DE ABOGADOS DE CONCEPCION	
Extracto de las sesiones del H. Consejo Provincial correspondientes al segundo semestre de 1949	501
JURISPRUDENCIA	
<u>Corte Suprema</u>	
Juicio de Hacienda	509
<u>Corte de Apelaciones de Concepción</u>	
Terminación inmediata de Contrato de Arrendamiento	585
Rendición de Cuentas de Gastos	591
Guía Profesional	I

HECTOR BRAIN RIOJA

OBSERVACIONES AL PROYECTO DE REFORMA DEL CODIGO PENAL CHILENO

(Continuación)

28.—Nuevo artículo séptimo.—El Proyecto agrega, a continuación del actual artículo 6.o, un nuevo artículo que viene a ocupar el lugar del 7.o en vigencia que se refiere a la tentativa y frustración.

En verdad, el artículo agregado o intercalado no es totalmente nuevo, sino que constituye una traslación del actual artículo 18, más un pequeño pero importante agregado.

Texto vigente (artículo 18 actual): "Ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración.

"Si después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término, se promulgare otra ley que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento".

Proyecto: (nuevo artículo 7.o): Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración. Si después de cometido el delito se promulgare otra ley que exima al hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa deberá arreglarse a ella su juzgamiento o el cumplimiento de la sentencia".

Modificación: a) cambio de la numeración y ubicación del artículo;

b) Supresión de la frase "y antes de que se pronuncie sentencia de término"; y

c) Agregación de la frase "o el cumplimiento de la sentencia".

En el texto legal vigente se autoriza la aplicación de la nueva ley sólo antes de la sentencia de término, esto es, mientras el sujeto está procesado. Se respeta así el valor de cosa juzgada del fallo judicial que pone fin al proceso en todas sus instancias.

El Proyecto, en cambio, autoriza la aplicación de la nueva ley aún después de dictada la sentencia de término, cuando ya el reo está cumpliendo su condena o cuando deba iniciarse su cumplimiento.

29.—Es interesante aclarar si esta disposición favorable al condenado puede valer también para aquel que no esté cumpliendo su condena, ya sea por haber huído, o por estar favorecido por alguna de las circunstancias legales que la suspenden o modifican, como son el indulto, la condena condicional o suspensión de pena, y la libertad condicional.

En el silencio del Proyecto, creemos que su espíritu es amplio para favorecer al reo en todo caso. Jurídicamente, no se ve motivo alguno para excepcionar los casos propuestos. Prácticamente, tendría como única razón sancionar a aquellos que anduvieren huyendo de la justicia. Pero aún en este caso, conviene recordar que el Código Penal vigente, en su artículo 93, acepta la prescripción como medio de eliminar la condena, y el artículo 103 le otorga al reo que ha huído una atenuante muy calificada si se presenta o es habido antes de completar el tiempo de la prescripción de la pena, pero habiendo enterado ya la mitad del que se exige por la ley para tal prescripción.

En cuanto a la violación de la cosa juzgada del fallo de término, estimamos que no es motivo de resistencia al Proyecto, toda vez que no hay razón para tratar de modo distinto a un procesado de un condenado si ambos han incurrido en igual falta, y que la ina-

PROYECTO DE REFORMA DEL C. PENAL CHILENO

465

movilidad del fallo de término es absoluta. En efecto, en la legislación vigente hay variados casos en que la existencia de un fallo firme y ejecutoriada no impide la alteración de la pena. Así ocurre, por ejemplo, con el recurso de revisión para los errores judiciales; con el recordado artículo 103 que autoriza disminuir la pena ya impuesta por efectos de la prescripción incompleta; y con el indulto, la amnistía y la libertad condicional, otorgadas por autoridades distintas de las judiciales, que alteran lo establecido por una sentencia de término.

En consecuencia, justo es reconocer que la modificación propuesta merece plena aprobación.

30.—Eliminación del delito frustrado.

Texto vigente: (artículo 7.o): "Son punibles, no sólo el crimen o simple delito consumado, sino el frustrado y la tentativa.

"Hay crimen o simple delito frustrado cuando el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consume y esto no se verifica por causas independientes de su voluntad" (incisos 1.o y 2.o).

Proyecto: (artículo 8.o): "Es punible no sólo el crimen o simple delito consumado, sino también la tentativa (inciso 1.o).

Modificación: a) en el inciso primero actual se eliminan las palabras "el frustrado" y se agrega la expresión "también";

b) Se suprime todo el inciso segundo.

La fórmula del delito frustrado, denominado también, en unión de la tentativa, imperfecto, es creación del penalista italiano Romagnosí, quien, conforme a la idea central del Derecho Penal Clásico, consideró que entre la tentativa y la consumación podía distinguirse un tercer momento del "iter-criminis" del delito, diverso de ambos y equidistante de los extremos tanto en su aspecto subjetivo como en el objetivo; y que, por lo mismo, el individuo sorprendido en tal momento debería recibir mayor pena que en el

delito intentado y menor que en el consumado, toda vez que su grado de responsabilidad era particular a su caso.

31.—Hoy día parece ser opinión generalizada la de que esa fórmula jurídica adolece de sutilezas de tal magnitud que en la práctica es poco menos que imposible darle aplicación; y por otra parte se estima que no existe razón valedera para distinguir con tal exageración el grado de responsabilidad entre la tentativa y la supuesta frustración, por una parte, y entre esta última y la consumación, por la otra.

Los conceptos del Derecho Penal Moderno omiten la diversificación de grados de responsabilidad fundada en el "iter-criminis", o en los estados subjetivo de la intención y objetivo del desarrollo material de los acontecimientos criminosos, considerando más especialmente, para graduar la responsabilidad y la pena consiguiente, la naturaleza del delito, el grado del daño, y el peligro potencial del agente.

Estos nuevos conceptos, unidos a las dificultades de hecho que se presentan en la utilización de la fórmula de la frustración, mueven, naturalmente, a celebrar la reforma proyectada y propiciar la eliminación de dicha fórmula por innecesaria y perjudicial.

32.—Ampliación del concepto de la tentativa.

Texto vigente: (inciso 3.º del artículo 7.º): "Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento".

Proyecto: (inciso 2.º del artículo 8.º): "Hay tentativa desde que la persona da principio a la perpetración del crimen o simple delito por hechos de acción u omisión dirigidos inequívocamente a su consumación, sin que ésta llegue a realizarse".

Modificación: a) Se sustituye el término "culpable" por el de "persona";

b) Se sustituye el vocablo "ejecución" por "perpetración";

c) La palabra "directos" se elimina, como también la frase: "pero faltan uno o más para su complemento"; y

PROYECTO DE REFORMA DEL C. PENAL CHILENO

467

d) Se agrega la frase: "de acción u omisión dirigidos inequívocamente a su consumación, sin que ésta llegue a realizarse".

Como se desprende fácilmente de los textos recién transcritos, la modificación signada con la letra d) es la más importante de todas y tiene, por una parte, la finalidad de comprender a los actos de "omisión", delitos sobre los cuales habían nacido dudas para considerarlos susceptibles de intento punible; y por otra, la de cubrir, con la ampliación de los términos, los vacíos que podían producirse con el desaparecimiento del concepto de la frustración, objetivo que se obtiene con la eliminación de la frase final del texto actual: "faltando uno o más para su complemento", que se sustituye por aquella que dice: "sin que ésta llegue a realizarse".

Por último, el Proyecto logra mayor claridad en la diferenciación de los "actos de tentativa", con los "actos preparatorios, secundarios o indirectos", por naturaleza equívocos para demostrar el fin perseguido por el sujeto; a cuyo efecto emplea la expresión "dirigidos inequívocamente".

Las modificaciones fueron tomadas, según se dejó constancia en actas, del Proyecto del Instituto de Ciencias Penales, y consideramos que, de ser ellas aprobadas, vendrán a solucionar una serie de problemas, especialmente de orden práctico y judicial, que actualmente se suscitan en el proceso de subsunción de los hechos no consumados en todos los Tribunales de la República.

33.—Desistimiento de la tentativa.

Proyecto (inciso del artículo 8.o): "El que se desistiere de la tentativa, espontánea y eficazmente, o de igual modo impidiere la producción del resultado, quedará exento de toda sanción, sin perjuicio de la que pudiera corresponderle por los hechos ya ejecutados".

Modificación: Se introduce íntegramente este inciso nuevo. El texto actual del artículo 7.o del Código Penal no contiene disposición alguna relativa al desistimiento en general de la tentativa.

La omisión del Código Penal ha sido seriamente reprochada, porque a la fecha en que se promulgó este cuerpo legal en Chile, ya existía en España, —origen de nuestra legislación penal—, el Código del año 1870, que reconocía y reglamentaba esta circunstancia eximente por impunidad. Con mayor razón se ha criticado este olvido legislativo, cuando se tiene presente la existencia en el mismo Código de ciertas disposiciones de orden particular que reconocen al arrepentimiento eficaz el valor de una circunstancia eximente, como sucede en el caso de los delitos contra la seguridad interior del Estado, por ejemplo.

34.—El examen de la disposición del Proyecto permite señalar algunos de sus más importantes aspectos, a saber; a) desistirse de la tentativa importa una circunstancia que exime de sanción; b) la ley separa el caso del desistimiento propiamente tal, del impedimento del resultado, como circunstancias distintas en sí mismas; c) se exige espontaneidad y eficacia para ambos; y d) se respeta la punibilidad por los delitos cometidos mediante los hechos ya ejecutados.

Pero más allá del delito consumado existe la figura jurídica del llamado "delito agotado", debida a los penalistas italianos, que es aquel delito consumado en que el sujeto logra el fin que se propone a través de sus actos.

De aquí entonces que habremos de reconocer que puede haber delitos consumados y a la vez agotados, como también que pueden existir delitos consumados pero no agotados. Así; por ejemplo, para consumir el delito de homicidio es necesaria la muerte de la víctima, que es a la vez el fin que se proponía el delincuente, y en tal caso coincide la consumación con el agotamiento de la figura. Pero paralelamente existe el caso de la injuria, en que para su consumación sólo se exige la realización del acto, a saber, que se profiera una palabra o se ejecute una acción con el fin de deshonrar a otro, sin que sea necesario que esa finalidad se alcance; proferida la palabra o ejecutada la acción con el fin propuesto, el delito está consumado, aunque no agotado. Estará agotado si efectivamente se logra el objetivo perseguido, esto es, si el delincuente consigue deshonrar a sus víctima; porque puede no lograrlo si aquellos que le escuchan no creen en sus palabras.

PROYECTO DE REFORMA DEL C. PENAL CHILENO

469

Pues bien, el Proyecto dice que se considerará circunstancia eximente desistirse de la tentativa, eficaz y espontáneamente, "o de igual modo impedir la producción del resultado", y tratándose de los delitos consumados pero no agotados es posible impedir la producción del resultado, como sería el caso del injuriante que desdiciéndose oportuna, espontánea y eficazmente, impide la deshonra de su anteriormente ofendido.

La Sub-Comisión dejó expresa constancia de que, en lo tocante al desistimiento de la tentativa, se había acogido la redacción dada por el Proyecto del Instituto de Ciencias Penales a que antes se ha aludido.

35.—Es interesante anotar que el desistimiento tiene el aspecto jurídico de una excusa absolutoria, que elimina la pena siempre que concurren los requisitos de la espontaneidad y la eficacia; lo que en otros términos significa que él debe realizarse: voluntariamente, sin presión externa, motu proprio; y que este desistimiento espontáneo produzca el resultado de impedir que los actos de ejecución iniciados no tengan mayores consecuencias y se detengan en ese instante.

Este sentido que le damos a la palabra "eficazmente", empleada por los reformadores, lo deducimos, no de las actas, porque no hay constancia de ello, sino de la naturaleza misma de lo que es el desistimiento en materia penal, por cuyo motivo los penalistas lo llaman, también, "arrepentimiento eficaz", queriendo dar a entender así que no basta el mero arrepentimiento subjetivo, sino que es preciso que éste se materialice suspendiendo la continuación del acto o la producción de sus consecuencias.

Por lo dicho, ha de estimarse que el agregado de los reformadores, en el sentido de que también quedan exentos de pena los que "de igual modo impidieren la producción del resultado"— en lo que a tentativa se refiere—, ya estaría comprendido en la fórmula de la "espontaneidad y eficacia".

36.—Acerca de este agregado, las actas publicadas no estampan su alcance, su finalidad, ni el pensamiento de los reformadores, motivo que nos impide comentarlo más extensamente.

Pero él da lugar, sin embargo, a una interrogante: ¿Se ha querido comprender en la frase antes transcrita aún el caso de un delito consumado legalmente, si bien no materialmente agotado?

Porque con la reforma —según se ha expuesto—, el "iter-criminis" queda reducido a dos momentos: tentativa y consumación. Hay tentativa mientras no se produzca la consumación; todo el período anterior a la consumación es tentativa, salvo los llamados "actos preparatorios o secundarios", no punibles.

Nos preguntamos entonces: ¿es que en tal caso habría desistimiento de un delito consumado y podría el sujeto quedar exento de pena?

37.—Antes de pretender una respuesta, conviene recordar que también nacen las mismas dudas al recordar aquella tan conocida y discutida clasificación de los delitos en "materiales y formales", denominados por algunos autores "delitos de actividad y delitos de resultado" y por otros, "delitos de lesión y delitos de peligro", clasificaciones y denominaciones que, aunque discutidas en doctrina, han sido empleadas por la jurisprudencia en múltiples ocasiones, con bastante utilidad y conveniencia.

Ejemplos de delitos de lesión, de resultado o materiales son el homicidio, las lesiones, etcétera, en que la ley pena el resultado producido por el acto de la persona; y ejemplo del otro grupo, formado por los delitos de peligro, actividad, o formales, es la "asociación ilícita", en que la ley pena no las consecuencias del acto, sino el acto mismo, con prescindencia de su resultado.

Cabe, entonces, preguntarse si los reformadores han querido hacer extensivo el concepto del desistimiento para aquellos casos de delitos formales, de peligro o de simple actividad, en que el agente que realizó el acto delictivo trata, espontánea y eficazmente, de "impedir la producción del resultado".

En todos los eventos propuestos se produce la interrogante anotada, en razón de que el texto de la reforma emplea la expresión "impedir el resultado", lo que nos llevaría a distinguir los grupos delictivos anteriormente ponderados. Porque —ya lo dijimos—, si no se pensó en aquéllo y sólo se trató del desistimiento de los delitos intentados, tal frase o fórmula del desistimiento ya estaba comprendida en los términos "espontánea y eficazmente".

PROYECTO DE REFORMA DEL C. PENAL CHILENO

471

De consiguiente, en teoría se originan estas dificultades de interpretación del texto proyectado en la reforma.

38.—De acuerdo con el texto de nuestra ley penal, también se suscitan problemas semejantes, porque si bien el Código no reconoce expresamente las clasificaciones anteriormente descritas, existen delitos que corresponden a uno u otro grupo.

En la redacción actual del Código Penal se establece, para algunos delitos determinados, la fórmula del desistimiento como excusa absolutoria, en forma específica y excepcional.

Así ocurre en el artículo 295, al tratar de las asociaciones ilícitas; en el artículo 8.º, relativo a la conspiración y proposición de delito; en algunos delitos cometidos por empleados públicos; en ciertos delitos relativos a la familia y a la moralidad pública; etcétera, en todos los cuales se exime de pena, precisamente, si el agente impide la producción del resultado, porque sólo se trata de delitos formales, de peligro o de actividad.

De manera que la actual legislación penal chilena contempla el arrepentimiento eficaz como excusa absolutoria, pero lo hace para casos determinados, con el carácter de regla excepcional, aplicable sólo en aquellos delitos en que dicha eximente se encuentra expresamente establecida y que son, precisamente, los que hemos llamado "de peligro".

¿Se ha querido ampliar en el Proyecto, el alcance de esta excusa a todos los delitos formales, o de peligro o de actividad, convirtiéndola en la regla general?

En realidad no se puede dar una respuesta exacta sin conocer previamente el pensamiento de los reformadores, y como tal pensamiento no aparece estampado en las actas publicadas, no es dable interpretarlo.

Pero puede sí advertirse que si esa fué su intención, la forma en que ha sido manifestada produce dificultades de interpretación, por cuanto la frase comentada: "impedir el resultado", fué inserta en el artículo que trata del desistimiento de la tentativa, lo que indicaría que sólo se está reglamentando el desistimiento de ésta, no permitiéndose, por consiguiente, ampliar el concepto para aquellos casos de delitos consumados cuyo resultado puede ser impedido por el agente.

39.—Dificultad semejante acarrea la parte final del inciso que comentamos, que dice: "sin perjuicio de la pena que pueda corresponderle por los hechos ya ejecutados", la que nos conduce a la conclusión de que el acto mismo constitutivo de delito consumado formal —injuria, por ejemplo—, debe recibir la pena correspondiente; de donde resulta que el delito consumado siempre se castigaría.

De todo lo expuesto se infiere que la frase contenida en el inciso 3.º del artículo 8.º del Proyecto de reforma que dice: Se extirpá de pena "al que de igual modo impidiere la producción del resultado", no tiene un sentido claro; produce dificultades de interpretación; lleva a la distinción entre delito formal y material, de lesión o de peligro, de resultado o de actividad; todo lo cual, sin la constancia en las actas de la idea o intención del legislador, habrá de significar graves problemas de interpretación para los Jueces que deban en definitiva aplicar la disposición comentada.

40.—Para solucionar lo que estimamos problema, creemos que hay dos caminos: uno, eliminar la frase cuestionada; y otro, explicar ya sea en las actas o en el texto mismo del precepto su verdadero significado y alcance.

Si acogemos el primer camino no perjudicamos el desistimiento de la tentativa, porque —según ya hemos dicho— en la frase "espontánea y eficazmente", y especialmente en la última palabra, queda subentendida la necesidad de que el arrepentido "impida la producción del resultado". Eso sí que, de este modo, eliminamos la posibilidad del desistimiento en los delitos consumados formales, como regla general, sin perjuicio de mantener el criterio del Código, de considerarlo en cada caso particular.

Si adoptamos la segunda solución, estableceremos la fórmula del desistimiento para estos delitos de actividad, formales o de peligro. En tal evento, podemos vernos abocados a un segundo problema: entregar a los jueces la determinación —difícil— de calificar si el delito es susceptible de tal desistimiento por tener la calidad de formal o de actividad, o, por el contrario, de si no es aplicable el desistimiento por tratarse de un delito de resultado o de lesión. De otro modo, habría necesidad de precisar en la ley la

PROYECTO DE REFORMA DEL C. PENAL CHILENO

473

clasificación de estos delitos, dándole al juez la pauta para el proceso de calificación.

Estas dificultades que nos presenta la segunda solución nos inducen a preferir la eliminación de la frase cuestionada, dejando para la parte especial del Código la determinación de la procedencia del desistimiento en cada delito en especial.

41.—Por último, en lo que a desistimiento de la tentativa se refiere, cabe agregar que la frase final del inciso 3.º del artículo 8.º de la reforma, que expresa: "sin perjuicio de la pena que pueda corresponderle por los hechos ejecutados", tendrá un sentido y alcance definitivos una vez aclarada la idea anteriormente expuesta sobre el "impedimento del resultado".

Por ahora, haciendo omisión de aquel problema y limitándonos sólo al delito intentado, diremos que ello significa que los actos que constituyen la tentativa, o sea, los que configuran el "principio de ejecución por hechos de acción u omisión" pueden, a pesar de no continuarse, recibir alguna sanción, porque a su vez podrían constituir delitos específicos, independientes del delito intentado por el arrepentido. Así, el individuo que se propuso cometer el delito de incendio en la casa de su víctima y después de pegar fuego a una parte pequeña de la misma se arrepiente e impide la continuación del siniestro, puede quedar afecto, si no a la pena por el delito de incendio, por lo menos a la pena por el delito de daño.

Repetimos que mayores comentarios a esta fórmula sólo pueden hacerse una vez resuelto el problema que se enunció anteriormente, del "impedimento del resultado" en los delitos consumados.

(Continuará)

* * * * *