Artículo: Observaciones al proyecto de reforma del Código Penal chileno (continuación)
Revista: Nº77, año XIX (Jul-Sep, 1951)
Autor: Héctor Brain Rioja

**REVISTA DE DERECHO**
**UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN**
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

# REVISTA DE DERECHO

AÑO XIX JULIO - SEPTIEMBRE DE 1951 N.º 77

DIRECTOR: SR. ORLANDO TAPIA SUAREZ

COMITE DIRECTIVO:

SRES.
ROLANDO MERINO REYES
ALEJANDRO VARELA SANTA MARIA
JUAN BIANCHI BIANCHI
VICTOR VILLAVICENCIO G.
QUINTILIANO MONSALVE J.
MARIO CERDA MEDINA

ESCUELA TIPOGRAFICA SALESIANA — CONCEPCION

Artículo: Observaciones al proyecto de reforma del Código Penal chileno (continuación)
Revista: Nº77, año XIX (Jul-Sep, 1951)
Autor: Héctor Brain Rioja

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

HECTOR BRAIN RIOJA

# OBSERVACIONES AL PROYECTO DE REFORMA DEL CODIGO PENAL CHILENO

## 3.º DE LA APLICACION DE LAS PENAS

**(Continuación)**

118.—El párrafo de la aplicación de las penas mantiene, en general, su contexto conforme al antecedente de que las sanciones del código vigente son, también, mantenidas, casi íntegramente, por el proyecto de reforma. Hay, sin embargo, algunas modificaciones de interés que conviene destacar, y lo haremos a continuación.

119.—**Atenuantes por eximentes incompletas.**—El sistema vigente regula el valor de las circunstancias atenuantes de responsabilidad a base de dos reglas, a saber: a) una de orden general aplicable a todas las circunstancias atenuantes según la cual ellas disminuyen la pena impuesta por la ley en tantos grados, según sea la naturaleza de la pena y la concurrencia y número de las circunstancias, como su entidad; y b) una especial para ciertas circunstancias atenuantes que son: actos lícitos que causan mal por mero accidente; minoridad; y eximentes incompletas, cuyas reglas se encuentran contenidas en los artículos 71, 72 y 73 del Código Penal vigente respectivamente.

El artículo 73 ha dado lugar a varias interpretaciones contradictorias. Por una parte se le ha querido aplicar a todas las eximentes del artículo 10 cuando no fueren consideradas suficientes para producir el efécto de tales, y por otra, se limita su alcance sólo a aquellas eximentes cuyos requisitos legales se encuentran

Artículo: Observaciones al proyecto de reforma del Código Penal chileno (continuación)
Revista: Nº77, año XIX (Jul-Sep, 1951)
Autor: Héctor Brain Rioja

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



numerativamente indicados. Han dado lugar a esta discordia doctrinaria y jurisprudencial ciertas frases del citado precepto que hablan de "cuando no se reúnan todos los requisitos que se exigen" y "siempre que concurran el mayor número de ellos" que hace concluir en que la idea legislativa exigía un concepto matemático para determinar los más y los menos de estos requisitos.

También ha dado lugar a problemas la cuestión consistente en determinar si puede faltar cualquier requisito o es de rigor, al menos, la concurrencia de uno de ellos, cual sea aquel que se repute el más importante o esencial sin el cual la circunstancia pierde su carácter o se hace imposible.

Para zanjar tales divergencias el Proyecto traza un nuevo texto y establece:

"En los casos de los números 6, 7 y 8 del artículo 11 el tribunal aplicará la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo de los señalados por la ley, siempre que concurra el primero de los requisitos expresados en dichos números y que falte algunos de los otros para eximir de responsabilidad. Para estos efectos se tomará en consideración la entidad del requisito que falte y la personalidad del delincuente.

120.—Claramente se observa en el texto transcrito que los reformadores siguieron la tesis de que sólo es procedente el sistema de la atenuación por eximentes incompletas en el caso de que ellas tengan sus requisitos taxativamente enumerados por la ley, pues los números que citan corresponden a la legítima defensa propia y ajena y al estado de necesidad, los únicos en que concurre esta característica legal.

De consiguiente quedarían fuera todas las demás circunstancias eximentes de manera que si no se les estima, en un caso dado, suficientes para eximir no se convertirían en atenuante según este precepto. Pero conviene, desde luego, advertir que esas eximentes incompletas siempre se convierten en atenuantes al tenor de lo dispuesto en el numerando 9.º del artículo 12 del Proyecto.

Resumiendo: las eximentes incompletas siempre se convierten en atenuantes, pero se dividen, para los efectos a producir, en dos grupos: a) las que tienen regla propia contenida en el reproducido artículo del proyecto y que hacen rebajar varios grados la pena

Artículo: Observaciones al proyecto de reforma del Código Penal chileno (continuación)
Revista: Nº77, año XIX (Jul-Sep, 1951)
Autor: Héctor Brain Rioja

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



legal; y b) las que siguen la regla general de todas las demás atenuantes que lo son por naturaleza.

Participamos plenamente de la reforma porque pone término a una estéril discusión y porque ha elegido como solución la que estimamos justa y sabia al dar mayor preponderancia entre las atenuantes a aquellas que como eximentes son también las más importantes y que por serle exigidos muchos requisitos es, realmente difícil configurarlas en los hechos, y por lo tanto, bien vale, que al menos, tengan como atenuante un significado especial y rebajen, efectivamente una pena que, de otro modo, podría resultar injusta por lo excesiva.

121.—Introduce, además, el Proyecto la idea nueva de que el Juez para rebajar en más o menos grados la penalidad por efectos de las eximentes incompletas específicas debe atender a la "personalidad del delincuente". Si bien participamos de tan moderna concepción debemos hacer dos observaciones.

En primer lugar consideramos que la personalidad del delincuente debe ser tomada en consideración, no sólo, para estas atenuantes específicas, sino también, en todas las circunstancias atenuantes. No se divisa razón en contra que apoye las diferencias que el proyecto estampa.

Y en segundo lugar pensamos en la conveniencia de eliminar el término "delincuente" de la frase proyectada para calzar más exactamente con la idea que la misma frase trata de introducir. Porque si vamos por el camino moderno de lo penal debemos usar los términos apropiados para ello que indican la conveniencia de vilipendiar, lo menos posible, a los autores de hechos que se consideren ilícitos. El término "delincuente" resulta inadecuado para el caso, cuando se está tratando de "atenuarle" la pena a quien, naturalmente, consideramos, de antemano, acreedor a esta bondad sobre todo si lo hacemos porque ha estado envuelto en un hecho en el cual pudo no haber tenido responsabilidad ya que su "eximente" existió, aunque incompleta.

122.—**Concurso de delitos.**—Trata el Proyecto de uniformar los textos de los actuales artículos 74 del Código Penal y 509 del de Procedimiento Penal, mediante el nuevo texto que se da al proyectado artículo 59 que dice:

Artículo: Observaciones al proyecto de reforma del Código Penal chileno (continuación)
Revista: Nº77, año XIX (Jul-Sep, 1951)
Autor: Héctor Brain Rioja

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



"Al culpable de dos o más delitos se impondrán todas las penas que le correspondan. El sentenciado cumplirá todas sus condenas simultáneamente, siendo posible; cuando no lo fuere o si de hecho hubiere de resultar ilusoria alguna de las penas, las sufrirá en orden sucesivo, principando por las más graves, o sea las más altas de la escala respectiva, excepto las de extrañamiento y relegación las que se ejecutarán después de haber cumplido cualquiera otra de las penas comprendidas en la escala gradual número uno. No obstante lo dispuesto en el inciso anterior, el Tribunal podrá aplicar, aumentada en uno, dos o tres grados la pena que resulte mayor al considerar aisladamente cada delito, si este procedimiento fuere más favorable al reo. Si los diversos delitos tuvieren señalada como única pena la de multa se estará a lo dispuesto en el inciso primero".

Las actas, lamentablemente, no consignan mayores antecedentes sobre la discusión y pensamiento de los señores integrantes de la Comisión de Reforma, lo que impide explicar con detalle la historia fidedigna del establecimiento de la norma. Desde luego, podemos sin embargo, advertir que ella importa un cambio de aspecto dentro del problema del concurso de delitos.

En efecto el concurso material de delitos (real) no aparece enfocado desde su propio ángulo, sino que se ve mirado desde el lado de la pena. Resulta así del contexto mismo de la norma transcrita que elimina toda consideración a la unidad de los delitos concursados a la inversa de como lo hace el actual artículo 509 del Código de Procedimiento Penal. En el texto proyectado se parte de la base que los delitos son varios y que, por lo tanto, la primera consecuencia es la variedad de las penas, para enseguida, acumular las penas, en virtud, exclusivamente de un principio de bondad en favor del reo. Esta acumulación de las penas del inciso segundo, no obedece, pues, en el texto comentado, a otra consideración jurídica o aspecto científico del concurso de delitos en sí mismo, como que pudiera ser una consecuencia de una figura legal de los delitos reiterados que en ciertos casos, aunque de apariencia muchos, resulta de mejor contextura jurídica hacerlos uno solo. Para el Proyecto los delitos son varios, múltiples, plurales y por lo tanto no deben ser acumulados o concursados. Sólo

Artículo: Observaciones al proyecto de reforma del Código Penal chileno (continuación)
Revista: Nº77, año XIX (Jul-Sep, 1951)
Autor: Héctor Brain Rioja

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



puede acumularse la pena para favorecer al reo, imponiendo una menor de la que resultaría de la suma de todas.

La solución seduce por su simplicidad y puede tentar como fórmula legal práctica y útil. Sin embargo mantenemos reservas frente al aspecto doctrinario y jurídico del problema que se plantea en estas preguntas: ¿significa que el Proyecto acepta como norma jurídica y legal la vulgar acepción de que la ley debe siempre favorecer al reo? ¿la acepta como principio general? ¿la acepta como principio particular sólo para este caso?

De otro lado, también nacen dudas sobre si el Proyecto pretende desconocer la posibilidad jurídica del concurso real de delitos y de su acumulación o de la absorción de los delitos más leves por los más graves; o si solamente ha omitido pronunciamiento sobre el particular.

La reforma, en consecuencia, llega al mismo resultado a que llegan las actuales disposiciones, sólo que parte de un punto de vista jurídico diferente, con los inconvenientes anotados.

123.—**Delito continuado.**—Una de las más interesantes reformas que propone el proyecto es la introducción del precepto, totalmente nuevo, que legisla sobre el delito continuado, al decir en su artículo 61:

"Se sancionarán como un solo delito, con el máximo señalado por la ley, todos aquellos hechos penados por una misma disposición legal, que en su ejecución respondan a un dolo inicial único. Si la ley atiende para regular la pena al monto del perjuicio, para calificar y penar el delito continuado se atenderá a la suma total de ese perjuicio".

La jurisprudencia de nuestros Tribunales ha suplido en la actualidad la ausencia de un precepto semejante en la legislación vigente y ha reconocido la figura de la continuación como un fenómeno jurídico digno de considerarlo como variante en el concurso de delitos. Los tratadistas, uniformemente, afirman su existencia y reclaman por su reconocimiento legal.

El Proyecto adopta una fórmula jurídica para configurar el delito continuado que debe tenerse por acertada ya que reúne los dos elementos fundamentales del caso, esto es: dolo incial único, que se mantiene o continúa a través de varios hechos sucesivos

Artículo: Observaciones al proyecto de reforma del Código Penal chileno (continuación)
Revista: Nº77, año XIX (Jul-Sep, 1951)
Autor: Héctor Brain Rioja

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



y materialmente independientes; y ofensa de un mismo derecho o interés protegido por la ley que identifica los hechos aparentemente distintos.

Estos elementos explican y justifican que varios hechos, aparentemente independientes sean calificados como un solo delito y penado con una sola sanción, porque la unidad se manifiesta en aquellos dos aspectos y la pluralidad sólo en las acciones materiales. Estas acciones materiales no pueden ser determinantes de la naturaleza jurídica de los hechos, porque son secundarias frente al derecho y a la norma penal. Prima, pues, sobre esta variedad de "hechos" la unidad de la norma violada y la unidad del dolo que mueve al acto. El caso que corrientemente se indica como ejemplo de un delito continuado, es el de las "estafas reiteradas" en que un empleado sustrae repetidas veces y por los mismos medios los dineros de su empleador.

124.—Es de advertir que la reforma omite allegar otros elementos que en doctrina son exigidos para configurar la "continuación" como ser: determinado tiempo; igualdad de medios de ejecución; identidad de personas; y otras que buscan precisar con el máximo de exactitud la unidad del dolo, esencial para el caso. Pero nosotros participamos del criterio del Proyecto porque, en verdad, esos elementos y otros que pudieran agregarse, más que elementos de la figura delictiva, son medios de prueba o demostración de la unidad del dolo y que por lo mismo no deben formar parte de los requisitos substantivos del delito continuado.

125.— Disentimos del Proyecto en cuanto pretende imponer "el máximo" de la pena impuesta por la ley al delito continuado ya que esta agravación no concuerda con la unidad jurídica del delito, ni con las reglas generales que sobre aumento o disminución de pena reconoce la ley y puede dar lugar a serios problemas cuando entren a jugar aquellas circunstancias en un caso determinado. Estimamos conveniente o aclarar que tal precepto es sin perjuicio de las reglas generales o eliminar tal agravación de la pena.

**(Continuará)**

* * * * *