

REFLEXIONES PENALES: EL ANTEPROYECTO DE CODIGO PENAL

Por: Dr. Jorge E. Zavala Baquerizo

ABREVIATURAS

A lo largo de esta exposición haremos uso de las abreviaturas siguientes:

ANTEPROYECTO DE LA PEQUEÑA COMISION	APC
PROYECTO ZAMBRANO.....	PZ
PROYECTO RENGEL	PR
CODIGO PENAL.....	CP
CODIGO CIVIL	CC
CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL	CPC
CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL	CPP
CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA	CPR

II

A MANERA DE INTRODUCCION

1. Ante todo es necesario que establezcamos de manera precisa nuestro pensamiento en relación con la función social de la pena. Hemos dicho en alguna de nuestras obras que la pena, normalmente, no tiene efecto disuasivo, ni como prevención general, ni como prevención especial. También hemos sentado el principio que a mayor socialización, menor necesidad de punición; y a menor socialización menor efecto disuasivo de la pena. En la primera hipótesis casi es inútil la pena; en la segunda, es indiferente su presencia. Lo dicho nos lleva a concluir que la socialización es un factor determinante para que el hombre se exima de cometer delitos, los mismos que se acrecientan a medida que la socialización del grupo humano, o del individuo, desciende.

Lo anterior se puede traducir en un comentario de Alessandro

Reflexiones Penales: El Anteproyecto de Código Penal

Baratta, quien en su obra "Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal", dice que "antes de hablar de educación y reinserción es, pues, menester hacer un examen del sistema de valores y modelos de comportamiento presentes en la sociedad en que se quiere reinsertar al detenido. Tal examen no puede, creemos, sino llevar a la conclusión de que la verdadera reeducación debería comenzar por la sociedad antes que por el condenado".

Pero el anterior comentario nos puede llevar a la decepcionante conclusión que es inútil cualquier reforma penal mientras no cambien "los valores y modelos de comportamiento" de la sociedad; lo que, a nuestro modesto entender, no debe ser aceptado tan radicalmente.

2. Estamos de acuerdo que la reforma penitenciaria -entiéndase bien: la reforma penitenciaria—, en la fase post-carcelaria, encuentra uno de los grandes escollos prácticos, pese a la tecnificación y humanización del sistema, en que el penado que ha sido preparado para su reinserción en la sociedad, se encuentra en que ésta no le brinda oportunidad alguna, y que sus medios familiar e inmediato social no han variado, por lo que, por lo general, el ex-penado, si no recae en la comisión del delito, vegeta ante la incertidumbre de su futuro y el de su familia.

No basta, pues, reformar el sistema penitenciario en sí, sino que es necesario que, previa, o paralelamente, la sociedad eleve su nivel económico y de socialización, pues, de lo contrario, los efectos prácticos de cualquier reforma penitenciaria están expuestas al fracaso a corto plazo, al enfrentarse con la realidad socio-económica

3. Ahora bien, lo expuesto no significa que no se debe luchar por la citada reforma penitenciaria, sino que es necesario comenzar la misma en forma tal que la sociedad tome conciencia de que el penado es un sujeto de derechos y de deberes, como cualquier otro ciudadano y que, como tal, merece el trato estatal de acuerdo a su condición humana. Que las cárceles y penitenciarías dejen de ser lugares de hacina-

miento de hombres, sin provecho alguno, ni para la sociedad, ni para el penado. Pero para lograr este fin es necesario que el Estado reduzca la injusticia social al mínimo y ponga a la orden de los órganos penitenciarios respectivos el financiamiento apropiado, sin el cual todo proyecto naufraga en el gran océano de las buenas intenciones.

4. Pero uno es el problema penitenciario y otro, sin lugar a dudas, es el problema de la ley penal. Estamos de acuerdo en que ambos tienen estrecha relación, pero no pueden ser identificados en forma tal de hacer creer que mediante la sola reforma de la ley penal se logra la reforma penitenciaria. Son áreas, aunque cercanas e inmediatas, relativamente autónomas y que, por ende, exigen atención diversa y tratamiento también diverso.

5. A la ley penal se le exige que sea justa en una sociedad plagada de injusticias; la ley penal sólo será justa en una sociedad justa; pero si no es así, como la ley penal refleja la injusticia social, actuará injustamente, de todo lo cual no resulta nada bueno, ni para el Estado, ni para el ciudadano. Pero bien entendido que la sociedad justa no la vamos a encontrar jamás, porque siempre habrá injusticia social, en más, o en menos, pero habrá; y la sociedad no puede excluir la ley penal, porque sin ella jamás podrá subsistir.

6. El Derecho Penal es dinámico, no se ha paralizado nunca, siempre está en marcha, es decir, que continúa y continuará. Por lo tanto, es acientífico y acrítico extender y suscribir, como lo anuncian y piden ciertos criminólogos, que se extienda y suscriba la partida de defunción del Derecho Penal.

7. Lo que debemos procurar todas las personas que estamos inmersas en la ciencia penal -tomando este término en toda su amplitud-, esto es, penalistas, criminólogos, sociólogos, penitenciaristas, etc., que la ley penal sea menos injusta en la injusta sociedad de donde surge y es llamada a regir. No se puede, so pretexto de cumplir con la ley penal, llegar a los excesos; pero tampoco se puede tener como meta la impunidad. No se debe hacer de la ley penal el instru-

mento -principal o secundario- de las tiranías, de cualquier tiranía (política, económica, religiosa, etc.), pero tampoco se puede convertir a la ley penal en un factor criminógeno, estimulando con la impunidad la comisión de los delitos y desalentando a la sociedad en la lucha contra la delincuencia.

8. El mejor CP no es el que tiene más tipos penales en su Parte Especial. Se debe evitar la inflación penal mediante la criminalización estricta de conductas que lesionan bienes jurídicos fundamentales para la supervivencia del hombre y de la sociedad. En cambio, pensamos que se debe prestar mucha atención a la Parte General del CP, a fin de fortalecer las garantías constitucionales y legalizar los derechos humanos de los sujetos pasivos del proceso penal y de la pena. El CP, en su primera parte, debe sentar las normas generales referidas a la filosofía y forma como los jueces penales deben manejar las figuras de delito contenidas en la segunda parte, o Parte Especial; pero no puede ser sede de discursos dogmáticos de tipo alguno que, buenos para fundamentar una tesis, no son de provecho en sede legal.

9. En un miraje general del APC que se nos ha puesto en conocimiento, observamos que la mayor preocupación de los autores del indicado documento ha sido la de legislar fundamentalmente sobre la pena, o "penalidad", como se dice en la propuesta. Se ha tenido, en nuestra opinión, la finalidad de reemplazar, en una u otra forma, la pena de prisión, estableciendo alternativas de diversas clases que, en su oportunidad, analizaremos, aunque sea de manera sintética.

Por otra parte, también observamos que el APC ha omitido el establecimiento de instituciones que, en nuestra opinión constituyen verdaderas garantías para la correcta aplicación de la ley penal. Así, v.gr. no se ha previsto el problema de la causalidad, ni de la concausalidad; se ha omitido tratar sobre los delitos continuados, o los permanentes; se ha ignorado el tratamiento del concurso aparente de leyes penales, habiéndose, inclusive, abolido la norma contenida en el art. 9 del CP vigente, referido al principio de especialidad, que

es uno de los que norma el predicho concurso. Nada se dice sobre los delitos conexos, ni sobre la conspiración, ni sobre la reincidencia, etc., etc. Es decir, se observa que la principal preocupación de los autores del APC ha sido la de dar principal atención a la pena, descuidando el tratamiento de importantes instituciones que deben integrar la Parte General de todo CP.

10. Pero lo que pasan por alto muchos penalistas es que los hombres mas que a la pena como tal le temen es a la "prisión preventiva", esto es, a la pérdida de la libertad. La pena, para la mayoría de las personas, es una cuestión incierta, lo cierto e inmediato es la prisión preventiva, y por tal razón la evita, aunque el sujeto tenga la convicción que no va a ser penado, sino sobreseido o absuelto. El hombre se constituye en prófugo para evitar la prisión preventiva y no para evitar la pena, a la que mira como algo remoto y, a veces, imposible.

III

EL ANTEPROYECTO

11. Pensamos que la redacción del art. 1, APC, deja mucho que desear. Comienza planteando una redacción negativa ("no constituye delito ni contravención ninguna") en forma que afecta el sano entendimiento, pues, con mejor redacción, debió haberse dicho: "No constituye delito, ni contravención, la acción u omisión...", suprimiendo el pronombre indeterminado "ninguna", y la conjunción copulativa "i", que ningún servicio prestan a la redacción propuesta. Opinamos - si se insiste en mantener la redacción referida- que se debería decir: "No constituye delito, ni contravención, la acción u omisión que no estan expresa y estrictamente previstas como tal en ley anterior a su perpetración, ni serán enlazadas con otra pena que la establecida legalmente para ellas".

El enunciado constante en el citado art. 1 no es correcto, no sólo por el aspecto gramatical, que dejamos anotado, sino, además, porque llama a engaño. No es científicamente acertado decir que la acción u omisión, son las "sancionadas" con la pena. La sanción la recibe el

agente de la acción o de la omisión. Por lo dicho nos pronunciamos **porque se** mantenga la redacción del art. 2 del CP vigente, que dice lo que realmente se pretende decir: que nadie puede ser reprimido si es que no se comete un "acto" (acción u omisión) que no se encuentre previsto como infracción por la ley penal; ni la pena será diversa a la que, previamente, ha sido enlazada con la respectiva infracción.

Por otra parte, el artículo que analizamos dice: "... ni será sancionada con otra pena que la establecida legalmente para ella". No se entiende a qué se refiere esta parte de la oración gramatical: si al delito, o a la contravención; o si a la acción o a la omisión. Al utilizar el pronombre personal "ella", se debe entender que se refiere a la acción o a la omisión -substantivos femeninos-, y no al delito o a la contravención, pues en este último caso debería haber usado el pronombre masculino plural "ellos", para comprender tanto al delito como a la contravención. Sin embargo, cuando el APC se refiere a la clasificación de las penas -art. 33- expresa que "las penas se dividen en penas de delitos y penas de contravenciones", por lo que se colige, entonces, que el art. 1 se refiere a los delitos y a las contravenciones, y no a las acciones y omisiones. La no muy precisa redacción antes comentada es lo que ratifica nuestra idea en el sentido que debe mantenerse la redacción del art. 2 del CP vigente que, además, se encuentra en íntima relación con el art. 19, N° 17, lit. c), CPR, y con el art. 158 CPP.

12. Se observa que el APC ha excluido del texto la definición que, de las leyes penales, hace el art. 1 CP vigente, probablemente aceptando el criterio de uno de los autores del APC, quien se pronuncia en contra de las definiciones en las leyes, refiriéndose a las palabras del insigne Jiménez de Asúa, quien afirmaba que las predichas definiciones "nada enseñan a los doctos y no son entendidas por los profanos", aduciendo el miembro de la Pequeña Comisión, que la noción contenida en el citado art. 1 es una definición "pobre e inútil".

Si la idea de los autores del APC era la de suprimir todo aquello que pudiera significar una definición, nos extraña que el art. 1 re-

mate su redacción explicando lo que se debe entender por "ley" en general, la cual —dice— es la "dada mediante el procedimiento consignado al efecto en la Constitución Política de la República". Esta noción es poco feliz, principalmente si se la compara con la contenida en el art. 1 CC, el que expresa que "la Ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita en la Constitución, manda, prohíbe o permite".

Tanto el PZ como el PR han suprimido de sus textos la noción que, de leyes penales, hace nuestro CP en el art. 1. Ya hemos observado que el APC expone como razón para dicha exclusión la inutilidad de las definiciones —pese a que hace uso de ellas a lo largo del APC—; pero no encontramos en los PZ y PR, el motivo que explique dicha supresión.

Nosotros no creemos que la noción que, de ley penal, hace el CP, sea inútil u ociosa, pues no se debe olvidar que el art. 1 CC define de manera general lo que debe entenderse por "Ley", esto es, nos entrega el concepto genérico de Ley, pero dentro de este género, se encuentran infinidad de especies que deben tener sus límites claramente definidos para la mejor comprensión e interpretación de la materia respectiva. Si bien es cierto que se debe entender por "Ley" lo que, al respecto dice, de manera general, el CC, no puede acogerse tal concepto para dar una noción de "ley penal", porque ésta, además de ser una "manifestación de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita en la Constitución, manda, prohíbe o permite", tiene un "plus" que la diferencia de cualquier otra ley y que constituye la diferencia específica que hace que la ley penal no sea igual que la mercantil, o laboral, o tributaria. Y el elemento diferenciador ínsito en la ley penal está dado en la frase: "precepto sancionado con la amenaza de una pena".

Y si el APC y los PZ y PR se refieren, en muchos de sus artículos, a leyes no penales, o a leyes "especiales", o "excepcionales", o "temporales", es necesario precisar, ante todo, cuales son las leyes penales, para luego concretar esas sub-especies llamadas leyes penales especiales, temporales, etc.

Con el respeto que nos merecen las opiniones ajenas, nos pronunciamos por el mantenimiento dentro del CP de la noción que, de la ley penal, hace el art. 1, pues si bien es inútil incluir en el CP la definición de ley en general, no lo es concretar en el mismo lo que debe entenderse por leyes penales, particularmente cuando es necesario fijar los principios y fundamentos que deben regir en cualquier ley penal, general o especial, tal como lo dice el art. 4 APC, el mismo que se refiere a las leyes penales especiales.

Concluimos, pues, afirmando que se deben mantener en su actual redacción los arts. 1 y 2 del vigente CP, en lugar del propuesto art. 1 APC.

13. Nosotros estamos de acuerdo con que el principio de legalidad que rige para el caso de las infracciones, debe también regir la aplicación de las medidas de seguridad, tal como lo dice la primera parte del art. 2 APC; pero pensamos que debe aclararse la parte final de dicho artículo cuando dice: "... o que lo estuviese para supuestos distintos de aquel por el cual se aplique", pues, si no está prevista la medida de seguridad para el hecho delictivo, no debe ser impuesta; y si se refiere a otro hecho para el cual no está prevista la medida de seguridad, tampoco debe ser impuesta. Nos parece inútil la advertencia desde el momento en que, en la primera parte del artículo propuesto se deja constancia del principio de legalidad que debe informar la imposición de tal medida de seguridad post-delictual, por lo que opinamos que la parte final del art. 4 debe ser suprimida.

En el PZ se proclama el principio de "legalidad judicial", por el cual ninguna pena o medida de seguridad se podrá aplicar sino una vez que se encuentre ejecutoriada la sentencia que impuso la pena o la medida de seguridad. En el APC, como se hará presente en su oportunidad, se violenta en varias disposiciones el indicado principio, en abierta contradicción con la garantía constitucional que exige como presupuesto necesario para la ejecución de una sentencia condenatoria que ésta se encuentre ejecutoriada (Art. 19, N^o 17, lit. g).

14. Motivo de preocupación nos provoca el art. 3 APC, cuando en él se afirma que las leyes penales deberán ser "interpretadas" en forma tal que dicha interpretación no contradiga las normas constitucionales y los tratados internacionales.

No nos parece conveniente que se haya suprimido la disposición legal que prohíbe la interpretación analógica y la extensiva —prohibición actualmente contemplada en el art. 4 CP— abriendo las puertas para que el juez penal interprete la ley penal a su leal saber y entender, si es que su personal interpretación —según él— está conforme a la Constitución y a los tratados internacionales. No basta decir, como lo hacen los autores del APC, que "con frecuencia se sostiene que la analogía es un estadio aberrante en los predios del derecho penal", sino que la prohibición, sobre cualquier concepción dogmática, debe concretarse en la ley penal mediante el expreso mandato que prohíba tanto la interpretación analógica como la extensiva.

En el PR se mantiene en toda su severidad el principio de la interpretación restrictiva y la prohibición de la interpretación analógica de las leyes penales. En cambio, en el PZ se echa mano de un sistema dual, pues, por una parte, se hace una declaración (art. 2) en el sentido de que se "debe interpretar restrictivamente las disposiciones legales que definen una infracción punible"; por otra parte se permite la interpretación extensiva cuando se trata de evitar o limitar la aplicación de una pena o una medida de seguridad, aceptando, en este caso, la interpretación analógica, la cual rechaza de manera terminante (art. 3) en los casos expresamente determinados en el texto.

Es indudable que en el PZ se trata de "humanizar" tanto la pena como la medida de seguridad por lo cual es comprensible que se admita la dualidad en la interpretación extensiva que, según el PZ, es perniciosa en unos casos, beneficiosa en otros.

Nos pronunciamos por el mantenimiento de la prohibición de la interpretación extensiva y analógica de la ley penal en todo caso. La fisura que se haga en ella de tal principio puede ser la puerta de en-

trada en los predios de la práctica penal del aluvión de arbitrariedades que pongan en peligro la libertad humana.

15. En lo que se refiere a "la aplicación de la ley penal en el espacio", consideramos aceptable lo expuesto en el APC, dejando a salvo que, en nuestra opinión, no debería extenderse el imperio de la ley penal ecuatoriana al caso de falsificación de monedas extranjeras de curso legal cometida fuera del territorio nacional, pues nos llevaría al extremo de que cada vez que se falsifica en el Perú, por ejemplo, el dólar o el marco alemán, dichos actos delictivos deben ser aprehendidos por la ley penal ecuatoriana, la misma que sólo debe proteger la moneda nacional y, a lo más, la extranjera de curso legal, cuando la falsificación de ésta se cometa dentro del territorio nacional.

Somos de la opinión que en el N° 7 del art. 6 APC, en lugar de decir "el derecho de gentes", debería decir "derecho internacional".

En el N° 8 del mismo artículo debe cambiarse la redacción, para que dicho numeral diga: "Todos aquellos que el Ecuador se haya comprometido a penar por algún tratado internacional".

16. Nos parece que el inciso segundo del art. 8 APC debe suprimirse desde el momento en que abogamos porque se mantenga la redacción íntegra del art. 2 CP, de manera especial, la norma comprendida en el inciso último de dicho artículo.

17. El Capítulo IV APC está destinado a prever sobre "la aplicación de la ley penal en relación con las personas"; y el art. 9, inciso primero, hace una declaración rotunda, repitiendo la garantía constitucional de la igualdad de todos los hombres ante la Ley, al decir que "la ley penal es igual para todos". Sin embargo, ya tendremos oportunidad de hacer presente que tal enunciado no se respeta cuando de la aplicación de la pena se trata.

Nos parece que en el segundo inciso del citado art. 9 se confunde el hecho de "aplicar" la ley penal con el hecho de "procesar" penalmente a una persona. Se dice en el citado inciso que la ley penal no se

"aplicará" a las personas que "el derecho internacional protege en tal sentido"; y luego, de inmediato, se refiere a la inmunidad de los legisladores y de los miembros del Tribunal de Garantías Constitucionales, a los cuales, según el APC, tampoco se les puede "aplicar" la ley penal.

Cuando un Jefe de Estado extranjero, por ejemplo, comete un delito dentro del territorio nacional, no puede ser sujeto pasivo de un proceso penal, por expresa disposición estampada en el CPP; pero cuando un Diputado comete un delito —sea o no flagrante— no es que no se le "aplica" la ley penal, sino que no puede ser sujeto pasivo de un proceso penal hasta tanto no se remuevan los obstáculos legales que, como presupuestos necesarios, impiden el enjuiciamiento penal de un legislador. No se debe confundir "inmunidad" con "impunidad". Aquella se refiere a la protección que debe tener el legislador para poder expresar sus opiniones dentro de la Cámara sin el temor de ser enjuiciado penalmente por lo que dentro de ella diga. Pero el hecho que no pueda ser procesado penalmente, no significa que no se le pueda "aplicar" la ley penal, si es que, v. gr., se levanta la inmunidad por parte del Congreso Nacional (art. 63, in fine, CPR).

Nos pronunciamos por la supresión del segundo inciso del art. 9 por considerar que no corresponde a la realidad jurídica y, además, porque se trata de materia procesal y no sustancial.

18. El Título Segundo APC está referido al "delito en general, de las causas que eximen la responsabilidad penal y de las circunstancias que la modifican". En dicho Título consta el art. 11, el cual merece reparos.

Al tratar de los delitos de comisión por omisión el citado artículo dice: "... cuando la ley conmina penalmente la producción de un resultado, también es punible quien omite evitarlo...". Nos parece que la redacción es muy rebuscada. Ejemplo de sencillez es el actual art. 12 CP, cuyo error consiste en referirse al "acontecimiento" en lugar hacerlo en relación con el resultado, pero que, rectificado tal

error, es absolutamente comprensible. Sin embargo, nos permitimos proponer, para tratar sobre el delito de comisión por omisión, la redacción siguiente: "Quien permita, mediante su omisión, que se produzca el resultado penalmente injusto, teniendo la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo".

El precitado art.11, al referirse a las infracciones de comisión por omisión, fija una condición para su perfeccionamiento, al decir: "...y que la omisión de impedir el resultado sea equiparable, en cuanto a la gravedad, a su producción". No entendemos lo que se quiere decir con la frase que se acaba de transcribir. Que la gravedad de la omisión sea equiparable a la gravedad de la producción del resultado, constituye una galimatías.

En definitiva, nos pronunciamos por mantener la redacción del art. 12 CP, para legislar sobre el delito de comisión por omisión, mejorándola, por lo que, si no se acepta la proposición que antes dejamos planteada, podría decir: "No impedir un resultado injusto cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo".

En lo que se refiere a la conducta omisiva, el PZ hace mención del delito de comisión por omisión en el primer inciso del art. 14, diciendo que "una infracción penal podrá ser imputada por omisión cuando el agente no impida un riesgo o un resultado, que de acuerdo con las circunstancias debía evitar". No nos satisface dicha concepción, pues necesita un complemento que lo entrega el segundo inciso, el cual hace presente cuándo es que una persona "tiene la obligación jurídica de obrar para impedir un acontecimiento", señalando tres reglas que pretenden abarcar todas las posibilidades que se puedan dar en relación con los deberes jurídicos de las personas. Además, hace uso de la palabra "acontecimiento", en lugar del vocablo "resultado", que es lo correcto.

Por su parte, el PR se refiere, en el Capítulo I, del Título III, Capítulo dedicado a tratar de "la clasificación, forma, tiempo y lugar del Hecho Punible", al delito de comisión por omisión, dicen-

do: "Cuando la ley reprime el hecho atendiendo al resultado producido, responderá también quien no lo impidió, si pudo hacerlo de acuerdo con las circunstancias y si tenía el deber jurídico de evitarlo".

Nos parece que la concepción del art. 12 CP vigente debe mantenerse por su claridad y precisión, reemplazando, como antes dijimos, la palabra "acontecimiento" por el vocablo "resultado", pues aquella palabra ingresó a nuestro CP como consecuencia de una mala traducción que hicieron los que copiaron el actual CP de su homónimo italiano de 1930. Con el cambio de esa palabra, nos parece que el precepto del citado art. 12 merece mantenerse dentro de nuestra legislación penal.

19. El art. 12 APC es preocupante, tanto por su confusa redacción, como por el contenido mismo de la indicada disposición.

En efecto, dicho artículo dice que cuando la conducta del agente no provoca "un daño socialmente significativo para algún bien jurídico o sin ponerlo en peligro efectivo", no existe delito. Ante todo, en nuestra opinión, la antes indicada afirmación carece de relevancia para la ley penal por cuanto ésta, en la Parte Especial, describe las conductas antijurídicas que, según el Estado, deben estar enlazadas con una pena. Si las conductas están previstas como infracción y el **agente comete el delito**, el Juez está obligado a imponer la pena correspondiente, sin tomar en consideración si es que la lesión al bien jurídico fue "socialmente significativo", o si dicho bien corrió algún peligro. La norma planteada en el art. 12 es una regla que más conviene que, dogmáticamente, se la haga presente a los encargados de la criminalización, esto es, al órgano encargado de la formación de la ley penal. Si dicho órgano considera que una conducta debe ser criminalizada, sea que no produzca una lesión "socialmente significativa" al bien jurídico, sea que no ponga en peligro dicho bien, el juez penal está obligado a imponer la pena en el caso concreto, salvo que existan especiales causas que enerven la imposición de la pena. Si el agente imputable y culpable adecúa su conducta al tipo de delito previamente establecido en la ley penal, el delito existe y la pena debe im-

ponerse, salvo casos excepcionales referidos al acto, al autor, o a la pena, que enerven **el** respectivo efecto jurídico penal.

Por otra parte, ¿qué debe entenderse por "daño socialmente significativo"? Pensamos que desde **el** momento en que una conducta ha sido prevista como infracción penal subyace **en** ella un "daño" desde el punto de vista social, por lo que el legislador la ha incorporado en la Parte Especial del CP. En consecuencia, podemos afirmar de manera general, que toda infracción penal provoca "un daño socialmente significativo".

Pero, además , debemos preguntar quien es la persona llamada a decidir cuál es la conducta que provoca un "daño socialmente significativo". ¿Será el Juez?. Y si es el Juez, ¿a base de qué elementos de juicio puede llegar a la predicha conclusión?. De acuerdo con el artículo que comentamos, el Juez puede declarar extinguido un delito, o enervar su efecto jurídico cuando, a su leal saber y entender, considere que un delito no ha provocado un "daño socialmente significativo".

Nos pronunciamos por la supresión del art. 12 APC.

20. El art. 13 APC, luego de afirmar que no existe infracción "sin dolo o culpa que han de abarcar el resultado delictivo o cualquier elementos de agravación", termina sentenciando que "en materia penal no hay responsabilidad objetiva".

En la "Presentación del proyecto de Código Penal, Parte General" que nos entrega la Pequeña Comisión, en el N° 2, textualmente se dice: "Se ha eliminado toda forma de responsabilidad objetiva, lo que deviene de inmediato en la desaparición de los **delitos preterintencionales** o calificados por el resultado, en los que existe una especie de simbiosis ilógica entre dolo y culpa, entre representación e intención y culpa por imprudencia, negligencia o descuido" (subraya el original).

Una **de** las cuestiones mas debatidas dentro de la dogmática

e

penal es la relativa a lo que se conoce con el nombre de "delito preterintencional" o "delito ultraintencional". Su estructura ha sido estudiada desde distintos puntos de vista, sin que se haya llegado a un acuerdo que ponga fin a este secular debate. Comenzando porque se cuestiona hasta su propio nombre. Por un lado se dice que es incorrecto llamar "ultra intencional" a esta clase de delitos por cuanto el prefijo latino "ultra" realmente significa "exceso", de lo que se concluye que el delito ultraintencional sería el que contiene un exceso de intención, lo que no es cierto, por lo que sería mejor llamarlo "preterintencional", pues el prefijo latino "praeter" equivale a "fuera", es decir, que el delito preterintencional realmente quiere decir que el resultado está "fuera" de la intención del autor, no en exceso de ella. Lo cierto es que dentro del lenguaje usual del Derecho Penal se utiliza uno u otro vocablo con equivalencia similar, pese a su distinto origen etimológico.

Pero dejando a un lado la no muy útil discusión sobre el nombre del delito, la verdad es que alrededor de él se han elaborado una serie de teorías, entre las cuales se encuentran las que ven en el delito preterintencional una mixtificación de dolo y culpa; o una especie de dolo eventual; o un caso de previsibilidad presunta; o un delito calificado por el resultado; o un caso de responsabilidad objetiva, etc., Como se ha observado, la Pequeña Comisión se adhiere a la teoría por la cual se considera al delito preterintencional una mezcla de dolo y culpa, que debe ser enmarcado, sin otro análisis, dentro de los delitos calificados por el resultado, a los cuales ingresa, a su vez, como delito de responsabilidad objetiva.

Pensamos que el problema bien amerita ciertas reflexiones, pues no se puede soslayar una realidad: la conducta preterintencional **existe en** el mundo de los fenómenos, y es necesario adaptar la letra de la ley penal a las realidades de la vida, cuando estas realidades provocan un daño en bienes jurídicos preponderantes dentro de la sociedad.

El art. 14, CP, reconoce la existencia de dos clases de infraccio-

nes, a saber: la dolosa y la culposa; pero comete el error de decir que la infracción dolosa es intencional, o preterintencional; incluyendo a esta última como infracción dolosa, cuando el mismo CP, al definir lo que debe entenderse por infracción "dolosa preterintencional", expresa que en ella el agente no tuvo intención ("no quiso") provocar el resultado mas grave. Y al describir el homicidio preterintencional, en el art. 455, afirma que este se consuma en el momento en que el agente sin tener "intención de dar la muerte", la provoca. Existe, pues, una manifiesta contradicción entre lo que afirma la actual ley penal respecto al delito preterintencional al considerarlo como delito doloso (en donde existe el "designio de causar daño"), y luego, al concretar la noción del delito preterintencional, expresa que no existe tal intención en el resultado acaecido.

Pero un hecho es innegable: en la realidad se da el caso que las personas, queriendo ejecutar un delito, por falta de previsión de los normalmente previsible, causan un resultado mas grave que el propuesto por el agente. Tal es la conducta preterintencional. Pero **obsérvese que** nosotros incluimos la "previsibilidad" como elemento constitutivo del delito preterintencional y, en consecuencia, el resultado mas grave queda cubierto con la culpa inconsciente. De esta posición dogmática extraemos la concepción del delito preterintencional como delito autónomo, cuya figura podría redactarse diciendo: "El delito es preterintencional cuando el resultado querido excede la intención del agente, siempre que el resultado no querido se provoque por falta de previsión del autor".

Es indudable que las infracciones que encierran un resultado objetivo constituyen un rezago de las primeras épocas del Derecho Penal. Loable es, pues, su supresión en las leyes penales contemporáneas. Pero la supresión en la Parte Especial de todas las figuras consideradas como calificadas por el resultado debe ser hecha con toda precaución. En el caso de las lesiones, el tiempo de curación de las mismas, es tomado por algunos autores como elemento constitutivo del tipo; por otros, como una de las mal llamadas condiciones objetivas de punibilidad; y, en fin, algunos más, lo consideran como una cir-

cunstancia que agrava la pena. En nuestra legislación penal está incorporada la circunstancia del tiempo de curación, como un elemento del tipo, pero no se puede dudar que se trata de un delito calificado por el resultado. Por lo tanto, si se suprime la predicha circunstancia objetiva, el autor de una lesión debe ser penado, cualquiera que sea la gravedad de la lesión traducida en el tiempo de curación o de imposibilidad para el trabajo. Por lo tanto, con el criterio sentado en el APC, la misma pena debe recibir el que hiere a una persona causándole una lesión calculada en veinte días de curación, como el que provoca una lesión cuya curación exige más de seis meses, o el que causa una lesión permanente.

Hubiera sido interesante que los autores del APC hubieran explicado cómo se deben redactar las actuales hipótesis penales referidas a las lesiones y al homicidio preterintencional. Al no hacerlo han dejado un vacío muy grande, pues no basta que se informe de la inteligente decisión de excluir definitivamente de la ley penal todos los delitos calificados por el resultado —entre los que se incluye al delito preterintencional—, sino el tratamiento penal que se debe dar a esas realidades fenomenológicas apprehendidas actualmente dentro de la Parte Especial del CP.

Tanto en el PZ como en el PR se hace una declaración enfática: queda proscrita "toda forma de responsabilidad penal objetiva" (PZ, art.13, inciso final) o "queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva" (PR, art. 5, in fine). Sin embargo, en el PZ se excluye, como en el APC, el acto preterintencional, queriendo ser consecuente con la indicada proscripción; pero en el PR se observa que, en el art. 38 se incorpora, en el Capítulo reservado al tratamiento de la culpabilidad, la conducta preterintencional, como una forma de culpabilidad. Además, al tratar de las lesiones en la Parte Especial, clasifica las mismas de acuerdo con el tiempo de curación de las indicadas lesiones, esto es, en función de la circunstancia objetiva mencionada.

Si se acoge la tesis de la existencia de la "culpabilidad preter-

intencional", además de la dolosa y de la culposa, la posición del PR parece consecuente, pues no se considera a las infracciones preterintencionales como infracciones de responsabilidad objetiva, sino una manifestación sui generis de culpabilidad. Pero si se admite que la conducta preterintencional es una conducta de resultado objetivo, sobra en el PR y es correcta la posición del PZ. Pero si se admite la "culpabilidad preterintencional", el PZ debe incorporar la conducta predicha en el texto.

Ya hemos expresado nuestra opinión respecto a los delitos preterintencionales. No aceptamos que exista una "culpabilidad preterintencional". Lo que existe es una conducta dolosa inicial ejecutada sin la previsión de lo normalmente previsible, esto es, el resultado más grave. Y esta conducta originalmente dolosa, ejecutada imprudentemente, sin prever las consecuencias más graves, fácilmente previsible, es lo que permite la estructuración de una figura de delito especial, que es el delito preterintencional.

Ratificamos, pues, nuestra posición de que debe figurar tal delito preterintencional en el CP, definiéndolo en la Parte General, como hemos dejado expuesto anteriormente.

21. El art. 14 APC entrega un concepto de lo que debe entenderse por dolo en materia penal; y es así como dice que actúa "con dolo el que realiza y quiere un delito o contravención o asiente en su producción". Debemos entender que la persona, cuando ejecuta un acto, primero piensa y luego obra; y no al revés, esto es, como lo dice el citado artículo, que primero la persona obra y luego piensa y quiere.

No nos parece exacto que para que surja el dolo sea suficiente que el agente "quiera" la comisión de la infracción y de acuerdo con ello, obre; sino que es necesario que el agente tenga conciencia, esto es, entienda que su obrar es antijurídico, o contrario de la norma jurídica. El inimputable también "quiere" cometer el delito, pero su conducta no es dolosa en tanto le falte el entendimiento, esto es, la conciencia del injusto de su obrar. De allí es que nos parece mejor elaborada la

concepción del dolo que se encuentra en el inciso tercero del art. 14 CP, cuando al referirse al delito "doloso intencional", expresa que es aquel en que el resultado "dañoso o peligroso" descrito en la ley como infracción "fue previsto y querido por el agente como consecuencia de su propia acción u omisión". A base de esta concepción podríamos definir el delito doloso diciendo: "Actúa con dolo (o dolosamente) quien, con conciencia y voluntad, provoca un resultado previsto por la ley como infracción". En esta noción se encierra tanto la representación (conciencia), como la voluntad (querer) del agente, que son las características que configuran el dolo. Quedan incluidos en la predicha noción tanto el dolo directo de primer grado, como el de segundo y el eventual.

Cuando se refiere el PZ al dolo y a la culpa, define el primero en el art. 15 diciendo que "obra con dolo quien con el fin directo o indirecto de realizar un acto de acción o de omisión descrito legalmente, o de producir un resultado, lo lleva a cabo con conocimiento y voluntad de realización". Y en el inciso segundo se refiere al dolo eventual diciendo que también "responde por dolo quien produce la acción u omisión descrita legalmente, si acepta al menos su producción eventual, aunque no tenga la finalidad de provocar un resultado".

Por su parte, el PR expresa que "la conducta es dolosa cuando el agente quiere la realización del hecho punible o lo acepta, previéndolo al menos como posible". Incluye la definición del dolo y de la culpa dentro del Capítulo reservado a la culpabilidad; y, como se dijo antes, establece una tercera "forma" de culpabilidad, cual es la preterintencional.

Nos parece que la concepción del PZ supera a la del PR, pese a que pensamos que la redacción puede mejorarse, pues se incluye en la predicha noción la conciencia y la voluntad que deben estar presentes en la conducta dolosa.

22. El art. 15 APC, entrega el concepto de culpa, y en el mismo se comprende tanto la culpa consciente como la inconsciente, lo

que nos parece acertado, pues el inciso final del art. 14, CP, sólo hace referencia a la culpa inconsciente, es decir, a la conducta del agente que, por falta de previsión de lo previsible, provoca el resultado delictuoso no querido.

En lo que se refiere al delito culposo, en los PZ y PR, la concepción está ajustada a la realidad, pues se refieren tanto a la culpa consciente como a la inconsciente, diferencia que, es necesaria, como lo dejamos antes expuesto.

23. En el art. 16 APC se establece de manera expresa que toda infracción es generalmente dolosa, salvo los casos en que, de manera expresa, la ley penal prevé como infracción la conducta culposa.

Queda entendido, pues, que el acto injusto penal sólo puede ser doloso o culposo; no ha lugar a la pretendida "culpabilidad preterintencional", propugnada por algunos autores. Pero de esto a negar la existencia del hecho preterintencional, existe mucha distancia. Nosotros nos pronunciamos, como anteriormente lo dijimos, por el mantenimiento, por lo menos, del homicidio preterintencional como figura penal autónoma, en tanto el resultado más grave se encuentre cubierto con culpa inconsciente, esto es, por falta de previsión de lo normalmente previsible.

24. En el art. 17, ib., se fija legalmente el momento de la consumación de las infracciones, al decir que las mismas "se consideran realizadas en el lugar y en el momento de su respectiva manifestación de voluntad". Es cierto que en nuestra actual ley penal no existe una regla que señale el momento de la comisión de la infracción, y de allí la necesidad de llenar este vacío, como lo ha hecho la Pequeña Comisión. Pero al hacerlo se debe considerar la serie de formas como se presentan las infracciones en la realidad.

Todos sabemos que el acto es la manifestación de la voluntad. Por lo tanto, nos parece que el artículo que comentamos debió decir: "en el momento de la ejecución del acto", que, en nuestra opinión, re-

sulta más explícito, que es lo que exige la redacción de los leyes, especialmente penales.

El CPP, al referirse a la competencia de los jueces y tribunales, en el art. 5, N° 1, alude a la "comisión" de la infracción; como igualmente lo hacen los N°s. 2, 3, 4 y 6, queriendo significar con ello el obrar ejecutivo del agente. Por tal razón es que pensamos que el art. 17 APC, debería decir: "Se consideran cometidos en el lugar...", y no "realizados", pues nos parece mas castizo y propio que se diga que la infracción se comete, y no que se realiza.

Pero el problema de la consumación de la infracción penal no es de tan sencilla resolución, como lo pretende el artículo que analizamos. En efecto, existe, por ejemplo, el caso de la tentativa la que, referida al momento de su incidencia penal, se considera "cometida" en el lugar en donde se ejecutaron los actos que demuestran de manera inequívoca la intención delictiva del autor. Si estos actos se han ejecutado en diversos lugares, no se duda que el lugar de la comisión es aquel en que se ejecutó el último acto que integra la tentativa, pues, precisamente, por este último acto es que se puede probar la intención inequívoca del autor. Y así como el caso de la tentativa se pueden poner otros ejemplos en donde el lugar y el tiempo de la comisión no siempre coincide con la "respectiva manifestación de voluntad", como en el caso del delito de injurias por escrito desde una ciudad a otra. De allí es que el N° 7 del art. 5 CPP, se refiera a la competencia del juez del lugar en donde se produce el efecto de un delito cuya actividad se agotó en lugar diverso.

Por lo expuesto, no es suficiente que se diga que se entiende "realizada" una infracción en el lugar y momento de su respectiva manifestación de voluntad, esto es, en el momento y lugar en que se ejecutó el acto, sino que es necesario considerar que la consumación se perfecciona en el momento en que el acto se adecúa al tipo penal respectivo. Diciéndolo así, se comprenderían la mayoría de los casos en que el delito exige diversos lugares y momentos para su consumación.

25. En el art. 18 APC se incluyen "las causas que eximen de responsabilidad penal", comprendiendo en ella la fuerza irresistible, la legítima defensa de la persona y de los derechos propios y ajenos; el estado de necesidad, la inimputabilidad general y particular, así como la permanente y temporal; la no exigibilidad de otra conducta, la minoría de edad, el error de tipo y el error de prohibición invencibles; la "inimputabilidad cultural" y la coacción. Sobre este artículo valen algunas reflexiones.

a) Es loable que el APC haya aclarado el alcance de la legítima defensa, pues actualmente se interpreta el art. 19 CP, en nuestra opinión, equivocadamente, en el sentido de que tal causa de justificación sólo está referida al caso de agresión ilegítima contra la vida del agredido, y no en relación con los otros derechos ínsitos en la persona, como el honor, la libertad y la salud o integridad física. Al establecer el APC de manera expresa que la legítima defensa no se limita al sólo caso de la protección a la vida, sino también a los otros derechos de la víctima, se da fin a la polémica surgida por la interpretación del citado art. 19.

b) También es digno de elogio el que se haya ampliado en el APC la institución del estado de necesidad, pues actualmente el CP la limita al único caso de la lesión al bien jurídico de la propiedad, pero no acepta el estado de necesidad en el caso de la lesión a otros bienes jurídicos más importantes que el de la propiedad, como la vida.

c) La redacción del N° 5 es muy confusa y si bien se puede decir que se refiere a la inimputabilidad en general, deja mucho que desear cuando alude, en la parte final, a aquel que no tiene capacidad "de adecuar su conducta a dicha representación o comprensión", esto es, a la comprensión de la criminalidad de su obrar. Nos parece que dicha disposición merece una total revisión, en cuanto a la forma, para hacerla comprensible.

Cuando el PZ trata sobre la inimputabilidad y sus causas, en el

art. 24, se refiere a las anomalías psíquicas del agente "que le afecten severamente su concepción de la realidad", por lo que "no tenga capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento y determinarse de acuerdo a esa comprensión". Y en el PR encontramos el art. 29 destinado a tratar sobre la "inimputabilidad por trastornos mentales" de una persona por la cuales incapaz de comprender la ilicitud del hecho o determinarse de acuerdo con esa comprensión".

e

Tanto la una como la otra redacción antes citadas, son superiores a la del texto del primer inciso del art. 34 CP; pero nos pronunciamos por la contenida en el PZ por ser más completa que la contenida en el PR.

Lo que observamos tanto en el APC como en los PZ y PR, es que se han suprimido por completo las referencias a la imputabilidad, dando únicamente preferencia a la inimputabilidad y sus causas. Parece que el criterio es que se presume que toda persona es imputable, mientras no se pruebe lo contrario. Pero no es demás que se deje constancia en el CP de lo que debe entenderse por imputabilidad, como lo hace el art. 33 CP, el que declara enfáticamente que deben reputarse "como actos conscientes y voluntarios todas las infracciones, mientras no se pruebe lo contrario; excepto, cuando de las circunstancias que precedieron o acompañaron al acto, puede deducirse que no hubo intención dañada al cometerlo".

En el texto transcrito se establece:

cl) que el acto sólo es punible si el sujeto obró con la capacidad de representación y de querer (imputabilidad); y,

c2) que toda infracción es dolosa, mientras no se pruebe lo contrario.

De esa manera, partiendo de la regla general contemplada en el citado art.33, es que pueden desprenderse las causas de inimputabilidad y, además, la regla general de la presunción de dolo, hasta prueba en contrario (culpa, o caso fortuito).

La deficiencia que observamos en los tres proyectos que examinamos se hace evidente cuando se analizan los respectivos Capítulos que los proyectos dedican a la "imputabilidad". En efecto, tanto el APC, como en el PZ y PR, se refieren a "las causas que eximen de responsabilidad penal", en el caso del APC y del PZ, y a la "imputabilidad", en el caso del PR, sin que hagan mención alguna a lo que debe entenderse por imputabilidad penal. De lo que se infiere que para los autores de dichos documentos, es imputable todo aquel que no es inimputable, lo que no nos parece que sea una posición muy técnica que digamos. Si la inimputabilidad es una excepción, se debe comenzar por establecer la regla general y luego, establecer las causas de inimputabilidad.

d) También se ha legalizado de manera precisa tanto el error de tipo como el error de prohibición, cuando uno y otro tienen el carácter de "invencibles". Sin embargo, al respecto, permítasenos una que otra observación.

En la "Presentación" del APC se dice que "el error de tipo insuperable e invencible" es una "causa de exclusión del delito". No nos parece acertada tal afirmación, pues con el error insuperable e invencible en relación con alguna circunstancia constitutiva de la infracción, no es que ésta se "excluye", sino que el delito se mantiene, existe, porque se ha dado vida a un acto típico y antijurídico, el que no está cubierto con alguna causa negativa, como la ausencia del acto (movimiento reflejo, etc.), o de atipicidad, o de justificación. Lo que sucede es que no ha existido conciencia de la circunstancia constitutiva del delito, como en el caso del que seduce a una menor de catorce años en la creencia que es una mujer de más de dieciseis años, siendo su error insuperable e invencible. El delito no ha desaparecido; lo que no existe es la culpabilidad para cometer el delito más grave que el que realmente se cometió. Por ende, para nosotros, el error de tipo, como el de prohibición, dice relación con la culpabilidad, y no con el delito, entendiendo que, según nuestro criterio, la culpabilidad no forma parte del delito.

En cuanto al error, los proyectos que se analizan, son muy dife-

4,

rentes. En efecto, el PZ destierra definitivamente del texto el clásico principio de que las leyes son conocidas por todos los habitantes del país, estableciendo una presunción de derecho falsa; aceptando el error de tipo y el de prohibición. El PR mantiene "el principio de conocimiento" (art. Y), "excepto en los casos expresamente determinados" en la Ley., Mantiene, en el art. 42, el error de tipo, al cual denomina "error respecto a los hechos". En el art. 42, PR, bajo el sub-epígrafe de "error invencible", hace referencia a que "no es culpable el que por error invencible obrare en la convicción de que el hecho que realiza no está sujeto a pena"; y en el art. 44, se refiere de manera expresa al "error en causal de justificación", diciendo que "no es culpable quien realice el hecho con la convicción errada de que está amparado en una causal de justificación". Pero se debe entender que no se trata del error de prohibición ni lo expuesto en el art. 43, ni lo previsto en el art. 44, pues si así fuera, estaría en contradicción con el "principio de conocimiento" estampado de manera expresa en el art. 2°.

Nosotros somos partidarios del establecimiento en el CP tanto del error de tipo como el de prohibición, por razones que no es el momento expresar.

e) En lo que discrepamos con el APC es en el establecimiento de la supuesta causa que excluye la responsabilidad incluida en el N° 9 del art. 18, en donde se expresa que está exento de responsabilidad penal "el que, por su cultura o costumbres no comprende la criminalidad de su obrar o no se le puede exigir que adecúe su conducta a dicha comprensión". El argumento que nos entregan los autores sobre esta disposición es que "el error de comprensión culturalmente condicionado también está aprevisto como causa de eximición de la responsabilidad (art. 18 N° 9) lo cual resulta coherente en un país en el que la población indígena con sus respectivos usos y costumbres, es porcentualmente importante". Ni una palabra más.

La inclusión de esta causa entre las que eximen de responsabilidad penal se puede fundamentar, según sus inspiradores, en que se deben respetar los usos y costumbres de ciertas comunidades indíge-

nas. Por ende, si en una colectividad aborígen se acostumbra, por ejemplo, a sacrificar la vida de los extranjeros, para halagar al totem, ese sacrificio no debe ser penado, pues se trata de una "respetable costumbre". Tal criterio nos parece errado desde todo punto de vista, pues errado nos parece que se quiera mantener dentro del Estado usos y costumbres entre los habitantes del mismo país, sin que gocen del beneficio de las culturas científicas y técnicas. El progreso de un país, sin que gocen del beneficio de las culturas científicas y técnicas. El progreso de un país no se favorece al mantener vegetando grupos humanos, sin que éstos se integren al esfuerzo común para el desarrollo del Estado. Que se asuma la costumbre o el uso como una circunstancia atenuante, cuando se prueba la ignorancia del agente, estamos de acuerdo, pero que se eleve a la categoría de eximente, nos parece un grave error.

Lo que no se han dado cuenta ciertos criminólogos que mantienen el criterio de respetar las costumbres —cualquiera que éstas sean— de ciertas agrupaciones aborígenes, es que son engañados por éstas, pues salvo muy excepcionales casos, los aborígenes de la serranía, por ejemplo, están conscientes, esto es, tienen conciencia que cometen una infracción cuando matan, violan, roban o asaltan. No se puede comparar el caso actual de las comunidades indígenas con el de la época del inicio de la colonia. Querer, en aquel tiempo, implantar el respeto a las normas jurídicas penales de los conquistadores, era una verdadera aberración; pero desde esa época hasta la actual, ya las comunidades aborígenes han absorbido mas del ochenta por ciento de la cultura nacional, por lo que ningún beneficio se hace a los miembros de dichas comunidades tratándolos como interdictos culturales, habiendo demostrado, como lo han hecho, que están atentos al ritmo del mundo, y no sólo del país en que viven. Hablan de los derechos humanos; recitan las disposiciones de los acuerdos y tratados internacionales; asisten a conferencias interestatales; aluden a las garantías constitucionales; predicán los enunciados de las instituciones civiles sobre la propiedad y el trabajo; declaran paros, son premio Nobel de paz, etc., etc.. No entendemos, por ende, el beneficio que se les presta considerándolos como incapaces de comprender las normas jurídicas

que regulan la vida nacional. Los dirigentes indígenas, en lugar de querer mantener a sus dirigidos en la ignorancia, deben preocuparse de que se incorporen a la cultura nacional, pues así los benefician y no los obligan al retardo intelectual.

Además, opinamos que la mencionada disposición excluyente de responsabilidad es contraria a la norma constitucional que establece que todos los hombres somos iguales ante la Ley, ante cualquier Ley; y contraria al propio APC, pues éste, como se ha visto, en el inciso primero del art. 9 declara enfáticamente que "la ley penal es igual para todos".

El decir que de acuerdo con su "cultura y costumbres" no comprenda la criminalidad de su acción es presumir de derecho que los miembros de las comunidades aborígenes son inimputables, lo cual es una afirmación muy discutible, o contraria a la verdad. Que se prevea la ignorancia y la rusticidad como circunstancias atenuantes, estamos de acuerdo. Así lo prevé el art. 29, N° 8, CP, al tratar de las circunstancias atenuantes; como lo hace el art. 19, N° 1, del APC, al decir que cualquiera de las circunstancias citadas en el art. 18 obran como atenuantes "cuando no concurrieron todos los requisitos necesarios para eximir de ella en sus respectivos casos".

Entre las causas que eximen de responsabilidad penal se incluye en el PZ (art. 25 N° 7) una que tal PZ denomina "aceptación social", por la cual "el que adecuaba su conducta a una figura legal que no es merecedora de reproche social, o el riesgo o daño sufrido fueren poco relevantes", no debe ser sujeto de pena. Como se comprende, esta disposición es ambigua y exige que, previamente se defina claramente lo que debe entenderse por "reproche social", que no es lo mismo que "reproche jurídico" o cuándo una conducta injusta es "poco relevante". Existen ciertas conductas delictuosas que impactan seriamente en la conciencia social, como el homicidio y la violación; y otras que se toleran socialmente, como el mal estacionamiento de un vehículo, o el no respetar la señal de parada, en las intersecciones de ciertas calles. Si la disposición se refiere a las segundas, es evidente que está de-

más, pues ya los respectivos ordenamientos jurídicos las han previsto en su poca relevancia social para incorporarlas como contravenciones, a las cuales se enlaza, por lo general, con penas de muy escasa significación social.

El art. 19, PZ, establece lo que nosotros llamamos "causas de inimputabilidad social", esto es, que no es posible de pena "el que, por razones de su pertenencia a una determinada etnia cultural o racial, adecuar su conducta a una infracción penal, sin poder comprender la ilicitud de su comportamiento o determinarse de acuerdo con esa comprensión...". Nosotros ya hemos dejado expuesta nuestra opinión al respecto. Aceptamos esa causa como de imputabilidad disminuida, aunque pensamos que realmente debe ser incluida como circunstancia atenuante.

26. El Capítulo III, APC, está dedicado a tratar sobre las circunstancias que "modifican la responsabilidad penal", para lo cual, como dicen los autores del proyecto, utiliza "la casuística abierta" cuando se prevén las circunstancias atenuantes; y una "casuística cerrada" cuando se trata de las circunstancias agravantes. El primer sistema lo utiliza tanto el art. 29, como el art. 30, ambos del CP, referidos a las atenuantes y a las agravantes, respectivamente, cuando, después de establecer lo que debe entenderse por atenuantes y por agravantes, concluyen la redacción de los respectivos incisos, diciendo: "como en los casos siguientes", es decir, que los dichos casos sólo son ejemplificadores, pudiendo incluirse en ellos otros semejantes, que el Juez considere una atenuante, o una agravante, en su caso.

Con el sistema adoptado por el APC, se permitirá la inclusión de casos de atenuación fuera de los señalados en la ley penal; pero se rechazará la aplicación de otras circunstancias agravantes que no sean las que expresamente señala el respectivo artículo, lo cual nos parece correcto.

27. En el art. 21 APC, destinado al tratamiento de las circunstancias agravantes, se deben hacer ciertas reflexiones respecto a la redacción de algunos numerales.

a) En el N^o 1 se dice que es circunstancia agravante "el perpetrar el delito a sabiendas de la particular indefensión del respectivo bien jurídico o de que su protección es inferior a la habitual". Opinamos que debería decir dicho numeral: "... o de que su protección está debilitada", en lugar de "su protección es inferior a la habitual".

b) En el N^o 2 se dispone que es agravante el cometer el delito "en banda de tres o más personas armadas". Pensamos que debe suprimirse la palabra "armadas", pues el hecho de actuar en pandilla ("reunión de tres o más personas" para la comisión de un delito: art. 601, CP), aún sin armas, aumenta "la malicia del acto, o agrava el riesgo para el bien jurídico que se pretende lesionar".

c) En el N^o 3 se dice: "Afectar dolosa o culposamente en su perpetración, además del propio delito, otros bienes jurídicos". En nuestro criterio se debe decir: "Afectar dolosa o culposamente en su perpetración, además del bien jurídico lesionado por el delito cometido, otros bienes jurídicos".

El PR incluye las circunstancias atenuantes y las agravantes en el Título XIV dedicado a "las sanciones y medidas de seguridad", dentro del Capítulo I, que trata "De las Penas", en el & 3^o destinado a "la individualización judicial de la pena". En los arts. 86 y 87 trata de las circunstancias atenuantes y de las agravantes, respectivamente, en forma taxativa y cerrada, esto es, casuísticamente señala las cuales son las circunstancias que el Juez debe tomar en consideración al momento del juzgamiento, sin que pueda extenderse analógicamente.

En el PZ las circunstancias de atenuación y de agravación se encuentran incluidas en el Capítulo IV del Título I, referido aquel a "las circunstancias que atenúan y agravan la responsabilidad penal". En el art. 27 se señalan cuales son las circunstancias atenuantes, las cuales no son las únicas sino que, como dice el ordinal 4^o de dicho artículo, el Juez puede también tomar en consideración "cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores". Pero el

Reflexiones Penales: El Anteproyecto de Código Penal

sistema cerrado no se ha previsto para el caso de las circunstancias agravantes, las cuales no pueden ser otras que las expresa y taxativamente previstas por el art. 28 de dicho PZ.

28. El art. 22, APC, debe suprimirse por tratar de un asunto procesal y no sustancial. El art. 333, CPP, dice que la sentencia debe contener, entre otros requisitos formales, los exigidos en el 5, el que expresa: "Los fundamentos en que se apoye el fallo para calificar, respecto de cada procesado, las circunstancias... que agravan o atenúan la pena". En consecuencia, no es el CP el lugar apropiado para legislar sobre los requisitos formales de la sentencia, la que, como se sabe, siempre debe ser motivada (Art. 326, inciso primero, CPP).

29. El art. 23, ib., contenido en la Sección que se refiere a las "Disposiciones Comunes a las Circunstancias Atenuantes y Agravantes", expresa que no deben considerarse como tales circunstancias "los elementos que integran la respectiva figura delictiva". Esta afirmación nos provoca una inquietud. En efecto, supongamos que se consuma un homicidio con las circunstancias de alevosía, precio remuneratorio, ensañamiento y buscando de propósito la noche. De acuerdo con el art. 23, todas las circunstancias mencionadas son constitutivas de asesinato, y ninguna de ellas obra como agravante; lo que quiere decir que si una persona mata a otra con alevosía y en pandilla, se grava la pena; en tanto que quien comete el homicidio con las antes mencionadas circunstancias constitutivas (alevosía, precio, ensañamiento, nocturnidad buscada), no se agrava la pena porque las circunstancias antes mencionadas son todas constitutivas y ninguna opera como agravante. De lo que se concluye que el que mata con todas las circunstancias constitutivas antes mencionadas, puede recibir el beneficio de las atenuantes; en tanto que el que mata sin esas circunstancias constitutivas, pero sí con un agravante, queda excluido del beneficio de las atenuantes. No parece justo el tratamiento.

Opinamos que el enfoque del art. 23 es equivocado. Creemos que basta que exista una circunstancia constitutiva de la infracción para su consumación; las otras circunstancias, si es que están previstas

como agravantes, deben ser asumidas como tales agravantes, excluyéndoselas como constitutivas de la infracción, la cual quedó consumada con la presencia de una sola circunstancia constitutiva. Por lo tanto, opinamos que el mencionado art. 23 debería decir: "Si una de las circunstancias constitutivas consume la infracción, las demás circunstancias constitutivas previstas como agravantes, actuarán como tales. Si el tipo penal ha privilegiado la infracción rebajando la pena por la presencia de ciertas circunstancias previstas como atenuantes, sólo se tomará una de ellas como constitutiva del tipo, pasando a actuar las demás como circunstancias atenuantes".

30. El Título Tercero APC, está destinado especialmente a tratar sobre la tentativa y, en nuestra opinión, se deben hacer algunos reparos.

La noción que se entrega de tentativa es deficiente. Se dice en el art. 25, inciso segundo, que la tentativa existe cuando "el agente realiza parte de los actos de ejecución que debería producir el resultado, o todos ellos, y, sin embargo, éste no se produce por causas independientes a su voluntad". No comprendemos la razón por la cual se ha dejado a un lado la noción que, de tentativa, nos entrega el Art. 16 CP, el que, en nuestra opinión, expone en forma precisa la estructura de la tentativa, al decir que consiste en la práctica de "actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito", el que no se produce si es que la actividad no se completa, o el resultado no se provoca. Pensamos que lo único que habría que hacer es completar el pensamiento para la correcta entrega del concepto de tentativa. Así, se podría decir: "Quien practica actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la consumación de un delito, será penado por tentativa, si por causas ajenas a la voluntad del agente, la actividad no se completa, o el resultado no se produce".

De esta manera se hacen constar los elementos estructurales de la tentativa (incluyendo la llamada "frustración") en forma tal que es comprensible para cualquier persona.

En el art. 22, PZ, se concibe la tentativa en forma mas o menos parecida a la que mantiene el art. 16, CP. Por su parte, el PR también acoge en mucho la noción del preindicado art. 16. Sin embargo, insistimos en que la redacción constante en el CP es superior a las de las reformas propuestas.

31. También merece reparos el art. 26 APC, cuando trata del desistimiento en la tentativa. Dice dicho artículo que "cuando el agente evite voluntariamente la producción del delito, por haber desistido de realizar todos (sic) los actos de ejecución necesarios para impedir con su propia y personal intervención el resultado, quedará exento de responsabilidad penal, a menos que los actos realizados constituyan por sí mismos un delito distinto".

Ante todo se observa que se refiere a la abstención del agente de ejecutar "todos" los actos necesarios para la producción del resultado. Es obvio que si una persona piensa ejecutar un delito y no realiza acto alguno para ese fin, esto es, se abstiene de ejecutar "todos" los actos, no existe tentativa. Por otra parte, surge la inquietud si es que el agente ejecuta "todos" los actos tendentes a la producción del resultado, y luego se arrepiente e impide dicho resultado, ¿será penado?. No lo dice ni este artículo ni el siguiente. Nos parece que la redacción del art. 16 CP es superior a la propuesta por el APC.

Se observa, además, que nada prevé el artículo de nuestra referencia, en relación con los casos en que la ley penal considera que la mera tentativa equivale a consumación, casos que se encuentran expresamente señalados en la Parte Especial del CP, salvo que los autores del APC hayan resuelto excluir dicha previsión legal de la equivalencia en ciertos casos, de la tentativa a la consumación.

Nosotros nos permitimos sugerir que el artículo de la tentativa desistida, o del arrepentimiento del agente, sea redactado de la manera siguiente: "Si voluntariamente el agente desiste de la actividad delictiva, luego de haberla comenzado, será penado por los actos ejecutados, siempre que éstos constituyan una infracción diversa a la

tentada, excepto cuando la Ley, de manera expresa, califica de delito consumado la mera tentativa. Si voluntariamente impide el resultado, el agente queda sujeto a la pena prevista para la tentativa, disminuida de un tercio a la mitad". De esta manera se trata tanto del desistimiento, como del arrepentimiento. Se desiste de una actividad incompleta; se arrepiente para impedir el resultado derivado de la completa actividad del agente.

32. En lo relacionado con el desistimiento de algunas personas para la comisión del delito en el que intervienen varias personas, nos parece que debería suprimirse la palabra "todos", cuando se habla del desistimiento voluntario para la realización de los actos necesarios tendentes a la consumación.

Además, se debería aclarar que se trata del desistimiento de los actos necesarios que debía ejecutar el que desiste, pues, en la forma como está redactado el artículo pareciera que se refiere a todos los actos necesarios para la producción del resultado, lo cual no creemos que haya sido la idea de los ponentes.

33. El Título IV, APC, está dedicado a "las personas responsables penalmente". Previo al análisis de este Título, es necesario que dejemos sentada nuestra posición dogmática en relación con el problema de la responsabilidad penal. En síntesis, pensamos que la responsabilidad es una declaración judicial que hace el Estado, a través del Juez, al concluir el juicio de atribubilidad en relación con el autor, imputable y culpable. Es decir, hecho el sub-juicio de imputabilidad, por el cual el Juez declara que el agente pudo haber cumplido con la norma jurídica; y el sub-juicio de culpabilidad, por el cual el Juez declara que el agente debió haber cumplido con la norma, esto es, desaprobación y reproche, respectivamente, el Juez declara que el acusado es responsable penalmente. Por ende, la responsabilidad no es un elemento constitutivo ni del delito, ni de la culpabilidad, ni de la pena. Es una mera declaración judicial, consecuencia del establecimiento procesal de la imputabilidad y de la culpabilidad del procesado.

Con esta advertencia, comentaremos el Título.

a) En el art. 28 se legisla sobre la autoría, sin mencionarla, en tres grados fundamentales, a saber: autoría inmediata, autoría por instigación, y co-autoría. Dentro de la primera categoría, el APC incluye la autoría mediata al hacer referencia a las personas que cometen el delito "por otras", suponiendo que aquellas son inimputables, o han sido víctimas de algún engaño por parte de éstas.

b) En el art. 29 se hace referencia a los cómplices secundarios. Sin embargo, dicho artículo remata la redacción incluyendo entre los cómplices secundarios a los que cumplen "con un acto posterior, promesas anteriores a su perpetración". Nos parece que tales personas son autoras, pues, en la mayoría de los casos, cuando los agentes, antes de cometer un delito se aseguran la promesa de terceros sea para que éstos los ayuden a lograr la impunidad, sea para obtener el beneficio que se proponen con la comisión del delito. Y la promesa del tercero resulta así determinantes en la comisión del delito, y no una simple conducta marginal, como la del cómplice secundario. Está bien que se prevea la sanción para el promitente pre-delictual, pero éste debe ser incluido como autor, en el N^o 3 del art. 28.

c) El art. 30 se nos hace incomprensible en la parte final de su redacción. Es correcto que se diga que el representante legal "o voluntario", de otra persona, natural o jurídica, es el que debe recibir la sanción por los actos ejecutados personalmente, o por los derechos que representa porque, como se sabe, por un lado, la persona jurídica no puede ser sujeto de pena; y, por otro lado, la responsabilidad penal es procesal, personalísima, y no puede ser endosada, o heredada.

Pero lo que no entendemos qué es lo que quiere decir el artículo que comentamos cuando expresa, a continuación de fijar la responsabilidad penal del representante legal, "aunque no concurran en él, pero sí en la persona natural o jurídica en cuyo nombre o representación obrare, las características, condiciones o relaciones que la correspondiente figura delictiva requiera para su sujeto activo". Los auto-

res del APC no explican en la exposición de motivos, qué es lo que trataron de decir en la parte final del art. 30.

Nos preguntamos, si la persona jurídica no puede ser sujeto activo de un delito ¿dónde se encuentra la figura penal que establezca "las características, condiciones o relaciones" que debe tener dicha persona para que pueda ser considerada agente de la infracción?. En ningún lugar. La ley penal está dirigida a las personas naturales, y para que éstas puedan ser consideradas sujetos activos de una infracción deben reunir en su persona y en su conducta las exigencias que el tipo ha previsto para que se considere consumada dicha infracción, sin relación alguna a las condiciones o características que tenga la persona jurídica o natural a quien represente, pues el delito, como se ha dicho, es obra humana y no es endosable, ni a título de mandato, ni a ningún otro título,.

d) Lo que nos parece loable es que se haya suprimido el encubrimiento como forma de participación criminal, por las razones que sería ocioso explicar por ser obvias. Lo que se debe tener cuidado, al redactar la Parte Especial, es considerar los distintos aspectos del favorecimiento, tanto personal como real, que se encuentran incluidos como delitos autónomos en los arts. 439 y 569, CP.

En cuanto a los agentes de las infracciones, tanto el PZ como el PR, con buen criterio han excluido como tales agentes a los encubridores. La observación que se hace al PR es que, en el art. 45, referido a los "autores", comienza diciendo: "Son autores..."; lo que nos parece poco apropiado, ya que en la clasificación que hace de los autores, incluye a ciertas personas cuyas conductas no son realmente de autoría, pero que la Ley las asimila a la autoría. Por tal razón es que debería comenzar la redacción del artículo respectivo diciendo: "Se reputan...."; o "se consideran...", como bien dice el PZ, al referirse a la autoría. La misma observación cabe al hablar de la complicidad comprendida en el PR, en el art. 46, bajo el sub-epígrafe de "participes".

Observamos que tanto el PZ como el PR incluyen dentro de la complicidad secundaria a aquellos que han prometido, previa a la comisión del delito, la ayuda principal, cuando, como hemos dicho, dicha conducta debe ser asimilada a la autoría desde el momento en que, por lo general, dicha promesa ha sido decisiva para que el agente ejecute el delito.

34. Al analizar el Título Quinto, APC, destinado a legislar sobre la "penalidad", no se debe perder de vista el razonamiento de los autores del APC, quienes en la "Presentación del Proyecto" afirman que las instituciones destinadas a penalizar las conductas "responden a una concepción humanitaria de la pena que reflejan la posibilidad de otra respuesta frente a la verdad del sistema punitivo, que sigue siendo institucionalización" (sic).

Se ha escogido como epígrafe de este Título el "De la Penalidad", no sabemos si para llamar la atención de que lo que se va a tratar es de una aflicción, de una molestia, etc., o si para indicar que se trata de la imposición de la pena. Nos pronunciamos por mantener el epígrafe del Título IV del Libro I del CP, que dice: "De la Penas", por cuanto, realmente de lo que se trata es de clasificar, fijar, singularizar las penas. Y tan cierto es lo que decimos que el APC, en el art. 33, comienza la redacción diciendo: "Las penas se dividen...", cuando, para ser consecuentes con el epígrafe debió haber dicho: "La penalidad comprende las penas de delitos...etc.".

Es sintomático que el 57% del articulado de la Parte General del APC esté destinado al tratamiento de la pena, queriendo con ello significar que los autores del mismo han tenido presente, de manera especial, la forma de "humanizar" la pena en una concepción abstracta, confundiendo, en nuestro modesto entender, "humanización" con tolerancia, a espaldas de la realidad humana y social.

Nosotros creemos firmemente en la necesidad de humanizar tanto la pena en sí, como la ejecución de la pena, sin que se pueda confundir lo primero con lo segundo. No se debe creer que el hecho de

humanizar la pena significa la extinción de la misma. Dada la etapa de civilización actual, la pena es un mal necesario que no debe ser debilitada en forma tal que se convierta en factor criminógeno. Lo que debe preocupar a los penalistas, criminólogos de cualquier tendencia (clásica, crítica, o abolicionista), sociólogos, etc., es que en la **ejecución** de la pena ésta cumpla con su finalidad individual y social, es decir, de defender a la sociedad y socializar al penado.

35. El art. 33 APC clasifica las penas en razón del delito y de la contravención. Y la noción de las penas para los delitos surge por exclusión: todas aquellas penas que no están enlazadas con la contravención, son penas de delitos. Las penas de contravención se clasifican en tres grupos: prisión que no exceda de siete días "y las que las reemplacen" (i!); multa, que no supere los diez días; y las de inhabilitación, que no pase de sesenta días. Todas las demás penas previstas en el Título, son penas que se enlazan con los delitos.

36. El art. 34, ib., establece catorce (14) clases de penas, unas de ellas manifiestamente inconstitucionales, y otras, inejecutables dentro de nuestro medio. Se aplaude el interés de los autores del APC de querer sustituir al máximo la pena de prisión; pero nos parece que confundieron la teoría con la realidad, pues no se trata de señalar simplemente la pena, sino considerar los costos sociales de la realización y la posibilidad que la pena sea cumplida conforme a la ley y no se preste a abuso o distorsiones. Ya tendremos oportunidad de comentar en líneas posteriores, cada una de las penas que ha previsto el APC, al analizar los artículos respectivos.

37. Luego que el APC señala cuales son las penas previstas para las contravenciones y los delitos, en el art. 35 clasifica esas penas en cinco grupos, esto es, leve, menor, media, grave y máxima.

Dicho artículo comienza diciendo: "Según la penalidad que resulte en cada caso, se considerará que éste es...". Pensamos que la redacción no es muy feliz, pues bien podría haberse dicho: "La penalidad, de acuerdo a lo previsto para cada caso, se clasifica en..."

Al referirse a la penalidad leve, dice que es la que "no consiste en pena de prisión o si consiste en pena de prisión, que no exceda de un año". Proponemos que ese inciso diga: "1. Leve, la que no prevé pena de prisión; y si la prevé, que ésta no exceda de un año".

En los Nos. 2, 3, y 4, debe suprimirse el pronombre relativo "que", para que diga, por ejemplo, en el N° 2, "cuando la pena de prisión excede de un año y no supera los tres".

No entendemos la razón para despararramar la pena en cinco grupos, cuando bien se podría haber dicho que la pena es leve, media y grave, suprimiendo la "menor" y la máxima", que no juegan papel alguno de importancia. Así, la pena leve sería la que no impone prisión, y cuando la impone, ésta no exceda de un año; la media, aquella que, excediendo de un año, llega hasta los seis; y la grave, aquella prevista para la prisión de más de seis años hasta dieciseis.

38. El art. 36 APC merece un especial estudio. La disposición trata de compensar al acusado que hubiera sufrido privación de su libertad de manera preventiva, en forma tal que los descuentos de la pena privativa de libertad llegan a rebajar hasta cuatro días por cada día de condena. Opinamos que es correcto que se piense en la forma cómo se puede compensar al condenado que hubiere sufrido **en exceso** la prisión preventiva, pero es necesario pensar también que la dilación de los procesos penales no se debe, las más de las veces, a la negligencia de los jueces, o a la mala fe de éstos. Tenemos la impresión que los autores del APC lo que han tratado de suprimir, de una u otra manera, es la pena privativa de libertad. Si es así, hubiera sido mejor que lo declararan de manera expresa, diciendo que queda proscrita la pena de prisión. De esta manera estaríamos en condiciones de discutir la bondad de tal resolución, o el perjuicio que la misma puede causar a la sociedad.

La idea antes indicada de los autores del APC queda confirmada cuando leemos el art. 39, el que expresa que si el penado cumple con el plan de ejecución de la pena, acordado con el propio penado,

queda facultado el Juez para rebajar cada tres meses un mes de condena.

Pensamos que los autores del APC creen que la manifiesta "buena conducta" de un penado es una prueba "plena" de su adaptación social, antes que de **adaptación al medio** penitenciario. Los más peligrosos delincuentes son los que mejor conducta presentan dentro de la prisión; así como los reincidentes conocen que su buen comportamiento en el cumplimiento de la condena, es el camino directo para obtener la libertad. Pero así como la pena privativa de libertad no tiene como única finalidad segregar de la comunidad a los que violentan la norma jurídica penal, sin que dicha segregación se resuelva en beneficio de la comunidad y del penado, así mismo, la ley penal no puede disponer el cambio del cumplimiento de la pena a base de una eventual y manipulada circunstancia como es la del "buen comportamiento". La pena tiene como finalidad lograr la socialización del penado; y la prisión debe ser aprovechada para levantar el nivel educativo y moral del condenado, mediante un sistema de recuperación científicamente elaborado y técnicamente ejecutado.

En lo que se refiere al sistema adoptado por los respectivos PZ y PR en relación con la pena, difieren radicalmente, pues el PR sigue el sistema clásico, rígido y determinado, en tanto que el PZ sigue la corriente criminológica-crítica de la indeterminación de muchas penas, en la forma y sistema que dejamos anotadas en las observaciones hechas al APC.

- i. El PR se suma al criterio de la pena de día-multa, fundamentada en una indeterminada base dada por el salario mínimo vital, esto es, acepta el sistema de la multa salarial, a base de la "condición económica del condenado". Oportunamente expondremos nuestra opinión tanto sobre el sistema "día-multa" como sobre la indeterminada base de cálculo que se hace tomando en cuenta la condición económica del condenado.

39. Pero además de las observaciones anteriores, es necesario consi-

derar que los arts. 37, en su parte final, 38 y 39, APC, son disposiciones que deben estar previstas en la Ley que regula los establecimientos carcelarios, pues se refiere al proceso de ejecución de la pena. Pensamos que el juez penal que dictó la sentencia condenatoria sólo debe tener injerencia en dicho proceso ejecutivo cuando se trata de disponer la libertad anticipada del penado; pero la forma, modo y tiempo de intervención judicial debe estar prevista en la Ley de Ejecución de Penas, y no en el CP

40. En lo que se refiere a la pena de multa, nosotros somos partidarios de la pena de multa "global", esto es, aquella en que el legislador señala un mínimo y un máximo dentro del cual el Juez puede escoger aquella que esté de acuerdo con las circunstancias en que se cometió la infracción. Las penas de multa llamada "día-multa", que se dice que debe ser impuesta en relación con la capacidad económica del penado, nos parece inconstitucional, tanto porque se hace una discriminación de acuerdo a la situación económica del penado, cuanto porque no es una pena concreta, determinada y precisa, sino que fluctúa de acuerdo al ingreso económico del penado, ingreso que muchas veces es imposible señalar, y que pone a unos penados en mejor condición que a otros. El que tiene, por ejemplo, todos sus bienes incluidos en Compañías, a nombre de hijos o parientes cercanos, le es muy fácil evitar que se descubra su verdadero ingreso; en tanto que al empleado, o al asalariado, se lo descubre inmediatamente.

Tampoco consideramos conveniente la llamada "multa salarial", que se fija en relación con el salario mínimo vital del trabajador en general, porque no es determinada y concreta, prestándose, como la anterior, a muchas arbitrariedades. Finalmente, la llamada "multa-igualdad", o proporcional, es conveniente sólo para ciertos delitos, como el de cohecho, concusión, etc..

41. El primer inciso del art. 40, APC, expresa que la multa es la obligación que tiene el penado de pagar "una cantidad de dinero que se destinará a un fondo para solventar los gastos generados por el sistema de prueba, y a la asistencia social a procesados absueltos.

a víctimas, a condenados y a sus familias". Nos parece que el CP no es el lugar al cual corresponde disponer sobre el destino que el Estado debe hacer del valor de las multas que recaude como pena. A lo más, dado el fin que se proponen los autores del APC, la disposición que señale el modo como debe utilizarse el valor de las multas recaudadas por delitos o contravenciones, debe constar en la Ley de Ejecución de Penas, y no en el CP.

42. En el inciso segundo del art. 40, ib., se dice que "el importe de cada día de multa se fijará de conformidad a las condiciones personales, a la capacidad de pago y a la renta potencial del condenado en el momento de la sentencia". Este mandato es manifiestamente inconstitucional, pues nadie puede ser discriminado por razones económicas; y no otra cosa que discriminación por razones económicas es decirle a una persona que si fuera pobre debería pagar "cien", pero como eres rico, debes pagar "cien mil".

Además, es también inconstitucional porque si una persona comete una infracción penal debe ser condenada a una pena prevista por la ley penal en forma clara, concreta, determinada. El art. 19,

una pena no prevista en la ley". Y no se trata de decir simplemente que la pena es de multa, sino que se debe decir en la ley que la pena de multa asciende a tal o cual cantidad en forma precisa y concreta. Así como la ley penal no puede decir que al que comete un delito se le debe imponer la pena de prisión, sin determinar el tiempo de la prisión, así mismo no se puede señalar la pena de multa sin fijar concretamente la cuantía de la misma, la cual no puede variar en razón de la condición económica del condenado, sino en relación con el delito cometido y las circunstancias en que se lo cometió. El legislador, cuando criminaliza una conducta y la enlaza con una pena de multa no fija ésta de acuerdo a la situación económica del penado, sino en relación con el hecho cometido. Si no fuera así, una mínima infracción podría ser penada desproporcionadamente si el infractor fuera pudiente. Así como no se puede imponer una pena de prisión o de multa atendiendo a lo feo o bonito que sea un condenado; o a lo blanco o negro,

que sea, así tampoco se puede imponer pena en relación con la condición económica del penado.

Decir, como dice el inciso segundo del citado art. 40, que la pena de multa se fijará en relación con cada acusado es, como antes dijimos, además de una discriminación que contraría el mandato constitucional que impone la igualdad de todos los hombres (ricos o pobres; negros o blancos; altos o bajos, feos o bonitos) ante la ley, no es señalar pena alguna de multa, sino una sanción indeterminada, sujeta a variación, no en relación con el delito y las circunstancias en que se lo cometió, sino con la situación económica del condenado, lo cual también es una norma contraria a la garantía constitucional que dispone la necesidad de que cada ciudadano conozca, de antemano, la pena señalada para la comisión de cada infracción.

Por otra parte, a nadie se le escapa la arbitrariedad a que se prestan aquellas disposiciones legales de carácter penal, como la que hemos comentado.

43. El art. 41, APC, es inconstitucional pues expresa que si el penado no pudiese pagar la multa, ésta —si fuese única, o alternativa con la de prisión— "se la reemplazará con la de trabajo de utilidad pública, a razón de dos horas de trabajo por un día de multa". La CPR (art. 19, N° 11, inciso segundo) dispone que "ninguna persona podrá ser obligada a realizar un trabajo gratuito o forzoso". En consecuencia, esta disposición debe ser suprimida.

44. El art. 42, ib., también es un mandato inconstitucional, pues expresa que "si el penado no pagare la multa, el Juez ordenará la ejecución de sus bienes hasta cubrir el importe, o, a falta de bienes suficientes, convertirá la pena o lo que reste de ella en prisión, a razón de un día de prisión por tres días de multa...".

Ante todo se observa que se concede al juez penal una facultad que violenta todo procedimiento legal, pues sin que medie el respectivo proceso civil coactivo para el cobro de la multa, se autoriza al Juez para que "ejecute" los bienes del condenado hasta el valor de la

multa. Esto se llama confiscación, y el inciso final del art. 47, CPR, de manera expresa "prohibe toda confiscación".

Por otra parte, el art. 19, N° 17, lit. b), ib., igualmente, de manera expresa, dispone que ninguna persona "podrá sufrir prisión por... multas..". Ergo: el art. 42 debe ser suprimido.

r

45. En el inciso segundo del art. 43 observamos una situación jurídica especial que, en nuestra opinión, debe ser rectificada. En efecto, después de referirse el artículo mencionado a la pena de inhabilitación y a los efectos de la misma, afirma que "la violación de esta pena autorizará al Juez a imponer conjuntamente con ella la de cumplimiento de instrucciones o la de prisión o arresto domiciliario hasta seis meses".

No queda claro lo que pretende decir este inciso. A primera vista parece que, una vez dictada la sentencia condenatoria que fija la pena de rehabilitación, y el condenado viola la prohibición, el Juez, sin ninguna otra investigación procesal, puede cambiar dicha pena por la de arresto domiciliario, o de prisión, por la de "cumplimiento de instrucciones". Esto es lo que dice el inciso que comentamos; y si esto es así, la disposición peca por inconstitucional, pues si la prisión o el "incumplimiento de instrucciones" no se encuentran previstos como pena enlazada con el delito cometido por el condenado, no se puede cambiar la pena impuesta en la sentencia por la sola voluntad del Juez, a base de un incumplimiento en la ejecución de la original sentencia condenatoria. El lit. c), N° 17, del art. 19, CPR, es preciso en este punto al decir que a ninguna persona "podrá aplicársele una pena no prevista en la Ley".

Además, nadie podrá ser penado sin proceso penal previo, como lo expresa el lit. e), N° 17, art. 19, ib.,. En consecuencia, el imponer una pena en substitución de otra, sin que se hubiese tramitado el respectivo proceso penal que justifique constitucionalmente la nueva **pena**, es quebrantar la garantía constitucional citada últimamente.

Igual comentario vale para el inciso tercero del artículo que comentamos. Pero el problema se agrava cuando, de acuerdo con el predicho inciso, al tratarse de la inhabilitación impuesta como pena accesoria, en el caso del art. 81, APC, o cuando el condenado viola la inhabilitación de manera reincidente o reiterada, el Juez, por sí y ante sí, sin proceso previo, puede imponer pena de prisión "hasta dos años", lo cual, como se ha visto anteriormente, es inconstitucional.

46. Cuando se trata de la pena de "detención de fin de semana" surgen problemas de carácter social muy graves. En efecto, todos los penalistas y criminólogos saben que la pena de prisión de corta duración es un riesgo para la sociedad y para el penado. Quien es sujeto de esta clase de pena entra en contacto con los penados mas peligrosos, de quienes aprende una serie de "secretos del oficio". De allí es que nosotros, en diversas oportunidades hemos abogado por la eliminación de las penas de prisión de corta duración, para que sean reemplazadas o substituídas por otras de mayor efecto individual y menor riesgo social o particular; siendo, en nuestra opinión, la multa de una cantidad fija de dinero lo que más importa a ciertas personas que cometen los delitos enlazados con penas de corta duración. Entendemos por tales las penas hasta de dos años de prisión.

Por lo expuesto es que somos contrarios a que se incluya como pena "la pena de detención de fin de semana", pues en estos casos el peligro antes expuesto se duplica, ya que, además de que el penado entra en contacto con los sujetos más representativos de la delincuencia, sirve de correo a éstos, para ponerse en relación con los malandrines que se encuentran en el exterior de la prisión. El fin de semana en la prisión es una pena substitutiva que debe ser suprimida por los peligros que entraña.

47. Los arts. 47, 48 y 50 son inconstitucionales por violentar las garantías encerradas en los Nos. 11 y 9, respectivamente, del art. 19, CPR, pues ninguna persona puede ser "obligada a realizar un trabajo gratuito y forzoso", como no se le puede negar el "derecho a tran-

sitar libremente por el territorio nacional y escoger su residencia". Por lo tanto, estos artículos deben ser suprimidos.

Además, el "arresto domiciliario", previsto en el art. 50, es una pena de relativa efectividad y que exige una vigilancia continua y especial por parte del Estado para que se cumpla, y no se convierta en un medio que sirva para burlarse de la Función Judicial. Por otra parte, pensamos que es más efectiva la pena de multa que la de arresto domiciliario, sin que exija aquella la preocupación del Estado para vigilar el cumplimiento de la segunda. Además, la multa permite al condenado seguir trabajando para satisfacer las necesidades de su familia; en tanto que el arresto domiciliario obliga a la inactividad al condenado, en perjuicio de su familia.

48. La pena de "cumplimiento de instrucciones judiciales" —prevista en el art. 51— como postulado nos parece provechosa; lo que nos preocupa es el personal de vigilancia y control que debe tener el Estado a nivel nacional, para que se cumpla dicha pena.

Además, hacemos la observación pertinente en relación con la parte final de este artículo cuando dispone el cambio de la pena original, señalada en la sentencia, por otras que se le ocurran al Juez. Toda sentencia penal, para que pueda ser ejecutada, debe ser firme; y una vez ejecutoriada la sentencia que la impuso, ningún órgano estatal, ni siquiera el órgano judicial que impuso la pena, la puede variar. Este principio forma parte de los derechos que tiene todo penado para no sufrir otra clase de pena que la que se le Hubiere impuesto de acuerdo con la Ley, en una sentencia ejecutoriada.

49. El inciso primero del art. 52 debe ser suprimido porque trata de un asunto inherente a la Ley de Ejecución de Penas. Igualmente debe serlo el segundo inciso por tratarse de las modificaciones de la pena original constante en una sentencia ejecutoriada, por las razones expuestas en el número anterior de este Informe.

50. Igualmente, por inconstitucional, debe suprimirse el ar. 53, que se refiere al trabajo forzoso y a la confiscación de la remuneración del penado hasta la mitad del salario respectivo.

Se concede a la víctima el derecho a la indemnización sin que medie un proceso que fije el monto de la misma, indemnización que puede ascender hasta el cincuenta por ciento del salario del condenado. La llamada "multa reparatoria" no es más que una forma disfrazada de confiscar una parte del salario del condenado so pretexto de indemnización no fijada en sentencia en un proceso que haya tenido como objeto el reclamo de los supuestos daños y perjuicios sufridos por la víctima. Se llega hasta el extremo de que el juez penal puede vetar el trabajo escogido por el condenado, obligándolo a que realice un trabajo diverso. Esto, en buen romance, se llama "trabajo forzoso", prohibido por la CPR.

51. El lit. g) del N° 17, del art. 19, CPR, establece que "se presume inocente a toda persona mientras no se haya declarado su culpabilidad mediante sentencia ejecutoriada". El art. 55 APC prevé como pena la de "caución de no ofender", que "consiste en la asunción formal, por parte del penado, del compromiso de no ejecutar un nuevo delito, dando en caución dinero o cosas en cantidad que el Juez considere como factor disuasivo...". La pena, como es fácil comprender, sólo puede imponerse por hechos ejecutados, y no por posibles hechos a ejecutarse. La "caución de no ofender" no es más que una pena accesoria que se impone a una persona condenada para que, mientras dure la condena, no cometa otro delito. Esto es lo que dice el art. 55. Pero el problema radica en que la culpabilidad es concreta, es decir, relacionada íntimamente con el acto antijurídico penal cometido por el condenado; en tanto que la situación jurídica de inocencia es general: todos los hombres somos generalmente inocentes y concretamente culpables. Por lo tanto, el Estado no puede obligar a los ciudadanos que, por haber cometido un delito, rindan caución que garantice la situación jurídica de inocencia... posterior a la condena.

Por otra parte, nos parece que la mencionada "pena" al insti-

tuirse para que el condenado no reincida durante el tiempo que dure la pena impuesta, es una verdadera simpleza, que no ayuda en nada ni a la sociedad, ni al penado, pues de esa manera no se tiende a la socialización del penado, sino que se lo obliga a tener buena conducta para no perder la caución, sin que el cumplimiento de esa obligación demuestre la pretendida finalidad de la pena. Este artículo debe suprimirse.

52. Pensamos que la pena de "satisfacción a la víctima" debe ser necesariamente accesoria a la de prisión, o a la de multa, pero jamás pena independiente, pues gastar las energías procesales para concluir en una sentencia que condena a la predicha satisfacción, nos parece un derroche innecesario.

53. En el art. 57 se dice que los jueces deben cuidar "que en ningún caso la penalidad afecte a la víctima, o a terceros inocentes...". Esta es una afirmación lírica, un enunciado teórico. El juez penal está obligado a imponer la pena que previamente está prevista en la figura penal respectiva. Si esta pena afecta a la víctima, o a terceros inocentes, no es problema del Juez, sino del legislador que debió prever esta posibilidad en el momento de criminalizar y de penalizar una conducta. Ningún Juez puede excusarse de imponer la pena prevista para el delito declarado existente dentro de un proceso penal legal porque, según su particular criterio, dicha pena perjudica a una u otra persona. De hecho, toda pena perjudica a los familiares del condenado que son los primeros "terceros inocentes", a los que se refiere el artículo que comentamos, que debe ser suprimido.

54. Mucho énfasis pone el APC, en el art. 58, en las "consecuencias jurídicas del delito, o de su ejecución, cuya problemática la entrega a los jueces penales, quienes, como es fácil comprender, tienen como tarea imponer la pena a quien resultare agente de la comisión de una infracción: cuantifica la pena de acuerdo con la infracción y a la personalidad del condenado, y obliga a su cumplimiento una vez que la sentencia se encuentra ejecutoriada. Pero aquella función de fijar el "régimen de la pena", no debe ser tarea del Juez, quien, si no

tiene tiempo para resolver con rapidez la gran cantidad de procesos que diariamente entran al despacho, menos lo va a tener para estar fijando el "régimen de la pena" para cada uno de los procesados a quienes condena, labor que debe ser obligación de funcionarios ajenos a la Función Judicial.

El sumo interés que, por la "penalidad" demuestran los autores del APC, los ha llevado hasta señalar reglas o "condiciones mínimas de validez" a que debe someterse el juez penal, muchas de cuyas reglas tienen carácter procesal, y otras, de carácter constitucional, las cuales no deben constar en el CP. Por lo expuesto es que opinamos que el art. 58 debe ser suprimido; como igualmente debe ser suprimido el art. 59, por tratar una cuestión ajena a la ley penal, como el cumplimiento de la pena, lo que corresponde a otros niveles administrativos.

55. El art. 60 está destinado a fijar la escala de la pena para el caso de la tentativa. En nuestra opinión, debe modificarse el texto. Debería decir: "Las penas previstas en la Parte Especial de este Código se refieren a las infracciones consumadas. La escala penal para la tentativa tendrá como límite inferior la mitad del mínimo y como límite superior dos tercios del máximo de la que hubiere correspondido si el respectivo delito se hubiera consumado", en lugar del texto propuesto que dice: "Cuando este Código señala una pena para un delito, se refiere al delito consumado. La escala penal del delito tentado tendrá como mínimo la mitad del mínimo y como máximo dos tercios del máximo de la que corresponda al respectivo delito consumado".

56. Se debe entender que el primer supuesto comprendido en el art. 61 se refiere al concurso ideal, pero dicho en forma tal que lo hace incomprensible. En efecto, se dice que "cuando en un solo delito se diesen todos los supuestos de dos o más penalidades", se penará con el máximo de la pena señalada para el delito más grave. Pensamos que debió haberse respetado la redacción de la regla 6ª del art. 81,

CP, **el que**, al referirse al concurso ideal, dice: "Cuando **un solo acto** constituya varias infracciones únicamente se impondrá la pena más rigurosa". En efecto, no se trata de un delito que prevé dos penas, como dice **el APC**, sino de un acto que se adecúa a dos o más figuras de delito.

En el segundo inciso del art. 61 se habla de "un número de **delitos o el de** víctimas presentase una gravedad extraordinaria", en cuyo caso se debe aumentar la pena hasta un tercio, siempre que no **exceda de** dieciseis años de prisión. Nos parece que mejor hubiese sido que se diga que cuando los delitos concurrentes (o conexos?) causan graves estragos en personas y bienes, la pena debe ser aumentada en un tercio sobre lo previsto como máximo del delito más grave, siempre que no exceda de dieciseis años de prisión.

Cuando los PZ y PR se refieren a los "concursos" de delitos, se observa, por una parte, que no se hace diferencia expresa de todos y cada uno de tales concursos, sino que, de manera general hay que **extraerlos de** ciertas disposiciones legales. Así, en el PZ, el art. 9, se refiere sin duda alguna al concurso aparente de leyes penales, pues en **la regla 1ª** se acepta el principio de especialidad; en la 2ª, el principio de subsidiaridad; en la 3ª, el principio de subsunción; y en la 4ª, se hace referencia —como una cuestión alternativa a los antes mencionados principios— la absorción del delito menor frente a la delito mayor.

Por su parte, el PR se limita, en el art. 8º, a establecer el principio de especialidad, al referirse al caso en que "dos disposiciones de la ley penal estuvieren en oposición", sin tratar de ningún otro caso que pueda presentar el concurso aparente de leyes penales.

Al respecto, nos parece que el inciso primero del art. 9, PZ, no está correctamente concebido, pues afirma que "para sancionar un acto punible al cual podrían aplicarse dos o más disposiciones legales", sin especificar si es que la aplicación que se debe hacer es en relación a que las "dos o más disposiciones legales" pugnan entre sí

para aprehender un acto delictuoso, quedando victoriosa sólo una de ellas que desplaza a las otras –que es el caso del concurso aparente de leyes penales–; o si es que las leyes penales que concurren a aprehender un solo acto delictivo deben ser aplicadas conjuntamente, sin que una de ellas enerve el valor jurídico de las otras –que es el caso del concurso ideal–. Nosotros nos inclinamos a creer que se trata del concurso aparente de leyes penales, por cuanto, como hemos dicho, las reglas que debe "tomar en cuenta" el Juez se refieren, las tres primeras, a sentar los principios que solucionan los diversos casos del indicado concurso aparente; no así la última que nos parece aplicable al concurso ideal, sin que se hubiese concebido éste correctamente, al decir que "en defecto de los criterios" citados en las tres reglas anteriores, tendrá vigencia el principio por el cual se aplica la pena más grave, quedando, por ende, subsumida la pena menor dentro de la mayor.

Somos de la opinión que un CP debe contener no sólo las reglas relacionadas con el concurso aparente de leyes penales, y con el concurso ideal de delitos, sino también las reglas relacionadas con los delitos conexos; reglas todas ellas que deben estar redactadas en forma precisa para que sirva de orientación al juez que debe aplicarlas.

57. Opinamos que el art. 64 contiene una disposición de lo más confusa. Al referirse a la "medida de culpabilidad", calculada por el Juez en forma tal que no exceda dicha medida, expresa que el Juez deberá tomar en consideración las circunstancias atenuantes y las agravantes "y su compensación, si concurrieren y procedieren", sumando a ello "los siguientes criterios, en la medida que no las configuren", y señala a continuación circunstancias que deberían haber sido comprendidas entre las circunstancias atenuantes y agravantes a las que se refiere el APC en los arts. 19 y 21, respectivamente. Declaramos sinceramente que no entendemos lo que se quiere decir con la "compensación" de las atenuantes y de las agravantes; ni nos atrevemos a hacer conjeturas o suposiciones sobre lo que los autores del APC quisieron decir en este artículo. Lo menos que podemos sugerir es que se aclare la confusa redacción utilizada en este artículo.

Lo único rescatable del art. 64 es el penúltimo inciso que se refiere a las llamadas circunstancias trascendentales o "muy calificadas", como las llaman el APC.

Pero lo que nos llena de asombro es el texto del inciso final del artículo que comentamos, el cual expresa que si después de la comisión del delito, o durante la sustanciación del proceso, el acusado es objeto de torturas "o cualquier vejación" por parte de las personas encargadas de la guarda de los acusados, o con consentimientos de las autoridades superiores, una vez que se hubiesen comprobado dichos actos ilegítimos, sin perjuicio de la sanción que deben recibir los autores de tales tormentos y vejaciones, el Juez "las tomará prudencialmente en cuenta para reducir la penalidad", y si han sido graves, el Juez queda autorizado para disminuir la pena hasta "por debajo del mínimo de la escala penal prevista para el delito".

¡He aquí que la conducta ilícita de una autoridad, o de sus agentes, cometida contra el acusado, le sirve a éste para que el Juez rebaje la pena a favor de quien había cometido un delito antes de las vejaciones!. No entendemos cómo puede obrar esa circunstancia —la de la vejación o tortura— dentro del campo jurídico para rebajar la pena. Se comprende que las circunstancias atenuantes surgen del propio acusado, sea por su rusticidad, sea por haber tratado de resarcir el perjuicio causado, sea por haber actuado en razón de ciertos y particulares motivos, etc.; pero jamás cuando las circunstancias son extrañas a su persona, o a su actuar, y surgen por la conducta ajena. En buen romance, lo que hace el APC es rebajar la pena como una disculpa que el Estado le da al acusado por haber sido víctima de la violencia institucional. Y tal manera de legislar nos parece huérfana de toda base jurídica, pues, en el caso dado, lo que procede es que se sancione al autor de las torturas o de las vejaciones con el máximo de la pena respectiva, aumentada en los grados que sea conveniente en consideración a la gravedad del delito cometido contra el acusado. Pero que ese delito del funcionario, o de su agente, obre como circunstancia atenuante trascendental en el hecho cometido con anterioridad a la tortura o a la vejación, es ajeno a toda consideración jurídica. Esta disposición debe ser suprimida por contraria a Derecho.

58. En la Sección destinada a tratar sobre la "determinación de las penas" –no de la "penalidad"– se encuentra el art. 65, que es una mezcla de disposiciones sustanciales y adjetivas. Instituyen al juez penal como una especie de curador de la víctima. El Juez, según el APC, debe ser una persona que se dedique a enderezar los entuertos surgidos por la comisión del delito; y si esto fuera poco, se le asigna la no muy sencilla tarea de "resolver", y no de cualquier manera, sino "satisfactoriamente", las situaciones conflictivas que fueron causa del delito, amén que el Juez debe "suplir", esto es, debe substituir las "carencias económicas, sociales y culturales" del condenado. ¡Menu-da tarea la que se le impone al juez penal!. Tarea imposible de cumplir. El Juez penal no puede suplir las indicadas "carencias" de todos y cada uno de los procesados a quienes condena. Esto constituyen una "penalidad" que se le imponga al juez penal por el solo hecho de ser tal.

Estamos de acuerdo en que el juez penal debe hacer el menor uso de la pena privativa de libertad. Hemos manifestado en algunas de nuestras obras que la pena en general no tiene efecto disuasivo; sólo la tiene en casos especiales. La pena privativa de libertad, sin un plan orientador de socialización, constituida sólo en un medio para embodegar hombres, estigmatizándolos, se convierte en un factor criminógeno. Por tal razón estamos de acuerdo con el mandato contenido en el art. 65, N² 5, que expresa que el Juez debe "hacer el menor empleo posible de la pena de prisión", pues opinamos que la pena privativa de libertad debe estar reservada para imponerla a los autores de delitos que causan gran impacto social, como el homicidio, la violación, el terrorismo, etc. En otros casos, de menor intensidad social, pensamos que la pena de multa global es mucho más efectiva social e individualmente.

59. El principio de legalidad en materia penal es una no discutida garantía para todo ciudadano, pues de esa manera se establece de manera precisa que sólo en caso que cometa una infracción previamente tipificada es que puede ser penado con la sanción que, también con antelación, se ha señalado. Pero también constituye una garantía

para el condenado el que, una vez dictada la sentencia, ésta sólo se ejecute en la forma y bajo las condiciones que constan en la propia sentencia, sin que el Juez, una vez dictada y ejecutoriada la sentencia, pueda reformarla, o modificarla, o revocarla, para mejorar o perjudicar la situación jurídica del condenado. La institución de la cosa juzgada en materia procesal penal tiene mayores relieves que en materia civil, pues, permite que el condenado cumpla con la pena impuesta y no corra el peligro derivado de los caprichos, malos o buenos, del Juez que lo condenó. Impuesta la pena y ejecutoriada la sentencia que la impuso, el proceso queda definitivamente concluido y la sentencia inamovible, y aquel sólo tomará vida para que el Juez, una vez cumplida la pena, dicte el auto por el cual ordena la libertad del penado, si la pena hubiera sido privativa de libertad.

El art. 66 establece que el juez penal puede cambiar o modificar la pena impuesta en la sentencia, aun en el caso que se estuviese ejecutando dicha sentencia, inclusive imponiendo "penas diferentes", lo que no deja de constituir un peligro para el condenado, quien vivirá en constante zozobra de no saber si es que, en el futuro, se modificará la pena, para bien, o para mal. Una de las principales garantías que debe tener el condenado es la seguridad de la pena. De lo contrario, ésta se podría dilatar en el tiempo y constituirse en permanente, variando así la naturaleza de la condena.

Este "prudente arbitrio", como lo llama con toda ingenuidad el APC, se constituirá en peligrosa arma en manos de los jueces penales, con mayor razón si éstos se encuentran "politizados", obedientes a las consignas de los dirigentes políticos que los nombraron.

Además, la disposición es inconstitucional, pues, para que una persona sea tratada como culpable se exige una sentencia ejecutoriada, como lo dice el lit. g) del N^o 17 del art. 19, CPR.

60. En cuanto a la "penalidad leve", el art. 67 establece una norma sui generis. En efecto, tal artículo comienza diciendo que "el Juez deberá reemplazar las penas de prisión mayores de tres meses y

que no excedan de un año", por las penas substitutivas que señala el propio artículo. Como se observa, no se trata de una facultad concedida al Juez, sino de una norma impositiva: el Juez "debe" reemplazar la prisión, sin ninguna excusa. Si esto es así, como en efecto lo es, es obvio que no debería haberse establecido la pena leve de "prisión que no exceda de un año", porque ésta jamás será impuesta sino que siempre, necesariamente, el Juez deberá reemplazarla por otras penas substitutivas.

Pero el art. 68 se refiere al caso de la pena de prisión que no exceda de un año que resulta, por este artículo, una pena substitutiva de las mencionadas en el art. 67, esto es, "detención de fin de semana; trabajo de utilidad pública, sometimiento a instrucciones judiciales, limitación o prohibición de residencia, multa reparatoria, multa hasta sesenta días y satisfacción a la víctima". Si el condenado incumple cualquiera de las antes indicadas penas, el art. 68 dice: "La pena de prisión que no sea superior a un año sólo se impondrá cuando el penado, mediante incumplimientos graves y voluntarios de las **otras penas**" haya demostrado que merece la prisión, es decir, que dictada la sentencia condenatoria que impone la pena, por ejemplo, de "multa reparatoria", si el penado no la cumple, entonces, el Juez modificará la sentencia -aunque esté ejecutoriada- e impondrá la pena de prisión "por el menor tiempo posible y procurará reemplazarla en la primera oportunidad en que la evolución del caso resulte favorable". Como se observa, la sentencia firme, ejecutoriada, desaparece, para dar paso a la sentencia condenatoria insegura, la que el Juez puede variar a su voluntad, cuando a su criterio, el condenado no haya cumplido con la primera condena. No nos parece acertado tal sistema, además que, como hemos visto, es inconstitucional.

61. El art. 69 dispone que si el sindicado cumple con las condiciones a que se refiere el primer inciso, el Juez podrá dar por terminado el proceso dictando "de inmediato sentencia condenatoria, imponiendo la pena...". De acuerdo con el lit. e) del N° 17, del art. 19, CPR, la pena sólo puede imponerse luego de un juicio previo, entendiéndose por tal el que se sustancia conforme a las reglas de procedi-

miento señaladas expresamente en el CPP, el cual prevé cuales son las etapas que debe cruzar el proceso para llegar a sentencia, esto es, la etapa del sumario, la intermedia y la del plenario, e indica la forma y el momento cómo puede darse por concluido el proceso.

62. En cuanto a la "penalidad menor", ya hemos dejado expuesto nuestro criterio en relación con la inconstitucionalidad de las penas de "trabajo de utilidad pública, de limitación o de prohibición de residencia, y de multa reparatoria" en que consiste principalmente dicha penalidad, por lo que nos ratificamos en lo anteriormente expuesto sobre dichas penas.

63. En lo relacionado con la Sección dedicada a las "Disposiciones comunes a la penalidades leve y menor" observamos, ante todo, que se hace referencia a una "condena condicional", cuando, en nuestra opinión, lo que se debe decir es "condena de ejecución condicional".

Se establece, en el art. 74, una nueva forma de suspender el proceso penal a voluntad del sindicado, suspensión a la que el APC llama "paralización", y que realmente constituye una suspensión condicional del proceso, de acuerdo con lo que se lee en el art. 76.

Nos parece que en el art. 75 se confunde la extinción de la acción penal con la extinción de la pretensión punitiva. Si ya el proceso penal se ha iniciado, la acción ha fenecido por haber cumplido su finalidad y, por ende, lo que se extingue, una vez iniciado el proceso penal, es la pretensión punitiva ínsita en dicho proceso.

64. El art. 77 nos entrega una novedad. Si la comisión del delito ha sido perjudicial para el condenado, o para sus parientes, o amigos, o para su patrimonio, con "consecuencias lesivas de considerable gravedad", entonces, el Juez debe perdonarlo y reemplazar la pena se prisión por la de amonestación, o de satisfacción a la víctima. Es decir, que el APC considera que el Estado debe renunciar a la "penalidad" cuando el acto injusto cometido por el sindicado se ha revertido en sus efectos contra los intereses del propio agente,

pues esa reversión es suficiente "penalidad", que no debe agravarla el Estado. Admitimos que, a lo sumo, se puede considerar **esa reversión** como una circunstancia atenuante —de lo cual no estamos muy convencidos—; pero que a la predicha circunstancias se la considere como una especie de excusa absolutoria, es confundir el CP con el Devocionario pío de un sacerdote.

Además, pensamos que el art. 77 es una disposición procesal mas que sustancial, por lo que sobra en el CP.

65. La Sección destinada a tratar sobre "la penalidad media, la grave y la máxima" contiene disposiciones que, como la del art. 80 hace referencia a penas que, como lo hemos explicado, son inconstitucionales. Además, el art. 81 es una disposición procesal que no debe estar contenida en el CP.

Por otra parte, opinamos que de acuerdo con los Principios que informan el Derecho Penal, y el "principio de humanidad", toda pena debe ser determinada, pues es la única manera como se impide el abuso y la arbitrariedad por parte de los "detentadores del poder", como afirman ciertos criminólogos.

66. Es curioso el epígrafe de la Sección Quinta referida a la "imposición facultativa de Penas Conjuntas"; y decimos que **es curioso**, porque uno de los males que se han denunciado en contra de los posibles de pena es que se faculte a los jueces a imponer **penas que "no** estuviesen expresamente previstas para el delito que se trata", como dice el inciso primero del art. 82, APC, por los abusos que tal facultad genera de por sí.

Por otra parte, la predicha disposición es inconstitucional, pues de acuerdo con el mandato contenido en el lit. c) del N° 17, del art. 19 CPR, ninguna persona puede sufrir una pena que "no estuviere prevista en la ley". La misma observación se la hace al art. 83, cuando se refiere a la pena de multa no prevista en la ley penal para el delito que es objeto del **respectivo proceso**.

67. El art. 86 es una disposición procesal, no sustancial, por lo que sobra en el CP.
68. Cuando el APC se refiere a "la extinción de la responsabilidad penal y de la cancelación de los antecedentes penales", acepta, en el primero inciso del art. 87, la prescripción de la pena como una de las causas de extinción de la "penalidad". Sin embargo, al final del primero inciso del art. 88 declara que para "los delitos contra la humanidad" no se acepta la prescripción de la pena.

No entraremos a la discusión sobre los argumentos que defienden la prescripción de la pena, o de los que pretenden su abolición, pues el APC acepta la prescripción de la pena como regla general, y sólo la exceptúa cuando se trata de los "delitos contra la humanidad". Pensamos que un CP debe ser definido en el punto de la prescripción: o la acepta, o no la acepta. Pero no entendemos la razón por la que se haga la discriminación atendiendo a la naturaleza del delito de que se trata. Si existen fundamentos científicos suficientes para establecer la prescripción de la pena, esos fundamentos son válidos para todos los delitos, sin excepción. Pero si son mejores los fundamentos para no aceptar la prescripción de la pena, entonces valen para todos los delitos y no sólo para un grupo de ellos.

Pero, además, en ninguna parte del APC se hace la diferencia entre delitos que no son contra la humanidad y los delitos contra la humanidad. En consecuencia, la disposición que proscribía la prescripción de la pena para los delitos contra la humanidad, no es aplicable, pues no se ha establecido cuales son esos delitos.

Nos pronunciamos por la prescripción de la pena para toda clase de delitos.

69. El Título Octavo está destinado a tratar un tema que, en nuestra opinión, excede los límites del área reservada a la ley penal. En efecto, se refiere dicho Título a la medida de seguridad post-delictual para los inimputables, que es el caso comprendido en el in-

ciso primero del art. 90. Además, los incisos siguientes se refieren a la "disfunción" surgida con posterioridad a la imposición de la pena, por lo que nos parece que todo lo dicho corresponde al campo destinado a la Ley de Ejecución de Penas.

Lo mismo se debe decir en relación con el art. 91.

70. El Título Noveno debe ser suprimido, pues se refiere a materia procesal penal, ajena al objeto de la ley penal sustancial. Pensamos que tanto lo que se refiere al ejercicio de la acción penal, como a la extinción de la misma y de la pretensión punitiva es la ley procesal penal la que debe regular el respectivo sistema de ejercicio y extinción

De paso podemos observar que la materia contenida en este Título ha sido tratado con mucho descuido, confundiendo de manera reiterada "acción penal" con "pretensión punitiva", como resalta al leer el art. 95.