

# REVISTA DE DERECHO

AÑO XVIII

ENERO - MARZO DE 1950

N.º 71

**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**

## **JURISPRUDENCIA**

### **CORTE SUPREMA**

#### **CONTRA WALTER EICHHORN Y OTROS**

#### **HURTO**

#### **Casación en el fondo**

**APLICACION DE LAS PENAS — INFRACCION DE LEY — ARTICULO 68 INCISO 3.º DEL CODIGO PENAL — REBAJA DE LA PENA — AMPLITUD DE LA REBAJA — FACULTAD DISCRECIONAL — CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES — CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES — GRADOS DE LA PENA — INTERPRETACION DE LA LEY PENAL — TENOR LITERAL — ELEMENTO GRAMATICAL — ORIGENES DE LA LEY — HISTORIA FIDE-DIGNA DEL ESTABLECIMIENTO DE LA LEY — DISPOSICION FACULTATIVA — PRECEPTO IMPERATIVO — ACTAS DE LA COMISION REDACTORA DEL CODIGO PENAL — INTENCION DEL LEGISLADOR — HECHOS EXTRAÑOS AL DELITO — VALOR DE LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATORIAS DE RESPONSABILIDAD**

**DOCTRINA.**—No concurriendo dos circunstancias atenuantes en favor del reo, no puede presentarse problema alguno con respecto a la probable infracción, por parte de los sentenciadores, del artículo 67 inciso 4.º del Código Penal, por cuanto la aplicación de esta norma presupone dos atenuantes por lo menos.

Es facultativo o discrecional, y no imperativo u obligatorio para los Jueces, aplicar la rebaja de la pena a que se refiere el inciso 3.º del artículo 68 del Código Penal en los casos que este mismo precepto legal contempla, o sea, cuando en favor del reo concurren dos o más circunstancias ate-

nuantes y no hay ninguna agravante.

En efecto, el citado precepto expresa que cuando la pena señalada por la ley consta de dos o más grados ... "si son dos o más las circunstancias atenuantes y no hay ninguna agravante, el tribunal "podrá imponer" la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo de los señalados por la ley, según sea el número y entidad de dichas circunstancias".

El tenor literal de la disposición antes transcrita expresa con entera claridad el alcance y significado de la ley. La frase: "El tribunal podrá imponer la pena inferior" ..., significa que puede o no hacerlo; que se le confiere una facultad para que lo haga; facultad, tanto para imponer la rebaja, como para decretarla en la amplitud que estime justa, pues una y otra cosa abarca el verbo que rige la proposición; facultad, en fin, que se regula por el número y entidad de las circunstancias concurrentes, dentro del margen de uno a tres grados.

El Código Penal en muchas ocasiones emplea las palabras transcritas del artículo 68 u otras parecidas, en las disposiciones que rigen el juego de las circunstancias atenuantes y agravantes, y como, además, las contrapone a

menudo a expresiones que denotan orden o mandato de hacer o no hacer algo, se destaca con mayor claridad el significado del concepto. Así ocurre, entre otros, en los artículos 65, 66, 67 y 68 del citado Código.

Es patente la diferencia del lenguaje de la ley al referirse, en las disposiciones citadas, a una u otra de las dos situaciones que en ellas considera.

Cuando la pena aplicable queda dentro de los límites asignados por la disposición pertinente al delito respectivo, el Código "ordena": "la aplicará", dicen los artículos 65 y 67; "debe aplicarla", "la impondrá", expresa el artículo 66; "no aplicará", prescribe el artículo 68.

Cuando la pena o parte de ella queda fuera de esos límites, en función de una rebaja o de un aumento determinados por circunstancias modificatorias de la responsabilidad, el Código "faculta": "podrá aplicar", dice el artículo 65; "puede imponerla", "podrá imponer", el artículo 66; "puede recorrer", "podrá imponer", "puede aplicar", el artículo 67; y "podrá recorrer" y "podrá imponer", agrega el artículo 68.

Tampoco puede aceptarse la interpretación según la cual, de acuerdo con el inciso 3.º del

## APLICACION DE LAS PENAS

61

artículo 68, lo facultativo para los jueces no es la rebaja, la que sería obligatoria, sino la extensión en que ella ha de hacerse, pues esta afirmación no aparece ni se desprende del sentido natural y obvio de las palabras de la ley. Para que así ocurriese, el artículo 68, en el inciso en examen, donde preceptúa que el tribunal "podrá imponer" la pena... debería decir que "el tribunal "impondrá" la pena inferior en uno, dos o tres grados, según sea el número y entidad de dichas circunstancias".

Así también se deduce del estudio de la historia fidedigna del establecimiento de la ley, y principalmente del alcance del artículo 74 inciso 5.º del Código Español de 1850 —de donde parece haber sido tomado en lo pertinente el artículo 68— y de las Actas de la Comisión Redactora del Código Penal, en las cuales se deja constancia de que "en el artículo 75 se limitó la facultad del juez para bajar sólo dos grados en vez de tres, cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes calificadas y se dejó como facultativa esta reducción en lugar de establecer la obligación para los tribunales de hacerla en todo caso". Y así como se acordó para un artículo se hizo con los demás, pues, según se ha visto, en todos

los que van desde el 65 al 68 del texto definitivo del Código, cada vez que la ley contempla una rebaja o un aumento de la pena más allá de sus límites precisos, en razón de circunstancias atenuantes o agravantes, emplea palabras que expresan facultad.

Hay también varias otras prescripciones de la ley que ponen más de resalto el significado de la diferencia de lenguaje usado en las diversas situaciones que estos artículos contemplan (artículos 51 al 54, 72 y 73 del Código Penal).

Y las razones que el legislador tuvo en vista para no hacer obligatoria la rebaja de pena que se viene considerando, son obvias: las circunstancias atenuantes o agravantes son de ordinario hechos extraños al delito, que por su naturaleza no tienen un valor uniforme, determinado y absoluto que permitiera valorarlas de antemano en forma definitiva; una sola, en un caso, puede tener más valor que muchas en otro diverso y a la inversa. De esta relatividad deriva que no obstante haber ordenado el Código tantas veces al tribunal que aplicara una pena distinta de la preestablecida, no estimó prudente hacerlo en este caso y se limitó a facultar al juez para que él decretara o no

la rebaja o el aumento, según las circunstancias, y en el grado que las mismas lo aconsejen (\*).

Santiago, nueve de Marzo de mil novecientos cincuenta.

Vistos:

1.o) Que la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 2 de Diciembre de 1946, escrita a fojas 224, condena entre otros a Walter Eichhorn y a Zenón Peralta a la pena de quinientos cuarenta y un días de presidio, como autores de hurto a la Sociedad Anónima Fermo-Química del Pacífico. Lo hurtado por

(\*) En este mismo sentido se pronunció la Excelentísima Corte Suprema, en sentencia recaída en el recurso de casación en el fondo interpuesto en el proceso por homicidio seguido en contra de Juan Lucero Lucero, sentencia que se dictó con fecha 4 de Abril de 1949. Cabe agregar —como dato interesante al respecto— que el Ministro titular don Alfredo Larenas Larenas, que en aquella oportunidad discrepara de la opinión de la mayoría, en el fallo que ahora publicamos en estas columnas se ha adherido a la referida opinión.

Tanto el mencionado fallo de 4 de Abril de 1949, como el voto disidente del señor Ministro Alfredo Larenas Larenas, fueron publicados en el Número 69 de esta *Revista de Derecho*, Julio-Septiembre de 1949, páginas 377 y siguientes.—  
Nota de la Dirección.

## REVISTA DE DERECHO

el primero sería de un valor inferior a mil pesos (es superior, pero hay un error en el fallo de la Corte que no ha sido reclamado y carece de influencia) y favorece al reo una atenuante; lo apropiado por el último excede de aquella cantidad y se le reconocen dos atenuantes. Dejan constancia los jueces de que no hacen uso de la facultad de rebajar la pena a Peralta por no estimarlo digno del beneficio, en razón de los hechos que señalan;

2.o) Que los reos promueven sendos recursos de casación en el fondo, fundados en la causal primera del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal.

Sostiene Eichhorn que, además de su buena conducta no discutida, ha debido aceptársele la atenuante del N.º 9.º del artículo 11 del Código Penal, y luego, disminuirse la pena en uno o dos grados, conforme lo dispone el artículo 67 inciso 4.º del mismo Código, precepto que sólo hace facultativa para los jueces la extensión de la rebaja —en uno o dos grados,— pero no la rebaja misma. Al no procederse en esta forma, se han violado las dos disposiciones antedichas.

Peralta, por su parte, apoyado en una interpretación análoga del



## APLICACION DE LAS PENAS

63

artículo 68 inciso 3.o, estima infringido este precepto, por no haberse rebajado la pena en uno, dos o tres grados, en virtud de las dos atenuantes que lo favorecen;

3.o) Que para negar a Eichhorn la existencia de una segunda circunstancia atenuante, en cuyo mérito éste apoya el primer fundamento de su recurso, los jueces afirman que además de la confesión, obra en contra suya la inculpación de sus co-reos Peralta y Sepúlveda. No impugna el recurso el hecho de haberse producido estas declaraciones, afirmación, por ende, inamovible, si bien se dice que ellas no constituirían cargos, sin fundar el aserto en forma alguna.

La ley considera que hay motivo para atenuar la pena asignada al delito, "si del proceso no resulta contra el reo otro antecedente que su espontánea confesión"; los jueces afirman que ese "otro antecedente" existe, pues dos procesos aseveran haberse concertado con aquél para cometer el delito. Como estos dichos pueden constituir presunciones judiciales, según lo dispuesto en el artículo 464 del Código de Procedimiento Penal, aparece infundado el cargo de haberse cometido error en la calificación de hechos

constitutivos de circunstancias atenuantes prevista en el N.o 1.o del artículo 546 del mismo Código, en relación con lo dispuesto en el artículo 11 N.o 9.o del Código Penal;

4.o) Que descartada la concurrencia de una segunda circunstancia atenuante para Eichhorn, desaparece el problema de la infracción del artículo 67 inciso 4.o del Código Penal hecha también valer en su recurso, por cuanto la aplicación de esta norma presupone dos atenuantes por lo menos, y es una sola la que se acepta al recurrente. Sea cualquiera, pues, la forma en que se resuelva el caso similar propuesto por el otro reo, deberá desecharse el recurso de aquél;

5.o) Que, como acaba de verse, Zenón Peralta sostiene que viola el artículo 68 inciso 3.o del Código Penal la sentencia que, no obstante reconocerle dos circunstancias atenuantes y ninguna agravante, no rebaja, en forma alguna, la pena asignada por el Código al delito de hurto que se le imputa, rebaja que sería obligatoria para los jueces y no facultativa.

Dispone el sobredicho precepto que cuando la pena consta de

dos o más grados, ... "si son dos o más las circunstancias atenuantes y no hay ninguna agravante, el tribunal **podrá imponer** la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo de los señalados por la ley, según sea el número y entidad de dichas circunstancias";

6.o) Que el tenor literal de la disposición transcrita expresa con entera claridad el alcance y significado de la ley. "El tribunal **podrá imponer** la pena inferior..." significa que puede o no hacerlo; que se le confiere una facultad para que lo haga; facultad, tanto para imponer la rebaja, como para decretarla en la amplitud que estime justa, pues una y otra cosa abarca el verbo que rige la proposición; facultad, en fin, que se regula por el número y entidad de las circunstancias concurrentes, dentro del margen de uno a tres grados;

7.o) Que no una, sino muchas veces, el Código emplea las palabras transcritas del artículo 68, u otras parecidas, en los artículos que rigen el juego de las circunstancias atenuantes y agravantes, y como, además, las contraponen a menudo a expresiones que denotan orden o mandato de hacer o no hacer algo, se destaca con

mayor claridad el significado del concepto. "Cuando la ley señala una sola pena indivisible", dice el artículo 65, "la **aplicará** el tribunal sin consideración a las circunstancias... Pero si hay dos o más atenuantes... **podrá aplicar** la pena inmediatamente inferior en grado". Si se trata de pena compuesta de dos indivisibles, dice el artículo 66, y no hay circunstancias modificatorias de la responsabilidad, el tribunal **puede imponerla** en cualquier grado; si sólo hay una atenuante **debe aplicarla** en su grado mínimo; si es sólo una agravante, **la impondrá** en su grado máximo; y si hay dos o más atenuantes y ninguna agravante, **podrá imponer** la inferior en uno o dos grados. Si la pena es un grado de una divisible, agrega el artículo 67, el tribunal **puede recorrer** toda su extensión al aplicarla; si sólo hay una atenuante o una agravante **la aplicará**, según el caso, en el mínimo o en el máximo; si hay dos o más atenuantes y ninguna agravante **podrá imponer** la inferior en uno o dos grados y si ocurre lo contrario **puede aplicar** la pena superior en un grado. Y, por último, el propio artículo 68, además del párrafo recordado en el fundamento quinto, dispone que en los casos por

## APLICACION DE LAS PENAS

65

él regidos, si no hay circunstancias que modifiquen la responsabilidad, el tribunal podrá recorrer toda la extensión de la pena; si hay sólo una atenuante o una agravante no aplicará en un caso el máximo, ni en el otro el mínimo, y si hay dos o más agravantes y ninguna atenuante podrá imponer la pena superior en un grado

8.o) Que es patente la diferencia del lenguaje de la ley al referirse en las disposiciones transcritas a una u otra de las dos situaciones que en ellas considera. Cuando la pena aplicable queda dentro de los límites asignados por la disposición pertinente al delito respectivo, el Código ordena: "la aplicará", dicen los artículos 65 y 67; "debe aplicarla", "la impondrá", expresa el artículo 66; "no aplicará", prescribe el artículo 68. Cuando la pena o parte de ella queda fuera de esos límites, en función de una rebaja o de un aumento determinado por circunstancias modificatorias de la responsabilidad, el Código faculta: "podrá aplicar", dice el artículo 65; "puede imponerla", "podrá imponer", el artículo 66; "puede recorrer", "podrá imponer", "puede aplicar", el artículo 67, y "podrá recorrer" y "podrá imponer", agrega el artículo 68;

9.o) Que Peralta en su recurso, al igual que el otro reo, asevera que lo facultativo para los jueces, no es la rebaja, que sería obligatoria, sino la extensión en que ha de hacerse, pero esta afirmación no aparece, ni se desprende del sentido natural y obvio de las palabras de la ley. Para que así ocurriese, el artículo 68, en el inciso en examen donde preceptúa que el tribunal "podrá imponer" la pena..., debería decir que "el tribunal impondrá la pena inferior en uno, dos o tres grados, según sea el número y entidad de las circunstancias"; impondrá significa rebaja imperativa, que como el recurso lo afirma resultaría facultativa en la extensión, en cuanto ésta se gradúa por las circunstancias concurrentes.

Tal era, conviene recordarlo, el alcance del artículo 74 inciso 5.o del Código Español de 1850 (artículo 82 del Código de 1870) de donde parece haber sido tomado en lo pertinente el artículo 68; pero basta comparar nuestra ley con su modelo, para apreciar la diferencia en el punto en examen. Decía el Código Español: "Cuando sean dos o más y muy calificadas las circunstancias atenuantes y no concurra ninguna agravante, los tribunales impondrán la pena inmediatamente inferior a la



señalada por la ley, en el grado que estimen correspondiente, según el número y entidad de dichas circunstancias”;

10.o) Que esta diferencia aparece ya en las Actas de la Comisión Redactora del Código Penal, en donde al discutirse el grupo de artículos que se viene considerando se deja constancia (Sesión 136) de que: “En el artículo 75 se limitó la facultad del juez para bajar sólo dos grados en vez de tres, cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes calificadas y se dejó como facultativa esta reducción, en lugar de establecer la obligación para los tribunales de hacerla en todo caso”. Y así como se acordó para un artículo se hizo con los demás, pues, como se ha visto en todos los que van desde el 65 al 68 del texto definitivo del Código, cada vez que la ley contempla una rebaja o aumento de la pena más allá de sus límites precisos, en razón de circunstancias atenuantes o agravantes, emplea palabras que expresan facultad;

11.o) Que pone más de resalto el significado de la diferencia de lenguaje usado en las diversas situaciones que estos artículos contemplan, el recuerdo de otras

prescripciones de la ley. Cuando el Código atenúa el rigor de la sanción, sea por una menor participación del reo en el delito (cómplices o encubridores), sea por un grado más bajo en la ejecución del hecho o en sus consecuencias (frustrado o tentativa), invariablemente dice en los artículos 51 al 54: que la pena “se impondrá” en uno, dos, tres o cuatro grados inferiores a la asignada por la ley al crimen o simple delito. Cuando sanciona al menor de veinte años y mayor de dieciséis, el artículo 72 vuelve a decir que “se le impondrá” una pena discrecional, pero siempre inferior en dos grados por lo menos al mínimo señalado por la ley, y cuando alude en el artículo 73 a la eximente incompleta, prescribe que “se aplicará” la pena inferior en uno, dos o tres grados a ese mínimo, imponiéndola en el grado que el tribunal estime correspondiente atendido el número y entidad de los requisitos que falten o concurren.

Son claras estas disposiciones y de especial interés en la especie, la última, en la cual se prescribe una rebaja obligatoria en la aplicación y facultativa en la amplitud, y no es necesario recordar que el lenguaje de este artículo no es, como el recurso lo pre-

## APLICACION DE LAS PENAS

67

tende, el empleado por el legislador en el inciso 3.º del artículo 68, que en su concepto expresaría lo mismo;

12.o) Que son obvias las razones para que el Código no hiciera obligatoria la rebaja de pena que se viene considerando. Las circunstancias atenuantes o agravantes son de ordinario hechos extraños al delito. Por su naturaleza no tienen un valor uniforme, determinado y absoluto que permitiera al legislador valorarlas de antemano en forma definitiva. Una, en un caso, puede tener más valor que muchas en otro diverso y a la inversa. De esta relatividad deriva que no obstante haber el Código ordenado tantas veces al tribunal que aplicara una pena distinta de la preestablecida, no estimó prudente hacerlo en este caso y se limitó a facultar al juez para que él decretara o no la rebaja o el aumento, según las circunstancias, y en el grado que las mismas lo aconsejen;

13.o) Que en virtud de las consideraciones precedentes debe desestimarse también el recurso del reo Peralta, pues siendo potestativo para el tribunal aplicar la rebaja en referencia, no existe la infracción en que el recurso se funda.

Visto, además, lo que disponen los artículos 535, 538 y 547 del Código de Procedimiento Penal, y 764, 787, 801 y 809 del de Procedimiento Civil, se declara que no es nula la sentencia recurrida y, en consecuencia, que no ha lugar el recurso, con costas.

Gírese a beneficio fiscal el monto de las boletas de fojas 228 y 232.

Anótese. Devuélvase.

Publíquese en la Gaceta de los Tribunales.

Redacción del Ministro señor Aylwin.

Manuel I. Rivas. — Humberto Bianchi V. — Alfredo Larenas — Miguel Aylwin — Pedro Silva F. — Gonzalo Brañas — Alberto Cumming.

Pronunciada por la Excelentísima Corte, constituida por los Ministros titulares señores Manuel Isidro Rivas, Humberto Bianchi Valenzuela, Alfredo Larenas Larenas, Miguel Aylwin, Pedro Silva Fernández y Gonzalo Brañas Mac Grath y Abogado integrante señor Alberto Cumming. Guillermo Echeverría, Secretario.